



# 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°4 – Avril 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. Eric DEWEDI**

*Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou*

**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 Cléopatre 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. Josué Eric BOLNDO

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

Les droits de l'homme à l'épreuve des enquêtes policières au Mali.....1	
<i>Mahamane COULIBALY &amp; Amadou BOUARE</i>	
Les cyber-délits internationaux : la traversée d'un labyrinthe ?.....34	
<i>Stéphane Joële TECHE NDENO</i>	
Investissements agricoles et fiscalité en droit camerounais : couple d'amour ou de raison ?.....60	
<i>KOUNDE EBENE Princesse De Christ</i>	
L'émergence des droits fondamentaux de l'enfant au Mali.....84	
<i>COULIBALY Youssouf Z &amp; DEMBELE Alpha Yaya &amp; COULIBALY Alou</i>	
L'exécution des ordonnances frappées d'appel en matière civile en droit Camerounais.....104	
<i>BILLONG BILLONG Emmanuel</i>	
Le Télétravail au Maroc : entre vide juridique et pratique managériale des entreprises.....127	
<i>Hamza JABIR &amp; Kamal LAGTATI</i>	
Spécificités des organismes caritatifs en Droits internes britannique et camerounais : un éclairage pour la diaspora africaine.....144	
<i>ENOGA Laurent François</i>	
L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives.....176	
<i>COULIBALY Adama Sel &amp; GUENBOUR Saida</i>	
La nécessité d'une obligatorité de l'assurance de pollution.....195	
<i>ELOUNDOU MENOUNGA GASTON</i>	

Le sort des droits de la défense lors de la garde à vue devant les juridictions d'exception camerounaises.....210

*AOUTA Justine*

Le contrôle de l'activité des établissements de microfinance de la 1<sup>ère</sup> catégorie en zone CEMAC.....230

*SABOUA Daniel Wilfried*

La complexité du domaine national au Cameroun : entre immobilité et évolution.....243

*Eric FENDJU MONKIE*

Le rôle de l'abus dans les sociétés commerciales OHADA.....263

*WINNIE LAURE MGBOOBERBE*

Soliloque sur la temporalité des juridictions pénales internationales : cas des TPI *ad-hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.....283

*WIMANDAMI LIDAM Proté*

Les règles d'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même.....311

*Appolinaire DJONGAIBE*

La protection de la vie privée sur les réseaux sociaux en droit pénal camerounais.....323

*YOUNOUSSA Bouba & DINAMOU DAWA KOHLORO Constant*

La cessation de paiements dans les établissements de crédit en droit CEMAC.....355

*PAYDI RAISSA*

Les particularités de la négociation dans la formation du contrat pétrolier.....373

*OUMAR ALI*

La problématique de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun.....395

*Olivier DJAOWE BASGA*

L'indemnisation de la victime conductrice en droit congolais.....417

*KALENGAYI KATANGA Valéry*

❖ **Droit Public**

Le principe à un environnement sain en droit positif camerounais.....442

*GARGA SADOU*

L'asthénie des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif.....465

*KANOOU NKEMTSOP Armando*

Les heurts de la garantie juridictionnelle de l'environnement au Cameroun.....492

*Hermann NGUEMEU DONGMO*

Le sens du principe du dédoublement fonctionnel en droit congolais.....527

*Kupani Gisenge Jean-Claude & Kumba Kwambanda Lepere*

Les dispositions inopérantes de la constitution : recherches sur le constitutionnalisme  
d'apparat.....553

*Étienne KENFACK TEMFACK*

De la portée relative du caractère inopérant de l'élément intentionnel dans les infractions  
douanières en droit congolais.....575

*Lwete Lwenkomba Freddy*

La Responsabilité sociale des entreprises dans l'aménagement des rapports entre l'Etat d'accueil  
et l'investisseur étranger.....592

*Hadja KOULTCHOUMI AHMED*

La notion de loi de finances de l'année en droit budgétaire camerounais.....610

*BIKOGO Marie Albertine Fleur*

Le droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone.....627

*WAPOUO BOUBA KADJOU*

**❖ Science Politique**

Le discours de l'autorité traditionnelle dans la gestion de la crise de l'ex Southern-Cameroon :  
entre sacralisation et désacralisation.....652

*Elsa Destinée WANDJI*

Page | x

La stratégie des acteurs humanitaires pour la préservation de la paix dans la zone d'intervention  
humanitaire de MINAWAO à l'Extrême-Nord Cameroun.....677

*KAPSENDE ZACHARIE WEFE*

Décentralisation face à la gouvernance.....702

*MBARGA Mathurin Désiré*

**❖ English Law**

Private prosecution: practicability, challenges and reliability before the courts in Cameroon...713

*Mbongwe Julius Palle*

Recognising and Protecting Female Right in Cameroon: A Customary Experience in the  
Violation of Women Right and Status.....751

*Lidwina Dope Nyadjroh Gabsa*



**Les droits de l'homme à l'épreuve des enquêtes policières au Mali***The human rights in the face of police investigations*

Par :

**Dr. Mahamane COULIBALY**

Page | 1

Maître-Assistant à la Faculté de Droit Privé

Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)

**Dr. Amadou BOUARE**

Enseignant Chercheur à la Faculté de Droit Privé

Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)

**Résumé :**

*Le droit pénal malien distingue deux types d'enquête : l'enquête dite de flagrance, qui confère plus de prérogatives aux forces de police et de la gendarmerie et l'enquête dite préliminaire, qui constitue le régime de droit commun. Si l'on peut être tenté de croire que l'enquête préliminaire obéit à un régime moins attentatoire aux droits et libertés individuelles que l'enquête de flagrance en raison du degré d'encadrement juridique que cette enquête intègre eu égard au contrôle tatillon exercé par le Magistrat de tutelle, la prudence commande, toutefois, que soit édulcorée la portée d'une telle analyse fort élogieuse sur le régime juridique applicable à l'enquête préliminaire. Dans le Code de Procédure Pénale (CPP), le législateur malien indolent, fidèle à sa technique de renvoi, contribue subrepticement à vider le régime de l'enquête préliminaire de sa substance au point de favoriser une nette confusion entre les régimes des deux enquêtes. Par conséquent, l'une et l'autre de ces deux enquêtes jumelles ne sont pas moins attentatoires aux droits et libertés individuelles des personnes qui en sont ciblées. Face à une telle situation de violations permanentes des droits de l'Homme, il a été suggéré quelques pistes de solution de nature à concilier les deux intérêts antagonistes ou de nature à rendre des enquêtes policières beaucoup plus respectueuses des droits primordiaux de la personne humaine. Pour ce faire, il a été préconisé de mettre en branle des mesures à la fois persuasives et dissuasives. Les premières viseront à assurer aux acteurs de la police judiciaire des programmes de formations régulières sur les droits de l'Homme afin de créer une articulation nécessaire entre les opérations d'enquêtes policières et les droits de l'Homme. Le second volet de ces mesures persuasives se traduit par la nécessité d'une large vulgarisation ou information dans le milieu des acteurs de la police judiciaire.*

*S'agissant des mesures dissuasives, il nous a semblé nécessaire de fulminer des sanctions spéciales à l'encontre des acteurs incriminés de nature à éviter la banalisation flagrante des droits de l'Homme lors de la menée des actes d'enquêtes de la police judiciaire. Il est un truisme de faire constater que la mise en œuvre des mesures ci-dessus suggérées aura des implications financières considérables et requiert une certaine volonté politique manifeste, sans quoi, la réalisation du projet demeurera chose arlésienne.*

**Mots clés :** Enquête préliminaire, enquête de flagrance, violations, droits de l'Homme.

**Abstract:**

*Malian criminal law distinguishes between two types of investigation: the so-called flagrante delicto investigation, which confers more prerogatives on the police and gendarmerie, and the so-called preliminary investigation, which is the common law regime. Although one may be tempted to believe that the preliminary investigation is subject to a regime that is less prejudicial to individual rights and freedoms than the flagrante investigation because of the degree of legal supervision that this investigation incorporates with regard to the meticulous control exercised by the supervising Magistrate, caution dictates, however, that the scope of such a highly laudatory analysis of the legal regime applicable to the preliminary investigation should be toned down. In the Code of Criminal Procedure (CPP), the indolent Malian legislator, true to his technique of referral, surreptitiously contributes to emptying the preliminary investigation regime of its substance to the point of encouraging a clear confusion between the regimes of the two investigations. As a result, both twin investigations are no less prejudicial to the individual rights and freedoms of those targeted by them. In the face of such a situation of permanent human rights violations, several solutions were suggested that would reconcile the two antagonistic interests or make police investigations much more respectful of the fundamental rights of the human person. To this end, it was recommended that both persuasive and dissuasive measures be put in place. The first will aim to provide regular training programs on human rights for judicial police officers to create the necessary link between police investigations and human rights. The second aspect of these persuasive measures is the need for broad dissemination of information among the judicial police. About dissuasive measures, we felt it was necessary to impose special sanctions on the offending parties to avoid the blatant trivialization of human rights during the conduct of investigations by the judicial police. It is a truism that the implementation of the measures suggested above will have considerable financial implications and requires a certain amount of political will, without which the project will remain an afterthought.*

**Keywords:** Preliminary investigation, flagrante delicto investigation, violations, human rights.

## Introduction

Au Mali, les services de police et de la gendarmerie intervenant dans le cadre de la police judiciaire sont très souvent le premier maillon de la chaîne judiciaire chargé de la mise en œuvre concrète de l'enquête dans la procédure pénale sous le contrôle des magistrats. La police judiciaire a une mission d'investigation et de répression des infractions. Dans l'exercice de leur mission d'enquête, les officiers de police judiciaire (OPJ) peuvent recourir à certains moyens de coercition tels que la garde à vue, les perquisitions et saisies. Dans le cadre de la mise en œuvre de ces actes d'enquête, certains OPJ commettent souvent des violations des droits de l'homme au mépris du code de procédure pénale et des principes directeurs d'un procès équitable.

Ainsi, s'il est certain que les enquêtes constituent des « mesures d'instruction consistant à recueillir des témoignages ou autres éléments permettant de parvenir à la manifestation de la vérité »<sup>1</sup>. La bonne conduite ou l'efficacité de ces mesures impliquent que les acteurs qui s'y livrent (les enquêteurs, en occurrence les acteurs de la police et de la gendarmerie) soient investis des pouvoirs importants leur permettant de mener à bien les missions qui leur sont assignées. Toutefois, il faut prendre garde que « les arbres ne cachent pas la forêt », les enquêtes policières, étant un moyen et non une fin en soi, ne doivent pas être un alibi pour justifier des violations des droits de l'Homme. La police judiciaire étant une émanation de l'Etat se doit de respecter les droits de l'Homme. Cependant, il en va autrement dans la pratique où l'on assiste curieusement ces droits « à l'épreuve », c'est-à-dire, en « état de résistance »<sup>2</sup> tant mal que bien en statut de figure d'infortune ou de parent pauvre face aux actes posés lors d'enquêtes policières.

C'est un truisme de constater que la pondération de la violation varie selon que l'on est placé face à une enquête de flagrance ou à une enquête préliminaire. Est qualifiée d'infractions flagrantes celles (crime et délit) « qui se commettent actuellement ou qui viennent de se commettre... »<sup>3</sup>. La nature particulière de cette enquête « au chaud »<sup>4</sup> entraîne le renforcement considérable des pouvoirs de la police judiciaire<sup>5</sup> au point d'en constituer une sorte de cimetière

---

<sup>1</sup> G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Paris, PUF, 2018, p. 874.

<sup>2</sup> Larousse, éd. 2005, P. 59.

<sup>3</sup> Voir art. 65 du Code de Procédure Pénale du Mali (CPP).

<sup>4</sup> Sous l'angle strictement étymologique, cette expression désigne, si l'on peut dire, « un acte sur le feu », l'adjectif fragrant découlant du verbe latin *flagare* qui signifie brûler

<sup>5</sup> V. Ph. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, « *Procédure pénale* », Paris, Armand Colin, 2001.

d'où viennent s'enterrer les droits et libertés individuelles de la personne qui en est visée<sup>6</sup>. Au rebours, l'enquête préliminaire, en ce qui la concerne, obéit à un régime moins attentatoire aux droits et libertés individuelles. Une telle nuance s'explique par le degré d'encadrement juridique que cette enquête intègre eu égard au contrôle tatillon exercé par le Magistrat de tutelle<sup>7</sup>. Toutefois, la prudence commande que soit édulcorée la portée d'une telle analyse fort élogieuse sur le régime juridique applicable à l'enquête préliminaire. Dans le Code de Procédure Pénale (CPP), le législateur malien indolent, fidèle à sa technique de renvoi, contribue subrepticement à vider le régime de l'enquête préliminaire de sa substance au point de favoriser une nette confusion entre les régimes des deux enquêtes<sup>8</sup>. Par conséquent, l'une et l'autre de ces deux enquêtes jumelles ne sont pas moins attentatoires aux droits et libertés individuelles des personnes qui en sont ciblées. Montesquieu doit se retourner dans sa tombe, lui qui écrivait que « la liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées : c'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen »<sup>9</sup>.

Sous réserve de ces éclairages, l'intérêt de notre démarche réside au fait qu'il ne serait pas un abus de langage en raisonnant que le vent ambiant de violation des droits et libertés ne semble pas souffler dans la même direction que la volonté de consolidation de l'Etat de droit au Mali. L'Etat de droit, pour faire simple, est celui dans lequel les gouvernants et les gouvernés, se trouvent tous, soumis à la majesté du droit. Il est souvent habituel d'entendre, non sans humour, que l'Etat du Mali est l'un « des champions en termes de ratification des traités ». Sans déborder le champ de la présente réflexion, les traités auxquels allusion est faite se reportent aux instruments juridiques en matière des droits de l'Homme. Sans prétendre à l'exhaustivité, ces instruments juridiques renvoient à la charte internationale des droits de l'Homme (Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948 ainsi que les deux Pactes jumeaux auxquels elle a donné naissance en date du 16 décembre 1966). Il en va de même pour la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 ainsi que ces différents Protocoles additionnels.

---

<sup>6</sup> B. BOULOC, « *Procédure pénale* », Paris, Dalloz, éd. 27, 2020, p. 506.

<sup>7</sup> J. DILMI, « *Le pouvoir propre de police judiciaire* », Mémoire, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 88 et s.

<sup>8</sup> V. *infra*, p. 33 et s.

<sup>9</sup> Montesquieu, « *De l'esprit des lois* », livre XII, chap. II, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, « bibliothèque de la Pléiade », 1951, p. 431.

Ces quelques instruments juridiques souscrits sur le plan supranational ne doivent nullement faire préjudice à ceux qui composent avec les textes domestiques dont le plus emblématique est la Constitution du 25 février 1992. D'emblée, comme sur une mappemonde, le constituant a inscrit en lettres d'or, sous un Titre Premier, les droits (et devoirs) des citoyens maliens au rang desquels figure notamment le droit à la sacralité reconnu à « la personne humaine »<sup>10</sup>, « la liberté d'aller et venir »<sup>11</sup>, « le droit au respect de son domicile »<sup>12</sup>, « le droit à la propriété »<sup>13</sup>, « le droit à la sûreté »<sup>14</sup>, « le droit à la présomption d'innocence ... »<sup>15</sup>. Des droits similaires se trouvent consacrés dans les textes à valeur législative<sup>16</sup> et réglementaire dont il sied de faire économie afin d'éviter une fâcheuse redondance.

Il s'ensuit que les excès de la police judiciaire constituent de graves violations des instruments juridiques visés, et par conséquent, aux engagements nationaux et supranationaux souscrits par l'Etat du Mali. Par-dessus cette vision purement théorique, il y a lieu de convenir que les excès occasionnés par les enquêtes de la police judiciaire sont favorables à l'instauration d'un climat de méfiance générateur d'une crise de confiance contreproductif eu égard à l'efficacité de sa mission régaliennne de lutte contre la criminalité<sup>17</sup>.

Les facteurs susceptibles de mettre à nu les causes incitatives aux excès de la police sont légion, mais il peut être retenu deux qui en sont majeurs : le premier se traduit par la faible protection des lois dont l'application ouvre la brèche à la violation des droits de l'Homme ; le second résulte des écarts de conduite des acteurs de la police judiciaire. Dans le cadre de la présente réflexion, il n'est pris en compte que le second facteur relatif aux écarts de conduite imputables aux acteurs de la police judiciaire. Cette démarche contraste avec l'orthodoxie de la méthodologie juridique. Il aurait été plus conformiste de se livrer à une analyse critique des textes juridiques régissant les opérations d'enquêtes de la police judiciaire. Cependant, en lieu et place de la démarche susmentionnée, la présente réflexion retient celle consistant à incarner une

---

<sup>10</sup> Art. 1 de la Const.

<sup>11</sup> Art. 5 de la Const.

<sup>12</sup> Art. 6 de la Const.

<sup>13</sup> Art. 13 de la Const.

<sup>14</sup> Art. 1 al. 2 de la Const.

<sup>15</sup> Art. 9 al. 3 de la Const.

<sup>16</sup> V. par exemple les arts. 2, 176, 177 CPP.

<sup>17</sup> E. RICHARD MESSICK et S. A. SCHÜTTE, « *Risques de corruption dans le système de justice pénale et outils d'évaluation* », in U4, 2015, N° 13, P. 10 et s. ; OUDC, « Les droits de l'homme et les réponses de la justice pénale au terrorisme », New York, 2014, p. 58.

transformation majeure dans le *modus operandi* des acteurs en question. Cette approche se justifie aisément considérant que « le droit n'est pas une fin en soi, mais un moyen, faudrait-il pas que son application porte atteinte à des intérêts dont il a pour but de sauvegarder »<sup>18</sup>. L'application d'une mauvaise loi pouvant être écartée par les acteurs de la police avertis, il sied donc de s'atteler plutôt à l'analyse des actes posés par les acteurs de la police judiciaire qu'à celle des lois. En effet, c'est à niveau qu'interviennent très souvent des violations des droits de l'homme. Cependant, le degré de ces violations varie selon la nature de l'enquête entreprise sachant par ailleurs que celle-ci est déterminé en fonction du temps s'intercalant entre la commission de l'infraction et sa découverte<sup>19</sup>.

Ce qui nous conduit à se poser la question de savoir à quels moments les droits de l'homme se trouvent-ils éprouvés durant les enquêtes policières ?

Dans un Etat de droit, la police judiciaire est investie d'une mission à la fois salvatrice et difficile. Salvatrice d'autant plus qu'elle œuvre d'arrache-pied à constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte (art. 31 al. 3 CPP). Outre, elle intervient après l'ouverture d'une information pour exercer un rôle, certes auxiliaire, mais non moins important dans le cadre de la recherche de la vérité judiciaire. La mission est à la fois difficile eu égard à l'obligation faite à celle-ci de tenter de concilier deux intérêts qui paraissent irréductibles : celui de la société et celui de l'individu<sup>20</sup>. La difficulté tient le plus souvent du déséquilibre constaté à cette difficile opération de pesée, déséquilibre qui fait pencher la balance en faveur du premier au grand dam du second. C'est dans le cadre de l'enquête de flagrance que la penchée de la balance paraît manifestement radicale (I). Les violations des droits de l'Homme sont moins manifestes dans l'enquête préliminaire du fait que celle-ci obéit au minimum d'encadrement juridique qui la caractérise (II).

## **I- L'ENQUETE DE FLAGRANCE : SOURCE DE VIOLATIONS ETENDUES DES DROITS L'HOMME**

Aux termes de l'article 65 al. 1 du CPP « Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant

<sup>18</sup> La formule est de Von Ihering.

<sup>19</sup> Voir les articles 65 à 85 du code de procédure pénale du Mali relatifs aux enquêtes de flagrance et préliminaire.

<sup>20</sup> J. LEROY, « Procédure pénale », Paris, LGDJ, éd. 3, 2012, P. 48 ; B. BOULOC, H. MATSOPOULO, « Droit pénal général et procédure pénale », Paris, Sirey, éd. 21, 2018, p. 22.

lorsque dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. L'al. 2 du même article ajoute qu'« Est assimilé au crime ou délit flagrant tout crime ou délit qui, même non commis dans les circonstances prévues à l'alinéa précédent, a été commis dans une maison dont le chef requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de le constater ».

Compte-tenu de la nature *sui generis* de l'enquête de flagrance, les concepteurs du CCP ont conféré d'importants pouvoirs à la police judiciaire<sup>21</sup>. Or, comme il est vrai que tout homme qui détient le pouvoir est appelé à en abuser, les acteurs de la police judiciaire ne font pas figures d'exception à ce principe (universel ?). L'usage abusif des pouvoirs qui leur sont dévolus se traduit tantôt sous forme d'une atteinte au droit à un procès équitable<sup>22</sup> (A), tantôt par une atteinte aux libertés individuelles des personnes qui en font l'objet (B).

#### **A- L'enquête de flagrance, une atteinte au droit à un procès équitable par une anticipation sur la culpabilité**

L'enquête de flagrance est une atteinte au procès équitable à deux égards : d'une part, parce que les droits de la défense se trouvent malmenés (1) ; d'autre part, le principe de la présomption d'innocence se trouve bafoué (2).

##### **1- Les droits de la défense : une garantie malmenée par l'enquête de flagrance**

Le droit de la défense constitue l'un des droits fondamentaux inscrits au fronton de la constitution malienne du 25 février 1992. Ainsi, il appert de l'art. 9 al. 4 de ladite Constitution que « le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un avocat, est garanti dès l'enquête préliminaire ». Il s'agit-là d'un droit auréolé d'une valeur constitutionnelle et par conséquent opposable aux éventuelles atteintes provenant des pouvoirs exécutif et législatif. Sur les traces de la plume du Doyen Cornu, on a pu définir le droit de la défense, en matière pénale, tel « un ensemble des prérogatives qui garantissent à la personne suspecte ou poursuivie la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans la procédure pénale et dont la violation constitue, à certaines conditions, une cause de nullité de la procédure même si cette sanction n'est pas

<sup>21</sup> Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, 24 et s.

<sup>22</sup> M.-B. DEMBELE, « *Le procès équitable au Mali* », Paris Harmattan, p. 2 et s.

expressément attachée à la violation d'une règle légale »<sup>23</sup>. Quant au Professeur Pradel, il suggère une définition similaire selon laquelle le droit de la défense est « l'ensemble des prérogatives accordées à une personne pour lui permettre d'assurer la protection de ses intérêts tout au long du procès »<sup>24</sup>. Il résulte de la lecture combinée de ces deux définitions que le droit de la défense constitue un ensemble, un continuum dont le droit de se faire assister par un avocat n'en représente qu'une composante parmi tant d'autres, d'où l'emploi du pluriel pour le désigner : « les droits de la défense ». Ainsi, les droits de la défense se composent des droits tels « le droit à l'avocat », « le droit de savoir », « le droit à un débat contradictoire ».

Concernant le droit à la défense, il se traduit par la faculté reconnue à tout justiciable d'assurer sa défense en faisant recours au service d'un ou des avocats. Ce droit est d'autant plus important qu'il n'est pas passé sous silence de la définition retenue pour signifier les droits de la défense. Il est vrai que nombreux sont les justiciables qui perdent leur procès, pas parce qu'ils ont tort mais parce qu'ils n'ont pas eu la chance de se faire assister par un avocat. Cependant, il sied de relever que l'assistance d'un avocat, fût-elle indispensable dans le cadre du procès pénal, demeure malencontreusement un luxe pour la plupart des justiciables maliens<sup>25</sup>. Cela s'explique à la fois par un taux d'analphabétisme et de pauvreté qui va dans un crescendo d'énergie. C'est dans ce contexte que l'Etat malien a dû instituer un service légal d'assistance judiciaire issu de la loi I N°01-082/DU 24 AOÛT 2001. Cette loi détermine les conditions d'accès au service d'assistance judiciaire comme la prise en charge des frais de justice ou la commission d'office d'un avocat. On peut cependant regretter que dans la pratique les avocats commis d'office sont taxés de ne pas préparer ou défendre avec sérieux les dossiers des clients bénéficiaires du service de l'assistance judiciaire. Cela se comprend aisément puisque les avocats commis d'office se plaignent tantôt de ne pas être rémunérés par l'Etat, tantôt d'être tardivement rémunérés par l'Etat ou enfin d'être insuffisamment rémunérés par l'Etat.

<sup>23</sup> G. CORNU, 2018, « *Vocabulaire juridique* », Paris, PUF, 2300 p.

<sup>24</sup> J. PRADEL, « *Droits de la défense* », in Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. D. ALLANT et S. RIALS, Paris, 2003, p. 538 et s. ; v. aussi G BOLARD, « *Les juges et les droits de la défense* », *Mélanges Bellet*, 1991, p. 49 ; J. LEAUTE, « *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense* », *Rev. Sc. Crim.* 1953, p. 47. ; H. MOTULSKY, « *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense* », *Mélanges Roubier*, 1961, t. II, P. 175 ; C. WIEDERKEHR, « *Droits de la défense et procédure civile* », *D.*, 1978, chron., 36.

<sup>25</sup> De l'avis général des praticiens, l'assistance judiciaire s'acquiert difficilement avant la fin de l'instance.

S'agissant du « droit de savoir », il implique que le prévenu doit être mis à la connaissance des faits qui lui sont reprochés afin de lui permettre de mieux préparer ou assurer sa défense<sup>26</sup>. C'est ce qui résulte de l'art. 107 CPP aux termes duquel lors de la première comparution de l'inculpé, le juge d'instruction lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont reprochés.

Enfin, concernant le « droit à un débat contradictoire », il se dédouble en un droit de suggestion et de contestation. Le droit de suggestion est au cœur même du contradictoire puisqu'il est celui de faire entendre sa voix, d'indiquer au juge ses moyens de défense. L'inculpé peut ainsi demander une expertise (article 165 du code de procédure pénale), solliciter l'accomplissement d'actes particuliers (article 171 *in fine* du code de procédure pénale) ... Le droit de contester peut d'abord porter sur le juge lui-même à travers notamment la récusation. L'article 595 du code de procédure pénale dispose à cet effet que « Tout juge ou conseiller peut être récusé ». La contestation peut ensuite porter sur la décision à travers l'exercice des voies de recours.

Après avoir passé en revue les composantes des droits de la défense, il sied de s'interroger sur leur effectivité en procédure de flagrance. Autrement dit, les droits de la défense ci-dessus susvisés sont-ils réellement respectés dans le cadre de la procédure de flagrance ?

*Concernant* le droit à un avocat, il peut être regretté de constater à la lecture de l'alinéa 4 de l'art. 9 de la Constitution que le droit à un avocat n'est requis qu'en matière d'enquête préliminaire, abstraction faite à la procédure de flagrance. Pour corroborer cette thèse, un auteur a pu dire que « le législateur a entendu exclure ce droit pour l'enquête flagrante davantage qu'il a entendu le prescrire pour l'enquête préliminaire. L'explication serait que l'enquête flagrante, en raison de l'urgence qui la caractérise, s'accommode difficilement avec la présence souvent « encombrante » de l'avocat ». Partant, l'auteur, reconnaissant l'importance du principe, fustige en ces termes : « Toujours est-il que le rôle de l'avocat est trop précieux pour être sacrifié sur l'autel de l'efficacité de l'action répressive »<sup>27</sup>. Nous ne sommes du même avis selon lequel le droit à l'avocat n'est pas obligatoire dans le cadre de l'enquête de flagrance. Le législateur malien semble exiger le strict respect des droits de la défense. Mais la solution n'est pas la même selon que l'on est en matière criminelle ou délictuelle ou selon que l'on est en face d'un magistrat ou d'un officier

<sup>26</sup> - Art. 14 (a) du Pacte international relative aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

<sup>27</sup> M. COULIBALY, *op. cit.*, p. 87.

de police judiciaire. Ainsi, il ressort de l'al. 3 de l'art. 68 que si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés (...) l'officier de police judiciaire « ... a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect (...) des droits de la défense ». Ensuite, l'art. 82 CPP prévoit qu'« En cas de crime flagrant et si le juge d'instruction n'est pas encore saisi, le procureur de la République peut décerner mandat d'amener contre toute personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction. Le procureur de la République interroge sur-le-champ la personne ainsi conduite devant lui. Si elle se présente, accompagnée d'un avocat, elle ne peut être interrogée qu'en présence de ce dernier ». Il résulte que lorsque la personne se trouve déjà accompagnée d'un avocat, le procureur est tenu de respecter « le droit d'être assisté par un avocat ». En matière de l'enquête de flagrance, le respect aux droits de la défense est « conditionné », donc partiel ou parcellaire.

*Relativement* au « droit de savoir », on peut difficilement être tenté de croire à son strict respect dans le cadre de l'enquête de flagrance. La plupart du temps, ce droit succombe face aux préjugés que le contexte de la flagrance rend évident puisque l'infraction de flagrance est celle qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il y a aussi flagrance lorsque dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé à ladite infraction<sup>28</sup>. En outre, le droit de savoir ne semble pas s'accommoder avec la nature de la flagrance. Comment tenir informée une personne du fait infractionnel à lui reproché alors que sa main a été prise dans le sac ? Dans le contexte de flagrance, la présomption de culpabilité semble primer sur celle d'innocence donnant ainsi licence à une foule déchainée de faire application au désormais triste célèbre « article 325<sup>29</sup> », fondement extra juridique de la justice populaire au Mali. Cette pratique est redoutée quand on sait que la loi même donne possibilité à toute personne d'appréhender l'auteur d'une flagrance et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche (art. 84 CPP).

---

<sup>28</sup> Art. 65 CPP.

<sup>29</sup> Cela signifie dans le langage populaire ancien au Mali : acheter le litre d'essence qui coutait à l'époque 300 francs FCFA plus une boîte d'allumette à 25 FCFA aux fins de brûler vif le voleur pris la main dans le sac.

Enfin, s'agissant du droit du contradictoire, son observance est rendue délicate, sauf à évoquer un fait justificatif, eu égard à la nature de l'infraction, mais aussi à l'existence d'une procédure spéciale de la flagrance. La procédure de flagrance est prévue par les articles 387 et suivants du code de procédure pénale. Elle n'est applicable qu'aux personnes arrêtées en état de flagrant délit et ne peut concerner que les infractions punies de peines correctionnelles ce qui exclut naturellement les infractions criminelles et les contraventions. Le délinquant est immédiatement conduit devant le Procureur de la République qui l'interroge et le fait traduire sur-le-champ à l'audience du tribunal. Toutefois, il sied de noter que théoriquement, l'article 389 du code de procédure pénale fait obligation au Président d'informer le prévenu qu'il a la faculté de solliciter un délai de trois (3) jours pour préparer sa défense. Il convient de se demander si ce délai de trois (3) jours, extrêmement court, permet d'assurer au prévenu un droit à la défense à hauteur de souhait. Cette restriction au droit de la défense peut difficilement se justifier eu égard à la présomption d'innocence dont bénéficie, jusqu'à preuve du contraire, l'auteur d'une infraction de flagrance. Cependant, comme ci-dessus relevé, les circonstances dans lesquelles intervient la flagrance ne fait pas une part belle au principe de la présomption d'innocence.

## **2- La présomption d'innocence, un principe bafoué par l'enquête de flagrance**

Comme les droits de la défense, le droit à la présomption d'innocence trouve aussi une consécration dans la Constitution malienne du 25 février 1992. Pour s'en convaincre, il convient de donner lecture à l'alinéa 3 de l'art. 9 de ladite Constitution qui prévoit que « Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la juridiction compétente ». Dans ses dispositions préliminaires, le code de procédure pénale énonce que « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ». Ces consécutions législatives nationales traduisent la transposition des instruments juridiques supranationaux porteurs de ce principe fondamental de la présomption d'innocence. Il ne sied pas de passer en revue ces multiples instruments.

Par-dessus, ce fondement juridique, le principe repose sur un fondement théorique. D'un point de vue théorique, trois exigences fondent le principe de la présomption d'innocence. D'abord « la présomption d'innocence est une notion juridique censée correspondre à la vérité car, dans leur

majorité, les hommes sont honnêtes »<sup>30</sup>. Il faudrait donc, avant un examen minutieux de la situation en cause, se laisser convaincre de l'innocence de la personne poursuivie qui est a priori honnête et vertueuse. La Cour Suprême du Canada l'a joliment formulée : « La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité ; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve du contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois »<sup>31</sup>. Ensuite, la justice répressive visant à redresser le tort fait à la société, il est inadmissible qu'elle fasse tort à un membre du groupe social. Or, la personne poursuivie se trouve en état de faiblesse devant le Ministère public : « la présomption d'innocence permet donc de rétablir un certain équilibre entre l'accusateur et l'accusé »<sup>32</sup>. Enfin, la présomption d'innocence tend à préserver la dignité humaine. En effet, « cette présomption intègre le principe de la dignité humaine en considérant l'inculpé comme une personne humaine, sujet et porteur des droits individuels, et non comme simple objet de la poursuite pénale »<sup>33</sup>.

Cependant, ce principe de présomption d'innocence, en dépit de la reconnaissance de sa vertu en procédure pénale, semble connaître l'infortune et la désaffection dans le cadre de l'enquête de flagrance menée par les unités d'enquête de police judiciaire<sup>34</sup>. Comme ci-dessus rappelé, la procédure de flagrance, eu égard à sa nature, se caractérise par l'accroissement des pouvoirs de coercition qu'elle confère aux acteurs de la police judiciaire. Ces pouvoirs s'exercent par le biais d'un certain nombre d'actes tels l'arrestation, la perquisition et la saisie, la mise en garde... pour ne citer que ceux-ci. Il convient dès lors de se demander si l'exercice de chacun de ces actes s'accommode avec le principe de la présomption d'innocence.

Comme ci-dessus relevé, le principe de la présomption d'innocence tend à préserver la dignité humaine en considérant l'inculpé comme un sujet et porteur des « droits individuels »<sup>35</sup>. Ces droits individuels se traduisent sous forme d'un faisceau dense de prérogatives juridiques reconnues à la personne poursuivie ou suspectée. A titre exemplatif, il y a lieu de citer le droit à la

<sup>30</sup> J. PRADEL, « *procédure pénale* », 20 ed., CUJAS, 2019 p. 337, n°384.

<sup>31</sup> Cour Suprême du Canada, *Affaire Oakes*, citée par P. BELIVEAU et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français*, Cujas 1986, p. 55.

<sup>32</sup> J. PRADEL, *La procédure pénale...op.,cit.* p. 337, n° 384.

<sup>33</sup> K. TIEDERMANN, Rapport général au colloque de Tolède [organisé par la Société internationale de Droit Pénal] intitulé « *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'Homme* », *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, p. 824.

<sup>34</sup> V. PINEL, « *La détention provisoire et son impact sur les droits des justiciables* », *op. cit.*, p. 53 et s.

<sup>35</sup> M. COULIBALY, « *Cours de procédure pénale au Mali* », *op. cit.*, p. 139 et s.

propriété, le droit à l'intimité, la liberté d'aller et venir, etc. les développements ultérieurs approfondiront cette difficile dialectique entre les actes de flagrance et les libertés individuelles de personne.

Du point de vue purement philosophique, la garde à vue, quel que soit sa durée, ne peut pas être justifiée : si tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été reconnu coupable, il n'est pas permis de priver de sa liberté celui contre lequel il n'existe encore que de simples soupçons et de lui appliquer une mesure qui, au fond, ne diffère pas de celle à laquelle il serait soumis si sa culpabilité était déclarée<sup>36</sup>. Il est dangereux de laisser croire que la garde à vue, eu égard à sa courte durée et au regard de l'appellation qui lui est collée, serait différente de l'emprisonnement ou de la détention provisoire. Celle-ci tend à la même finalité que ceux-là puisqu'elle n'est pas moins attentatoire à la liberté fondamentale d'aller et venir de la personne<sup>37</sup>. Mieux, il peut être facilement soutenu que la garde à vue est beaucoup plus méprisante à la dignité de la personne, puisqu'elle est cette forme de détention qui expose la personne qui en est soumise à la lisière des autres. La personne mise en garde à vue est le plus souvent exposée à la vue du public, ce qui n'est pas le cas pour les personnes emprisonnées ou en état de détention provisoire qui reçoivent leurs visiteurs loin des murs de leurs lieux de détention. Cette exposition du prévenu au public peut être plus douloureusement ressentie dans un contexte socioculturel où le *vulgum pecus* ne fait pas la distinction entre la nature ou le motif de cette mesure, jugée moins radicale (garde à vue), et les autres, jugées plus radicales (emprisonnement, détention).

A notre avis, le principe de présomption d'innocence doit constituer un véritable rempart contre toute forme d'atteinte de quelque nature qu'elle soit. Les atteintes, le plus souvent, trouvent justifications dans des prétendus besoins ou nécessités d'enquêtes. Là où réside le hic de notre tilt, c'est que ces justifications légales peuvent servir de base à des pratiques arbitraires. Les acteurs de police judiciaire y font recours à titre dissuasif. Ainsi, au Mali, il n'est pas rare que les acteurs de police judiciaire fassent recours à cette mesure même dans les matières qui ne relèvent pas du pénal (telles les matières civiles : l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation découlant d'un engagement contractuel, par exemple). Pour ce faire, les acteurs de police judiciaire donnent aux faits de fausses qualifications ou de qualifications erronées pour ainsi conférer un

<sup>36</sup> Voir V. PINETEL, « la détention provisoire et son impact sur les droits des justiciables », Mémoire, Université de Laval, 2019, P. 51 et s.

<sup>37</sup> R. LETTERON, « Libertés publiques », Paris, Dalloz, éd. 9, 2012, p. 231 et s.

fondement juridique à leur compétence. Il s'agit-là d'une forme de fraude à la loi ne visant qu'à détourner de compétence. Cette pratique illégale se concilie difficilement avec l'exigence du respect du principe de la présomption d'innocence. C'est pour cette raison qu'un auteur a pu proposer de reconnaître à la personne poursuivie « un statut neutre »<sup>38</sup>, c'est-à-dire, une personne qui n'est ni considérée comme coupable, ni perçue comme innocente. En ce sens, « la détention provisoire »<sup>39</sup> se rapproche plus de la mesure de sûreté, qui elle se définit selon l'auteur comme une « précaution prise contre des individus que leur infraction a révélés comme socialement dangereux. Il est vrai, cet auteur, dans son raisonnement, vise plutôt « la détention provisoire »... cet exposé, nous semble-t-il, est aussi valable pour la garde à vue.

## **B- L'enquête de flagrance, une atteinte aux libertés individuelles par une anticipation sur la peine**

Au regard de l'intensité du caractère coercitif des actes de procédure de flagrance, il ne serait pas abusif de conclure que celle-ci constitue un véritable cimetière d'où viennent s'enterrer les libertés individuelles de la personne humaine. Les atteintes qu'il sied de mettre en relief sont, d'une part, celles visant la personne (1) et d'autre part, celles affectant les biens de la personne (2).

### **1- Les atteintes visant la personne**

Les libertés individuelles constituent des bienfaits suprêmes, des droits fondamentaux consistant pour chacun de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher. Ces droits et libertés sont innés et inhérents à la personnalité de tout un chacun<sup>40</sup>. Eu égard à leur dimension sacramentelle, il ne semble plus nécessaire de rappeler que ces droits et libertés se trouvent inscrits en lettres d'or aux frontons de la Loi fondamentale du 25 février 1992.

Les droits et libertés auxquelles allusion est faite ici sont celles qui touchent directement la personne de chaque individu, de chaque homme. Ainsi, nous retenons « le droit à la sûreté »<sup>41</sup>, « la liberté d'aller et venir »<sup>42</sup>, « le droit au respect de la vie privée »<sup>43</sup>. L'objectif étant de démontrer

---

<sup>38</sup> J. CARBONNIER, « *Ecrits* », éd. 1, PUF, 2008, p. 795 : « la détention préventive est un mal, mais c'est un mal nécessaire ».

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », *op. cit.*, p. 1303.

<sup>41</sup> R. LETTERON, « *Libertés publiques* », *op. cit.*, p. 231 et s.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 231 et s.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 367 et s. ; voir aussi P. ARIES et G. DUBY (dir.), « *Histoire de la vie privée* », Points, coll. « Histoire », 1999, 4 vol.

que ces droits et libertés sont le plus souvent éprouvés par l'effet des actes de flagrance posés par les acteurs de police judiciaire. Pour ce faire, il importe de procéder à la confrontation des actes visés et les droits et libertés retenus pour se convaincre de leur difficile articulation.

Concernant le premier des droits et libertés visés, il convient de rappeler que dans la liste des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, dont la conservation est le but de toute association politique, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 fait figurer, en bonne place, entre la propriété et la résistance à l'oppression : la « sûreté ». La notion de sûreté s'éclaire à la lecture des articles 7, 8 et 9 qui précisent, l'un, que l'accusation, l'arrestation ou la détention d'un individu ne peuvent s'opérer que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites, l'autre, que toute punition ne peut être infligée qu'en vertu d'une loi antérieure fixant des peines strictement et évidemment nécessaires, le troisième, que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. Ainsi, le droit à la sûreté apparaît comme des garanties indispensables accordées à la personne humaine. Ces garanties se trouvent malmenées lors de la mise en œuvre des actes de flagrance. Deux observations méritent d'être opérées ici : la première est que la remise en cause des garanties s'explique à travers la très faible protection des lois de telle sorte qu'on est porté à léser ces garanties en dépit de la conformité des actes à la loi. La deuxième, fait expliquer la remise en cause des garanties en raison de non-conformité des actes à la loi.

Dans le cadre de la remise en cause des garanties, et pour ne prendre en compte que le seul acte relatif à l'arrestation, s'expliquant par la très (trop !) faible protection des lois, il convient de relever l'autorisation de la loi exprimée sous l'art. 84 CPP qui dispose que « Dans les cas de crimes flagrants ou de délits flagrants punis d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche ». La lecture de cette disposition soulève une série de questionnements sans réponses. La première question consiste à demander sur l'endroit exact où la personne arrêtée est censée être conduite dans les contrées reculées où il n'y a pas de police ou de gendarmerie... La personne doit-elle être libérée ou conduit, au frais des personnes l'ayant arrêté, jusqu'à la localité où la police est présente ? Ces frais seront-ils remboursés par la police ? En outre, la loi ne détermine aucun délai dans lequel la personne arrêtée doit être conduite devant l'officier de police judiciaire. En d'autres

termes, aucun délai n'est déterminé entre le moment de l'arrestation et celui de la reconduction de la personne devant l'officier de la police judiciaire. La question mérite d'être posée puisque le législateur a omis d'ajouter l'adverbe « immédiatement ». Il aurait dû dire que la personne, aussitôt arrêtée, devait être immédiatement présentée à qui de droit. Cette précision supplémentaire aurait pu éviter des arrestations de très longues durées et des éventuelles condamnations pour séquestration. Il est évident que ce déficit de clarté rédactionnelle est de nature à favoriser la banalisation du droit à la sûreté des personnes visées par l'enquête de flagrance.

La seconde hypothèse est caractérisée par la remise en cause des garanties en raison de l'inobservation des lois. Il en va ainsi pour l'acte relatif à la garde à vue. Comme ci-dessus relevé, l'on considère que le statut de présumé innocent n'est pas conciliable avec la mise en garde à vue de ce dernier d'où un plaidoyer pour la reconnaissance à la personne soupçonnée ou poursuivie d'un statut neutre au carrefour du statut de culpabilité et celui d'innocence. Il n'est nullement dans notre dessein de contester la nécessité de garde à vue mais le recours et l'utilisation abusifs de cette mesure. C'est parce qu'en la matière, les pratiques ne sont hélas pas conformes à ce que prescrit la loi que l'une des libertés individuelles se soit bafouée : la liberté d'aller et venir.

Pour s'en convaincre, il y'a lieu de noter que la loi détermine la durée de la garde à vie à 48 heures exceptionnellement prorogeable de 24 heures sur autorisation expresse émanant du Procureur de la République<sup>44</sup>. Cependant, dans la pratique, il n'est pas rare de constater la violation de la durée légale de garde à vue, le Procureur se montrant moins regardant<sup>45</sup>. Cette prolongation illégale est soit la résultante de la volonté de la police soit celle des parents ou proches de la victime. Pour le premier cas, l'officier de police judiciaire se sert de la mesure comme moyen de pression pour obtenir de la personne une garantie ou une offre de nature à satisfaire les attentes de son créancier. Aussi paradoxale que cela puisse paraître, la police judiciaire, n'étant pas compétente qu'en matière pénale, se reconnaît le plus souvent, la compétence de statuer sur des matières civiles. Ainsi, dans un litige civil pour inexécution ou mauvaise exécution d'un

---

<sup>44</sup> Art.76 al. 1 CPP « Pour les nécessités de l'enquête, l'officier de police judiciaire peut être amené à garder à sa disposition une ou plusieurs des personnes visées aux articles 73, 74, 75 pendant quarante-huit heures. Ces mêmes personnes peuvent encourir les sanctions prévues au Code Pénal relatives à la répression de l'opposition à l'autorité légitime ». L'al. 2 d'ajouter que « S'il existe contre une personne des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation, le délai de garde à vue de quarante-huit heures peut être prolongé de vingt-quatre heures par autorisation écrite du procureur de la République ou du juge d'instruction ».

<sup>45</sup> M. COULIBALY, *op. cit.*, p. 86.

engagement contractuel, elle se crée un interstice pour intervenir. Pour ce faire, elle donne aux faits de fausse qualification ou de qualification erronée. Ainsi, elle fait fonder des faits sur l'abus de confiance ou l'escroquerie des faits qui ne relèvent que de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Il s'agit-là d'une fraude faite à la loi pour conférer un fondement légal à leur compétence. Ce détournement de compétence, devenu un quotidien pour les policiers, conduit à la pénalisation des affaires civiles par laquelle la garde à vue devient un instrument redoutable pour assurer l'exécution effective des obligations civiles contractuelles. Pour ne pas s'exposer aux reproches du Procureur, la police maintient la personne en garde à vue au-delà de la durée légale autorisée jusqu'au dénouement de l'affaire (sic).

Pour le second cas, ce sont les parents même de la personne gardée à vue qui sont favorables au maintien de la garde à vue par crainte de ne pas voir la situation se compliquer davantage à la suite de déferrement de cette dernière. Et la police, non moins responsable de cette violation attentatoire à la liberté d'aller et venir, consent au maintien de la garde à vue jusqu'au règlement définitif du litige. Parfois, sans exagération aucune, cette garde à vue pourrait s'étendre sur plusieurs jours.

Il sied de relever que la garde à vue ne constitue pas la seule mesure susceptible de porter atteinte à la liberté d'aller et venir des personnes innocentes, d'autres mesures en sont prévues et ne sont pas moins attentatoires. Ainsi, il ressort de l'art. 73 CPP que « L'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations ».

Enfin, le droit au respect de la vie privée, en ce qui le concerne, n'est pas, lui aussi, hors portée d'atteinte des actes de flagrance par les acteurs de police judiciaire. Le droit à la vie privée repose sur le droit au respect de l'intimité de personne. Être respecté ne signifie pas, ici, être honoré, entouré d'égards et de considération. Plus négativement, cela signifie ne pas tenir les tiers en lisière d'un domaine réservé, de les tenir en respect et de pouvoir, dans ce domaine, échapper à leurs interventions, à leurs sollicitations<sup>46</sup>. Ce droit se double passivement, de la part de ceux qui doivent le respect, d'un devoir de non-immixtion, de non-ingérence dans les affaires d'autrui, de

---

<sup>46</sup> G. CORNU, « Introduction : les personnes, les biens », Paris, Montchrestien, éd. 9, 1999, p. 217 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, « Introduction au droit », Paris, LGDJ, éd. 6, 2016, p. 71 ; B. BEIGNIER, C. BLERY, « Cours d'introduction au droit », Paris, Montchrestien, 2007, p. 42.

non-intrusion dans l'intimité d'une autre personne. Il a déjà été ci-dessus relevé que les visites domiciliaires qui constituent l'un des actes de flagrante mettent en mal ce droit fondamental de la personne. Certes, il résulte de l'art. 71 CPP que « Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures ». Principe qui s'écroule sous l'ombre des exceptions admises en la matière concernant des infractions telles : le terrorisme et le crime transfrontalier<sup>47</sup> ... c'est sous l'art. 71 al. 3 qu'il convient de relever un autre acte de flagrante propre à léser ce droit au respect de la vie privée. Aux termes dudit article : « 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 »<sup>48</sup>.

Les droits et libertés qui touchent directement à la personne de chaque individu ne sont pas les seuls parents pauvres des actes en matière de flagrante, les biens de la personne visée par ces actes peuvent également en être affectés.

## 2- Les atteintes visant les biens de la personne

Les actes accomplis dans le cadre de flagrante par les acteurs de police judiciaire sont aussi attentatoires au droit dont une personne peut prétendre sur des biens. On ne vise ici que le droit de la propriété. Défini par l'art. 544 du Code civil français comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »<sup>49</sup>. Cette définition laisse transparaître les attributs de la propriété qui sont : le droit de jouir de la chose<sup>50</sup>, le droit d'utiliser la chose<sup>51</sup> et le droit de disposer la chose<sup>52</sup>. Dans le cadre de l'exercice de ses droits, le propriétaire bénéficie d'une large protection de la loi, puisqu'il s'agit, au même titre que ceux qui sont ci-dessus relevés, d'un droit fondamental, imprescriptible et inaliénable tel qu'il ressort de la Déclaration Française des Droits de l'Homme et du Citoyen.

<sup>47</sup> M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté dans un dangereux », *op. cit.*, p. 119 et s.

<sup>48</sup> V. LETTERON, *op. cit.*, p. 373.

<sup>49</sup> J. CARBONNIER, « Le Droit civil : Les biens », Paris, Thémis, 1995, p. 93 et s. ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Droit civil : les personnes, la famille, les biens », CNFPT, 2007, p. 163 et s.

<sup>50</sup> En latin : Jus fruendi.

<sup>51</sup> En latin : Jus utendi.

<sup>52</sup> En latin : Jus abutendi.

De même, il résulte de l'art. 13 de la Constitution du 25 février 1992 que « Le droit de propriété est garanti. Nul ne peut être exproprié que pour cause d'utilité publique et contre une juste et préalable indemnisation ». Il appert de cette disposition constitutionnelle que le droit de propriété, dans le cadre de son exercice, est protégé. Il s'agit, sur le plan national, de la protection tant sur le plan civil que sur le plan pénal<sup>53</sup>. En outre, il découle de la même disposition que l'atteinte à la propriété ne se justifie que pour cause d'utilité publique. Or, il est déconcertant de constater que les actes de flagrance ou certains d'entre eux sont de nature à entraver l'exercice du droit auquel le propriétaire peut se prévaloir sur ses biens. Pour en vérifier, il suffit de relever ces deux actes de flagrance : les perquisitions et les saisies prévues, sous différents alinéas, par le même article 68 CPP aux termes duquel « Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition... ». L'alinéa 4 du même article abonde dans le même sens pour disposer en ces termes : « Tous objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés ».

Cependant, il sied de relever que la Constitution ne vise que le seul cas d'expropriation qui constitue une atteinte emportant l'aliénation du droit de la propriété. Les formes d'atteintes telles que prévues par l'art. 68 ne sont pas définitives et sont temporaires mais ne sont pas moins gênantes eu égard à l'exercice des attributs du droit de la propriété. En effet, la mise en œuvre des actes de procédure de flagrance ne permet pas d'utiliser ni de jouir ou de disposer un bien faisant déjà l'objet de perquisition ou de saisie. Il s'ensuit que l'art. 68 ne remet nullement en cause la disposition constitutionnelle de l'art. 13 ci-haut susvisé. En outre, même à supposer que les dispositions de l'art. 68 CPP était inconciliables avec celles prévues par la Constitution, on aurait pu en justifier par les nécessités d'ordre public que s'inscrivent les actes du droit pénal, en général, et ceux de la flagrance, en particulier. On peut ainsi se demander si « l'utilité publique » à laquelle fait l'art. 13 de la Constitution allusion ne renvoie-t-elle pas à la nécessité d'ordre public que vise le droit pénal. A notre avis, les deux notions ne sont pas irréductibles. Ainsi, pour cause de nécessités publiques, l'exercice des prérogatives inhérentes au droit de la propriété peut tolérer quelques restrictions. Sauf, à relever que la Constitution subordonne l'atteinte au droit de la

---

<sup>53</sup> G. CORNU, « *Droit civil : introduction : les personnes, les biens* », *op. cit.*, p. 426 et s.

propriété à une juste et préalable indemnisation, ce qui, malencontreusement, n'est pas le cas pour le droit pénal qui prescrit des actes de flagrance auxquels référence est faite. S'il est vrai que le principe de la présomption d'innocence concourt à la préservation de la dignité de la personne humaine, il convient d'allouer des indemnités réparatrices des dommages subis par des personnes innocentes lors de la conduite des actes de procédure de flagrance sous l'égide des acteurs de police judiciaire. Toute autre proposition contraire supposerait que notre société est perméable à l'injustice et conçoit la banalisation des libertés individuelles sur l'autel de la prévalence de l'hypothétique intérêt supérieur de la société à moins que cette enquête ne soit reconvertie en enquête préliminaire qui ne constitue pas moins une source de violation des droits de l'Homme, mais une source de violation encadrée quand même.

## **II- L'ENQUETE PRELIMINAIRE : SOURCE DE VIOLATION ENCADREE DES DROITS DE L'HOMME**

En tant que mesure d'information destinée à recueillir des renseignements, l'enquête est, par nature, source de contraintes et parfois facteur d'atteintes aux droits de l'homme<sup>54</sup>. Cependant, sans perdre de vue, il importe de signaler que le degré d'atteintes varie selon que l'on est face à une enquête de flagrance ou à une enquête préliminaire. Contrairement à l'enquête de flagrance, siège naturel de violation des libertés individuelles, l'enquête préliminaire est, quant à elle moins attentatoire aux droits évoqués, et ce, eu égard au minimum d'encadrement de cette enquête imposé par des règles. C'est pour cette raison qu'il en résulte une double protection de la personne (A) bien que celle-ci puisse connaître quelques fâcheuses limites (B).

### **A- La double protection accordée à la personne**

La double protection accordée à la personne se traduit par le fait que cette dernière ne peut faire l'objet de certains actes sans son assentiment (1) et sans l'assistance de son avocat (2).

#### **1- L'assentiment de l'intéressé**

Il résulte de l'analyse combinée des articles 66,76 et 86 du code de procédure pénale que comme en matière de flagrance, l'officier de police judiciaire peut, dans le cadre d'une enquête

---

<sup>54</sup> B. BOULOC, *op. cit.*, p. 506. Selon cet auteur « parce qu'elle supplée à l'instruction préparatoire et, en conséquence, prive des garanties organisées par celle-ci un individu soupçonné, l'enquête préliminaire paraît dangereuse pour les libertés individuelles... ».

préliminaire, se transporter sur les lieux, procéder à toutes constatations utiles, veiller à la conservation des éléments de preuve, saisir les armes et instruments qui ont servi à commettre l'infraction ou encore recourir à la garde à vue. Cependant, à la différence de l'enquête sur infraction flagrante, l'enquête préliminaire « ne se place pas à chaud »<sup>2</sup>. Il en découle certaines restrictions par rapport à l'enquête sur infraction flagrante. Ainsi, l'article 86 alinéa 3 du code de procédure pénale dispose clairement que « les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu, lorsque la responsabilité de cette personne ne peut être recherchée dans l'infraction ». De même l'alinéa suivant du même texte ajoute que « Cet assentiment est constaté dans le procès-verbal ». Avant tout développement complémentaire, il est à regretter que le législateur du CPP n'ait consacré qu'un seul article à l'enquête préliminaire<sup>55</sup>. Ce laconisme législatif est fâcheux d'autant qu'il ne permet pas au lecteur d'accéder immédiatement à la totalité du régime juridique applicable à cette enquête importante. Il conduit à puiser le reste des informations sur l'enquête préliminaire sous d'autres articles dispersés en désordre à l'image de l'inventaire de Prévert.

Cependant, il sied tout de même de relever que cet unique article est d'une importance capitale, car à lui seul, il permet d'établir une différence substantielle entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire.

Si l'article susvisé ne permet d'établir une distinction entre les deux types d'enquête quant à l'initiative de leur ouverture, il introduit une importante différence entre les deux quant à la conduite des actes. Comme ci-dessus relevé, les actes posés lors de la conduite de l'enquête préliminaire requièrent l'assentiment de la personne qui en est visée<sup>56</sup>. Eu égard à la place centrale qu'il occupe, le consentement du particulier est strictement contrôlé par la jurisprudence<sup>57</sup>. Elle rejette, d'une part, toute idée de présomption de consentement, obligeant incidemment les forces de l'ordre à informer le particulier de son droit de refuser la mesure coercitive proposée<sup>58</sup>. D'autre

---

<sup>2</sup> J. CL. SOYER, « Droit pénal et procédure pénale », Paris, L.G.D.J, éd. 21, 2012 p. 315, n°742.

<sup>55</sup> Il s'agit d'un article 86 constitué de 3 alinéas.

<sup>56</sup> Art. 86 al. 3 « Toutefois, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu, lorsque la responsabilité de cette personne ne peut être recherchée dans l'infraction ».

<sup>57</sup> J. DILMI, op. cit, p. 91.

<sup>58</sup> *Ibid.*

part, elle veille au consentement éclairé de la personne visée afin de s'assurer, *in concreto*, de sa réalité<sup>59</sup>. En cas de non-respect, la sanction est la nullité de l'acte voire de la poursuite pénale contre son auteur<sup>60</sup>. Cependant, le consentement valablement donné, il ne peut être révoqué : une fois la coercition débutée, la personne ne pourra plus se rétracter, telle est, du moins, la solution retenue par le droit français, droit d'inspiration pour le législateur malien. On peut dès lors admettre que la même solution est applicable dans le contexte nôtre.

Contrairement à son homologue, il est un truisme de constater que l'enquête préliminaire menée par les acteurs de police judiciaire est beaucoup plus respectueuse des libertés individuelles de la personne. Dans la présente occurrence, le principe de la présomption d'innocence semble l'emporter sur celui de la culpabilité en érigeant en rempart contre toute forme d'arbitraire de la part des acteurs de police judiciaire. Il s'agit-là des restrictions légales portées aux actes de police judiciaire lorsque l'enquête est menée sur leur propre initiative.

A noter que les actes de l'enquête préliminaire se trouvent plus encadrés lorsqu'ils s'exécutent dans le cadre d'une commission rogatoire. Dans pareille situation, la police judiciaire intervient véritablement pour exercer un rôle purement auxiliaire. Ce rôle consiste précisément à exécuter les délégations judiciaires émises par les juridictions d'instruction. Ainsi, par exemple, l'article 159 du code de procédure pénale dispose que « le juge d'instruction peut requérir par délégation judiciaire tout officier de police judiciaire compétent dans son ressort de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires... ». Il en résulte que l'officier de police judiciaire est lié par la délégation judiciaire en ce sens qu'il n'agira que dans les limites de la mission à lui assignée par le juge d'instruction. Dans cette perspective, l'officier de police judiciaire doit observer toutes les règles protectrices des droits de la défense. Ainsi, il évitera d'entendre comme témoin une personne contre laquelle il existe des indices graves de culpabilité dans le but malsain de la piéger. Il a également l'obligation de faire prêter serment à tout témoin avant de l'entendre.

Il résulte que le caractère attentatoire des actes de l'enquête préliminaire est moindre par rapport à ceux de l'enquête de flagrance. Une autre illustration se lit à l'aune du droit, pour la personne visée, de se faire assister par un avocat.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

## 2- L'assistance de l'avocat

Le droit de se faire assister par un ou plusieurs avocats<sup>61</sup>, à titre de rappel, est érigé au rang des droits ayant valeur constitutionnelle. Ainsi, l'art. 9 al. 4 de la Constitution dispose avec énergie que « Le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par l'avocat de son choix est garanti depuis l'enquête préliminaire ». A la lecture de cette disposition, il peut être déduit que le constituant n'a pas fait de ce droit une obligation qu'en cas d'ouverture de l'enquête préliminaire. Dans cette même veine, l'article 76 al. 6 du code de procédure pénale surenchére que la personne mise en cause ainsi que la victime ont le droit de se faire assister d'un ou plusieurs avocats de leur choix dès l'enquête préliminaire. Il s'agit-là d'une autre illustration selon laquelle l'enquête préliminaire est moins attentatoire aux droits primordiaux et libertés fondamentales de la personne mise en cause. La question qui mérite d'être posée consiste à s'interroger sur le rôle de l'avocat dans le cadre du respect des droits de son client.

Son rôle consiste d'abord en l'assistance et la représentation. Mais il se magnifie aussi à travers la plaidoirie.

A travers son rôle d'assistance, l'avocat devient une pièce maîtresse dans l'accomplissement de la justice répressive. C'est pourquoi, le code de procédure pénale associe cet auxiliaire de justice à l'essentiel des actes. Ainsi, comme souligné plus haut, dès l'enquête préliminaire l'avocat peut apparaître aux côtés de son client pour poser des questions (article 76 alinéa 7 du code de procédure pénale). Au cours de l'information, l'inculpé détenu peut librement communiquer avec son conseil (article 108 du code de procédure pénale) ; le conseil de l'inculpé peut assister aux interrogatoires et confrontations de son client, celui de la partie civile peut assister à toutes ses auditions et confrontations (article 109 du code de procédure pénale). L'article 110 alinéa 1 du code de procédure pénale fait obligation au juge d'instruction d'aviser les avocats des jour et heure des interrogatoires et confrontations que l'inculpé doit subir et des auditions de la partie civile. Les alinéas 4 et 5 du même texte prescrivent la mise à la disposition des conseils du dossier de la procédure deux jours ouvrables au plus tard avant l'interrogatoire, la confrontation ou l'audition. De même, aussitôt la procédure terminée, le juge d'instruction la communique d'abord aux conseils lesquels peuvent conclure par écrit à l'audition de nouveaux témoins, à des

---

<sup>61</sup> A. DAMIENS, « *Avocats* », in Dictionnaire de la culture juridique, *op. cit.*, p. 116 à 119.

confrontations, expertises et tous actes d'instruction qu'ils jugeront utiles à la défense de l'inculpé ou aux intérêts de la partie civile (article 112 du code procédure pénale).

Tant au cours de l'information que du jugement, l'avocat peut discuter les éléments de preuve apportés par la partie adverse ou quant à la régularité juridique de leur administration (les règles prescrites en matière de perquisition ou d'audition de témoins ont-elles été strictement observées ?) C'est dire que la présence d'un avocat auprès du prévenu, de l'inculpé ou de la partie civile est source de réconfort moral d'autant plus qu'en pratique le milieu judiciaire n'inspire très souvent que crainte chez les justiciables alors mêmes qu'ils ont besoin de toutes leurs forces pour faire valoir leurs droits. De même, les règles juridiques les plus élémentaires peuvent être méconnues des parties. Dans un pays à fort taux d'analphabétisme, combien de sujets savent-ils que la détention préventive ne saurait excéder un an en matière délictuelle ? Un mauvais avocat doit le savoir. Cependant, l'arbre ne saurait cacher la forêt : l'assistance d'un avocat demeure un luxe pour l'écrasante majorité de la population malienne. L'explication réside dans la pauvreté galopante et l'absence d'une assistance judiciaire efficiente. Si le degré de civilisation d'une nation se lit à l'aune de la manière dont la procédure pénale est mise en œuvre, le Mali doit réformer son système d'assistance judiciaire.

La partie civile et la personne civilement responsable peuvent toujours se faire représenter par leur conseil à l'audience (article 401 et 409 du code de procédure pénale). En revanche, la représentation du prévenu n'est prévue que dans une situation particulière. En effet, l'article 397 alinéa 1 du code de procédure pénale dispose que « le prévenu cité pour infraction passible d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure à deux années peut, par lettre adressée au Président, et qui sera jointe au dossier de la procédure, demander à être jugé en son absence. Dans ce cas, son conseil est entendu ». L'alinéa 2 du même texte prévoit la possibilité pour le tribunal de faire comparaître le prévenu auquel cas une nouvelle citation lui est servie à la diligence du parquet.

Le rôle d'auxiliaire de justice de l'avocat se manifeste également au stade ultime du procès : les plaidoiries.

Après les débats sur la preuve de l'infraction et du préjudice éventuel qui en est résulté, l'avocat de la partie civile expose les prétentions de son client, établit la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux, justifie la réparation sollicitée. L'avocat de la défense prend la

parole à la suite de son confrère de la partie civile et du représentant du Ministère public pour exposer les arguments et prétentions du prévenu ou de l'accusé, faire des réfutations, dénégations, dégager des circonstances atténuantes, plaider un fait justificatif... C'est surtout dans les procès d'assises que la plaidoirie peut s'avérer décisive. En effet, un avocat talentueux peut plus ou moins facilement « emballer » les jurés qui, n'étant pas des magistrats professionnels, ont voix délibérative et sont en supériorité numérique.

En définitive, tout en assurant la défense des intérêts de son client, l'avocat a une mission de service public. E. GARCON l'affirmait plus joliment : « Au barreau incombe la haute mission de lutter pour la stricte interprétation, de maintenir avec fermeté les formes protectrices de la défense, de ne point laisser affaiblir le respect du droit individuel... Lorsque l'avocat proteste contre l'extension d'une définition pénale et la violation d'une forme de procédure, ce n'est pas la seule cause de l'accusé qu'il défend, c'est la cause de tous les citoyens que menace l'arbitraire, ou plutôt c'est la cause même de la liberté »<sup>62</sup>.

La protection des libertés individuelles qui, au regard de l'analyse qui précède, caractérise la procédure de l'enquête préliminaire semble n'est pas sans limites. Il sied de passer en revue ces limites que comporte la protection qui découle de l'enquête préliminaire.

## **B- Les limites de la protection accordée à la personne**

La protection des libertés individuelles qu'impose le régime de l'enquête préliminaire se caractérise par sa relativité. Elle comporte d'importantes restrictions révélant ainsi les limites de la protection accordée. Ces limites s'expliquent tantôt par la nature de l'infraction en cause (1), tantôt par le système d'emprunt au régime de la flagrance (2)

### **1- Les limites relatives à la nature de l'infraction**

Il a été ci-dessus relevé que le régime de l'enquête préliminaire se prête à plus de protection des libertés individuelles reconnues à la personne par rapport à celui applicable à l'enquête de flagrance. Cette impression se trouve contrastée au sujet de certaines infractions dont leur nature *sui generis* fait exclure l'application du régime protecteur de l'enquête préliminaire. Pour s'en convaincre, il sied de rappeler l'art. 71 CPP qui dispose que « Sauf réclamation faite de l'intérieur

---

<sup>62</sup> Cité par J. PRADEL, *op. cit.*, p 186, n° 213.

de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures ». Il est évident qu'en filigrane cette disposition s'inscrit dans le souci de préserver la vie privée de la personne visée. Cette protection aussi louable soit-elle ne constitue une réalité que pour certaines infractions ; d'autres infractions s'en trouvent expressément exclues. C'est ce qui ressort de la lecture de l'alinéa suivant de l'article susmentionné selon lequel « Les formalités mentionnées à l'article 68 et au présent article sont prescrites à peine de nullité. Cependant, s'il existe des indices faisant présumer de la commission ou de la tentative de commission d'un acte terroriste ou de crime transnational organisé, les visites, perquisitions et saisies peuvent être opérées en dehors des heures prévues à l'alinéa 1 et hors la présence des personnes mises en cause ».

Il est patent de constater que cette disposition met en échec les mesures de protection déjà affirmées, sous l'alinéa 1 de l'art. 71 CPP, au bénéfice d'une personne visée par les opérations de l'enquête préliminaire. Là encore comme partout d'ailleurs, notre système répressif semble accordé plus d'importance au souci de la défense de la société aux dépens des libertés individuelles de la personne humaine. Il s'agit-là, encore pour rappeler, tout le problème de la procédure pénale : la difficile mission consistant à établir un équilibre entre les deux intérêts difficilement conciliables.

En outre, cette protection afférente au régime de l'enquête préliminaire semble s'émoussée dans le cadre de la mise en œuvre de la garde à vue. A titre de rappel, il y a lieu de relever que la durée de la garde à vue est, en principe, fixée à 48 heures et, exceptionnellement à 92 heures, et ce, sur autorisation expresse émanant soit du Procureur de la République soit du juge d'instruction. Cependant, cette durée légale connaîtrait des fâcheuses prorogations qui se justifierait par la nature des infractions en cause. Ainsi, il appert de l'art. 76 al. 3 que « Les auteurs présumés d'infractions terroristes ou de crime transnational organisé et leurs complices peuvent être placés en garde à vue pour une période de quarante-huit heures, ce délai pouvant être prolongé deux fois pour la même durée. L'autorisation écrite du Procureur de la République ou du juge d'instruction sera nécessaire toutes les quarante-huit heures à compter de la décision de placement en garde à vue ». Le caractère scandaleux de cette prolongation se trouve édulcoré eu égard à l'exigence faite d'obtenir l'autorisation expresse de l'un ou de l'autre des magistrats ci-dessus visés. Toutefois, il échet de

reconnaitre que dans la pratique les officiers de police judiciaire outrepassent cette formalité substantielle en maintenant les présumés terroristes en garde à vue jusqu'aux calendes grecques.

Aussi regrettable que cela puisse paraître, la frénésie sécuritaire, de façon générale, et la peur du terrorisme, de façon particulière, semble justifier tous les actes attentatoires aux droits primordiaux de la personne humaine transformant ainsi le contrat social en une forme de contrat d'assurances. Ces violations répétées des droits de l'homme face au spectre du terrorisme ont été suffisamment mis à nu par Mme M. Delmas-Marty dans « Libertés et sûreté dans un mode dangereux ». Selon cette savante auteure « ... le mythe d'une sécurité totale, qui semble avoir été, sinon légitimé, du moins libéré par la guerre contre le terrorisme, se fonde sur l'illusion qu'il serait possible de prévoir le futur avec certitude et de contrôler par anticipation. Or, tout protéger, en tout temps et en tous lieux, est non seulement impossible techniquement mais marque aussi, comme on l'a vu, une rupture philosophique, contraire à l'idée même d'indétermination, donc de liberté individuelle, qui fonde le processus d'humanisation inscrit au cœur de l'Etat de droit. Interprété en ce sens absolu (le risque zéro cher au discours politique dominant), le mythe sécuritaire est donc incompatible avec l'Etat de droit, compris comme un Etat soumis aux limites du droit »<sup>63</sup>.

Les limitations de la protection du régime de l'enquête préliminaire ne se justifient pas seulement par la nature des infractions visées, elles s'expliquent aussi par l'emprunt indirect qu'elle tolère au régime de l'enquête de flagrance.

## 2- Les limites relatives à l'emprunt au régime de la flagrance

A lire les dispositions du CPP dédiées à l'enquête préliminaire, l'on est tenté de conclure que ladite enquête est de loin beaucoup plus protectrice des libertés individuelles comparativement à celle de flagrance. Pourtant, il n'en est rien. Il s'agit-là, nous semble-t-il, d'un subterfuge juridique destiné à brouiller les repères tout en masquant la similitude de trop qui existe entre les actes de ces deux formes d'enquête. A titre exemplatif, il convient de donner lecture de l'article 86 al. 3 aux termes duquel « ... les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu, lorsque la responsabilité de cette personne ne peut être recherchée dans l'infraction ». Une simple lecture de surface laisse transparaître que les actes d'enquête auxquels

<sup>63</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 29 et s.

allusion est faite ne peut, en aucun cas, s'opérer sans l'assentiment de la personne en cause. Un tel raisonnement est à la fois partiel et parcellaire. En fait, ladite disposition comporte un hiatus et semble viser deux types de personnes : une personne dont la responsabilité ne peut être recherchée dans l'infraction ; et une personne dont la responsabilité peut être recherchée dans l'infraction. Il s'en infère que c'est la seule personne dont la responsabilité ne peut être recherchée dans l'infraction qui ne peut être visée par les actes en cause sous réserve qu'elle y consente. Par ailleurs, une interprétation *in contrario* de la même disposition laisse croire que lorsque la responsabilité de la personne en cause peut être recherchée dans l'infraction, cette dernière sera bon gré mal gré soumise aux actes visés : les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction.

Il résulte de ce qui précède, que la portée du consentement de la personne visée par une enquête préliminaire supporte un tempérament qui fait déduire le régime de l'enquête préliminaire de celui de la redoutable enquête flagrante. Cette déduction, il est vrai, ne présage que de mauvais augures pour les libertés de la personne apparaissant dans la ligne de mire des actes de l'enquête de flagrance.

En outre, fidèle au système d'emprunt du régime de l'enquête de flagrance, l'alinéa 2 du même art. 86 prescrit que « Les dispositions des articles 66 et 76 sont applicables », or ces articles relèvent d'un Chapitre 1 intitulé : crimes et délits flagrants.

Les articles 66 et 76 susvisés renferment l'essentiel des actes de l'enquête de flagrance. Pour s'en convaincre, il importe de donner lecture du contenu respectif de ces deux articles. Aux termes du premier « En cas de crime flagrant, l'officier de police judiciaire qui en est avisé informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur le lieu du crime et procède à toutes constatations utiles. Il veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Il saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime. Il représente les objets saisis, pour reconnaissance, aux personnes qui paraissent avoir participé au crime, si elles sont présentes ».

Concernant le second article, il se décline de la manière suivante « Pour les nécessités de l'enquête, l'officier de police judiciaire peut être amené à garder à sa disposition une ou plusieurs des personnes visées aux articles 73, 74, 75 pendant quarante-huit heures. Ces mêmes personnes

peuvent encourir les sanctions prévues au Code Pénal relatives à la répression de l'opposition à l'autorité légitime.

S'il existe contre une personne des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation, le délai de garde à vue de quarante-huit heures peut être prolongé de vingt-quatre heures par autorisation écrite du procureur de la République ou du juge d'instruction.

Les auteurs présumés d'infractions terroristes ou de crime transnational organisé et leurs complices peuvent être placés en garde à vue pour une période de quarante-huit heures, ce délai pouvant être prolongé deux fois pour la même durée. L'autorisation écrite du Procureur de la République ou du juge d'instruction sera nécessaire toutes les quarante-huit heures à compter de la décision de placement en garde à vue.

Il résulte d'une lecture croisée de ces deux articles que l'émetteur du CPP a essentiellement rapproché les deux régimes d'enquêtes au point que, sous d'autres cieux, des voix autorisées se demandent de la nécessité de la coexistence des deux types d'enquêtes.

### Conclusion

La présente réflexion a pu étaler au grand jour la situation d'infortune que connaissent les droits de l'Homme dans le cadre de la conduite des opérations d'enquêtes de la police judiciaire au Mali. Certes, le degré de violation diffère selon la nature de l'enquête en cours. Dans le cadre de l'enquête de flagrance, les violations de droits sont à la fois graves et récurrentes eu égard à l'hypertrophie de pouvoirs propres accordés aux acteurs de la police judiciaire. Sous l'angle de l'enquête préliminaire, les cas de violations n'obéissent pas à la même pondération. L'explication en est que sous l'empire de cette enquête, les pouvoirs des acteurs de la police judiciaire se trouvent encadrés par le truchement du Magistrat coordonnateur. Cependant, cette perception mérite d'être nuancée compte tenu, notamment, du système d'emprunt au régime applicable à l'enquête de flagrance que le législateur a favorisé dans le cadre de l'enquête préliminaire. Il résulte que notre législateur, dans le cadre des orientations de la politique criminelle, a plutôt préféré de frayer une place de choix à l'intérêt prétendument supérieur de la société au grand dam de celui de l'individu. Ce choix de politique criminelle n'est pas hors de portée d'atteintes des critiques objectives. Il aurait été de bon aloi de trouver un juste équilibre entre ces deux valeurs suprêmes sans que l'une ou l'autre ne soit profondément écorchée.

Pour remédier aux insuffisances sus-décrites et rendre les comportements des acteurs de la police judiciaire beaucoup plus respectueux des droits et libertés, il nous semble nécessaire d'instituer à la fois des mesures persuasives et dissuasives au profit ou à l'encontre desdits acteurs.

Les mesures persuasives consisteront à mieux former et informer les acteurs de la police judiciaire sur les droits de l'Homme, notamment l'articulation entre les actes d'enquête de la police judiciaire et les droits de l'Homme d'une part, et l'information visant à déterminer l'étendue des pouvoirs des acteurs de la police judiciaire et les limites de leurs pouvoirs, d'autre part. Ces formations et informations s'inscrivent dans la droite ligne des mesures de persuasion visant à éviter des cas de violation éventuels des droits et libertés consécutifs aux enquêtes policières. Elles doivent se traduire sous forme de sensibilisation. Elles ne sont pas coercitives, par nature. Toutefois, leur efficacité résiderait logiquement dans les mesures dissuasives, sans lesquelles, elles passeront lettres mortes.

Les mesures dissuasives proposées auront l'effet prévenir les cas de violation récurrents des droits et libertés de la personne humaine lors de l'accomplissement des actes qu'impliquent les enquêtes policières. Elles consisteront à plaider pour rendre possible la mise en jeu de la responsabilité des acteurs de la police assortie des sanctions efficaces. Toutefois, l'effectivité de la mise en cause de la responsabilité doit à la fois obéir à la simplification de la procédure de mise en œuvre de la responsabilité et à l'élargissement du droit de mise en œuvre de cette responsabilité des acteurs de la police judiciaire.

La simplification de la procédure de mise en œuvre de la responsabilité peut consister à rendre l'action imprescriptible à l'encontre des acteurs de la police judiciaire responsables des cas d'excès. Elle peut également résulter de la compétence élargie attribuée à plusieurs organes, de pouvoir connaître les affaires de violation de droits et libertés impliquant les acteurs concernés (justice civile, justice pénale, des commissariats, le médiateur de la République, etc.). Cette simplification trouvera sa suite dans l'élargissement du droit de mise en œuvre de la responsabilité des acteurs de la police. Celle-ci sous-tend la reconnaissance de droit d'action à plusieurs catégories de personnes de pouvoir agir en cas des excès constatés lors (ou suite à) des opérations d'enquêtes policières. Il résulte que les victimes (personnelles et directes) ne soient les seules à pouvoir faire valoir de leur droit d'action. Cet élargissement doit conférer licence à d'autres personnes d'agir en vue d'engager la responsabilité des acteurs de police incriminés, comme le

Procureur de la République, le juge d'instruction, les chefs supérieurs hiérarchiques..., voir les associations et ONG œuvrant dans le cadre de la promotion et de la protection des droits de l'Homme. Il est vrai que cette perspective se concilie difficilement avec un principe procédural selon lequel « Nul ne plaide par procureur »<sup>64</sup>. Ce principe signifiant que les personnes pouvant justifier un « intérêt direct et personnel » sont seules admises à ester en justice pour faire valoir leur droit. Cependant, il y'a lieu de noter que ce principe procédural ne saurait constituer un nœud gordien dans la mise en œuvre de l'action en responsabilité, et ce, pour deux raisons plausibles : la première en est que le principe tolère aujourd'hui des tempéraments. S'il se veut absolu en matière pénale, la jurisprudence française a admis des assouplissements en matière civile. La seconde s'explique par le caractère universel des droits de l'homme dont la violation est reprochée. Etant universels, la violation de ces droits se doit d'interpeller tous les membres de la société. Mais, la difficulté résiderait du fait qu'en matière des droits de l'Homme seul l'Etat est débiteur. En d'autres termes, l'Etat demeure le seul acteur susceptible d'engager sa responsabilité du fait dommageable imputable à ses agents. En conséquence, il reste impossible d'engager directement la responsabilité de l'officier responsable du cas d'excès sauf à l'Etat d'exercer une action récursoire contre l'intéressé. Toutefois, il peut être admis que si les excès résultent de la violation grave et manifeste des dispositions juridiques encadrant les opérations d'enquête, la mise en jeu de la responsabilité directe de l'agent sera retenue. Cette solution présente l'avantage de remédier à la lenteur effroyable de l'appareil étatique en termes d'indemnisation des victimes des cas de violation des droits de l'Homme. En outre, elle conduit les acteurs de la police à réfléchir deux fois avant de poser un acte quelconque susceptible d'attenter à un droit ou liberté sacré. Cependant, elle pourrait constituer une véritable entrave dans le cadre de l'accomplissement de délicates et difficiles missions assignées à nos chers acteurs de la police judiciaire. Il s'agit-là d'une solution qui pourrait engendrer l'effet de rééquilibrage de la tendance qui constitue aujourd'hui à brimer les droits de l'individu au profit de l'intérêt prétendument supérieur de la société.

La mise en jeu de la responsabilité des acteurs de la police judiciaire n'est pas une fin en soi, mais juste un moyen pour obtenir la mise en œuvre des sanctions devant frapper (de coups de

---

<sup>64</sup> G. COUCHEZ, X. LAGARDE, « *Procédure civile* », Paris, Sirey, 2014, p. 174 et s. ; S. GUINCHARD et autres, « *Droit processuel* », Paris, Dalloz, p. 695 et s.

fouet) ces derniers. Deux types de sanctions pourraient être envisagées à cet égard, notamment les sanctions disciplinaires spéciales et celles spéciales autres disciplinaires.

Les mesures disciplinaires spéciales auxquelles nous visons devraient intervenir à double niveau : lorsque les acteurs de police judiciaire exécutent des actes d'une commission rogatoire. Dans ce cas, tout manquement ou tout dépassement aux instructions qui leur sont données doivent pouvoir recevoir une sanction disciplinaire émanant du juge d'instruction de tutelle. Il doit également en aller de même dans le cadre de ses rapports directs avec le Ministère public, et ce, sans autre forme de procès. L'hypothèse où la police judiciaire intervient pour exécuter des délégations judiciaires mise hors-série, celle-ci devra plutôt répondre devant un autre supérieur au sein de la police. Ces quelques propositions présentent l'avantage de faire montre de cohésion avec les mesures relatives à la simplification de la procédure de la mise jeu de la responsabilité des acteurs incriminés. Le but étant de permettre à la victime de disposer d'une large marge de manœuvre dans le choix des autorités habilitées à infliger des sanctions (Procureur, Juge d'instruction, tout autre supérieur au sein de la police, voir même le Ministre de tutelle).

Comme ci-haut relevé, une sanction disciplinaire, le plus souvent, se traduit sous forme de suspension, du moins de nature extrapatrimoniaire. La spécificité de la sanction disciplinaire telle que suggérée dans le cadre de la réflexion réside dans sa dimension patrimoniale. Le choix d'une telle sanction « disciplinaire spéciale » s'explique : l'argent étant le nerf de la guerre, il reste en même temps la chose la plus sensible chez la personne qui en possède dans une société hautement consumériste. En sus, en cette période où l'insécurité devient un terreau prospère sous nos cieux, l'on voit de très mauvais œil la sanction visant à suspendre un agent de la sécurité. Le risque étant d'éviter de créer un vide sécuritaire dans une société de peur, paraphrasant ainsi Mme Delmas-Marty.

Le caractère spécial de cette sanction disciplinaire s'explique, en outre, qu'en la matière, il serait plus nécessaire de rechercher la responsabilité de l'Etat à l'effet d'éviter la traditionnelle lenteur chronique de la procédure qu'elle implique. La sanction disciplinaire spéciale brille alors du fait de son efficacité.

S'agissant des autres formes de sanctions spéciales autres que disciplinaires à implémenter, nous suggérons une sanction administrative spéciale consistant à affecter les points de notation de l'acteur incriminé, seul gage de son ascension sur l'échelle de la hiérarchie. Une sanction similaire

existe sous d'autres cieux, celle qui consiste, par exemple, à enlever des points aux conducteurs qui transgresseraient les règles de la circulation routière. Cette sanction sera potentiellement efficace considérant qu'en chacun de nous, l'instinct impulsif à gravir les échelons, est presque viscéral.



**Les cyber-délits internationaux : la traversée d'un labyrinthe ?***International cyber-torts: crossing a labyrinth?*

Par :

**Stéphane Joële TECHE NDENO**

Page | 34

Docteur/Ph.D en droit privé et sciences criminelles

Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Dschang (Cameroun)

**Résumé :**

*Les profondes mutations générées par l'avènement du numérique sont d'une part, constructives et d'autre part, bouleversantes. Elles se traduisent de manière préoccupante par la montée du phénomène cybercriminel de nature pénale et/ou civile. Au plan civil, la complexité de la question au Cameroun est davantage accentuée lorsque l'opération comporte un élément d'extranéité. Dès lors, interroger le niveau d'adéquation des règles classiques destinées à la résolution des litiges liés aux cyber-délits en droit international privé camerounais, devient incontournable.*

*Il s'avère que les règles applicables en la matière se caractérisent de manière générale par leur immobilisme. Ce maintien perturbe la détermination de la juridiction compétente, brouille la localisation de la loi applicable au regard de l'ubiquité qui est inhérente au numérique. Cette expansion tentaculaire laisse légitimement penser que cette problématique est un dédale, un labyrinthe en droit international privé camerounais. La nécessité d'actualiser les bases juridiques à travers le recours aux critères adaptés devient inéluctable en même temps que l'accentuation de la coopération judiciaire.*

**Mots-clés :** cyber-délits, conflits de juridictions, conflits de lois, complexité, adaptation

**Abstract:**

*The deep changes generated by the advent of digital technology are on the one hand constructive and on the other hand overwhelming. They are reflected in a worrying way by the rise of the cybercriminal phenomenon of a criminal and/or civil nature. At the civilian level, the complexity of the issue in Cameroon is further accented when the operation includes a foreign element. Therefore, questioning the level of adequacy of the classic rules intended for the resolution of disputes related to cyber-crimes in Cameroonian private international law, becomes unavoidable.*

*It turns out that the rules applicable in this area are generally characterized by their immobility. This maintenance disrupts the determination of the competent court, blurs the location of the applicable law with regard to the ubiquity inherent in digital technology. This sprawling expansion legitimately suggests that this issue is a maze, a labyrinth in Cameroonian private international law. The need to update the legal bases through the use of appropriate criteria becomes inevitable at the same time as the accentuation of judicial cooperation.*

**Keywords:** cyber-torts, conflicts of jurisdictions, conflicts of laws, complexity, adaptation

## Introduction

L'avènement d'internet a opéré une véritable révolution au regard des profondes mutations qui en découlent : les frontières ne constituent plus une barrière à l'opérationnalisation des transactions internationales. Par la dématérialisation des relations contractuelles qu'elles opèrent, les technologies de l'information et de la communication rendent en effet les services hautement attractifs. Elles constituent tout autant un outil de performance et de compétitivité<sup>1</sup> au regard de la célérité qui leur est inhérente.

Au cœur de cette transformation, l'outil internet apparaît comme un instrument de développement particulièrement efficace. En effet, tout en supprimant les difficultés liées à la distance, les technologies de l'information et de la communication qui impliquent un recul du formalisme, permettent également de gagner du temps et constituent un facteur d'économies.

L'euphorie consécutive à l'essor du numérique s'accompagne cependant d'une méfiance sans cesse grandissante, car « l'évolution des mœurs et des techniques donne matière à de nouvelles formes de délinquance »<sup>2</sup>. L'inquiétude est d'autant plus grande que « *la délinquance peut avoir des conséquences de plus lourde portée que par le passé dans la mesure où elle ne se cantonne plus à un espace géographique donné<sup>3</sup> et ne se soucie guère des frontières nationales* »<sup>4</sup>. En raison de l'ubiquité, de la volatilité des contenus, des mutations de la criminalité numérique qui, conjugués aux divergences des fondements textuels<sup>5</sup>, laissent clairement voir que

---

<sup>1</sup> La dématérialisation de la monnaie constitue grâce aux TIC un gage de sécurité et de rapidité au point où elles sont devenues un vecteur de performance dans le secteur bancaire ou encore de la téléphonie mobile. V. sur les TIC comme vecteur de modernité et de performance, OBA'A AKONO (R.), « La pratique des activités bancaires à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) dans la zone CEMAC » in KALIEU ELONGO (Y. R.) (dir.), *Régulation et intégration bancaires dans la CEMAC*, Actes du colloque organisé par le Groupe d'étude et de recherche en droit, institutions et intégration communautaires (GERDIIC), Université de Dschang, 10 et 11 décembre 2015, Yaoundé, PUA, 2017, pp. 330-335.

<sup>2</sup> CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 401. Il s'agit de retenir dans le cadre de cette étude le volet civil de la délinquance.

<sup>3</sup> CAPELLER (W.), « La transnationalisation du champ pénal : réflexions sur les mutations du crime et du contrôle », in *Droit et Société* n° 35, 1997, pp. 61-78.

<sup>4</sup> Conseil de l'Europe, rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, adopté le 8 novembre 2001.

<sup>5</sup> Sur le contrôle de l'univers numérique, deux idéologies s'affrontent : le courant restrictif et le courant « *libertaire* ». À l'opposé de la première, la seconde thèse véhicule une idée de liberté d'expression ; l'interférence étatique est inconcevable au sein de celui-ci. Cette idéologie est proche de celle qui fonde le 1<sup>er</sup> Amendement à la Constitution des États-Unis consacrant la liberté fondamentale d'expression dont internet est la forme d'expression la plus poussée. Voir à ce sujet BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, Paris, PUF, 2014, p. 559, spéc. n° 1016.

l'architecture d'internet est un stimulant de la cybercriminalité<sup>6</sup>. Bien plus, le recours fréquent à l'anonymat fait croire qu'on se retrouve dans une zone d'impunité<sup>7</sup>. Tel ne saurait être le cas dans la mesure où cet état des choses contribuerait à l'effritement de la sécurité juridique<sup>8</sup>, pilier important dans le processus de construction de l'État de droit en ce qu'elle implique notamment le respect des droits fondamentaux de l'homme. C'est sur ces fondements que, perçue comme le trouble social commis par le biais des réseaux partageant le protocole TCP/IP, le phénomène criminel numérique mérite d'être prévenu et annihilé en cas de réalisation.

La dimension pénale d'un tel phénomène ne devrait cependant pas occulter la portée civile qu'il pourrait avoir, soit concomitamment à cette dernière, soit de manière isolée au point où seule la technique de la réparation serait la mieux appropriée pour apporter une réponse au dommage qui a été causé par le biais d'internet. Notion hétéroclite et imprécise, le cyber-délit au sens civil peut être cerné par une analyse conceptuelle classique assortie d'une spécificité liée au support moderne qu'est le numérique.

L'analyse conceptuelle classique du délit révèle une inquiétude préalable, celle du choix entre les conceptions extensive ou restrictive. Dans son sens générique, « le délit recouvre le fait dommageable illicite, intentionnel ou non qui engage la responsabilité de son auteur (en obligeant celui-ci à réparer le dommage causé à la victime) ; en ce sens, elle englobe aussi bien le quasi-délit que le délit au sens spécifique, et couvre à la fois le fait personnel (articles 1382<sup>9</sup> et 1383 du Code civil), le fait d'autrui ou le fait des choses dont on doit répondre (articles 1384, 1385 et 1386 du Code civil)<sup>10</sup>. Dans son acception spécifique, le délit est, par opposition au quasi-délit, le fait

<sup>6</sup> Sur la cybercriminalité en droit camerounais, V. de manière générale TEPI (S.), « L'avènement au Cameroun d'une législation contre la cybercriminalité », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, t. 15, 2011, pp. 119-138 ; DJOGBENOU (J.), « La cybercriminalité : enjeux et défis pour le Bénin », *Étude et Document* n° 007 ; 2010, pp. 1-21 ; EL CHAER (N.), *La criminalité informatique devant la justice pénale*, Thèse, Université de Poitiers, 2003 ; MARTIN (D.), « La cybercriminalité : une criminalité à géométrie variable », *Rapport Moral sur l'argent dans le monde 2005*, *Revue d'économie financière*, 2005, p. 43. Voir plus spécifiquement du même auteur, « La protection des mineurs sur internet dans l'espace juridique OHADA : le cas du Cameroun », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, t. 13, 2009, pp. 183-198.

<sup>7</sup> L'inefficacité du droit dans ce type de zone militerait pour une absence de régulation.

<sup>8</sup> La sécurité juridique est ici saisie dans ses deux dimensions : la première, une finalité du droit, et la seconde, un droit fondamental. V. à cet effet POUGOUE (P.-G.), « Les figures de la sécurité juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 4, n° 1, 2007, pp. 1-8.

<sup>9</sup> Devenu l'article 1240 depuis la réforme du Code civil français intervenu à travers l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Elle a été publiée au Journal officiel du 11 février 2016, pour une entrée en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>10</sup> CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF/Quadrige, 2014, p. 318.

dommageable intentionnel qui engage la responsabilité de son auteur »<sup>11</sup>. Mais, au regard de ces approches, le choix demeure difficile à opérer, car même si le délit est intentionnel contrairement au quasi-délit, il reste que les deux faits sont à la base volontaire.

Mis en rapport avec les caractéristiques de l'outil numérique dont l'accent est porté sur la volonté mais aussi sur l'intention à travers l'acceptation des règles légales régissant les plateformes d'internet, le délit est alors difficilement concevable dans sa dimension involontaire. Certes, la faute par négligence ou par imprudence est envisageable ; mais les hypothèses de montage et de partage d'informations préjudiciables seraient marginales. Bien plus, l'admettre serait paralyser au final la socialisation de la sphère numérique, car l'établissement de la preuve du caractère involontaire de l'acte ne pourrait être qu'utopique<sup>12</sup>. Au final, la conception restrictive du délit semble être la mieux appropriée à ce cadre de réflexion.

Ainsi, il y a cyber-délit au sens civil lorsqu'une personne cause intentionnellement par sa faute, un dommage à autrui à l'aide d'un système ou d'un réseau informatique, laquelle engage sa responsabilité. Le cyber-délit procède, de manière concrète, de « la diffusion illicite de l'information par voie électronique »<sup>13</sup> ou de la diffusion d'une information illicite par la même voie. Un examen de la jurisprudence comparée donne des illustrations dans le cadre des atteintes aux droits extrapatrimoniaux, précisément au droit à l'image<sup>14</sup> ou encore dans le domaine patrimonial, notamment pour ce qui est d'une part, de la protection directe des consommateurs des produits du commerce électronique et d'autre part, de leur protection indirecte dans les hypothèses de cyber-concurrence déloyale. Nonobstant les cas isolés de cyber-délits civils, il est fréquent de faire face aux situations délictuelles comportant une dimension pénale non négligeable<sup>15</sup> qui n'empêche en rien que l'action civile soit jointe à l'action publique.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 318. Malgré la convocation d'une source française sur le plan conceptuel, c'est le Code civil camerounais qui est de rigueur ici.

<sup>12</sup> D'où la nécessité d'adapter le droit de la preuve aux évolutions technologiques. Voir RAYNOUARD (A.), « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », *Répertoire du notariat Defrénois* n° 10, 2000, p. 593 ; CROZE (H.), « Informatique, preuve et sécurité », *D.* 1987.165.

<sup>13</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome 2, *Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 558.

<sup>14</sup> Il s'agit de protéger son titulaire contre la prise à son insu et l'utilisation abusive de son image. Voir TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, pp. 503 et 504.

<sup>15</sup> C'est notamment le cas de délit d'initiés par la diffusion d'informations financières ; d'incitation à la haine raciale, de contrefaçon, de diffamation.

Quoi qu'il en soit, la spécificité liée à l'architecture d'internet, caractérisée par l'ubiquité, permet de ne pas s'enfermer dans les sphères étatiques au sein desquelles la responsabilité du fautif est susceptible d'être retenue. Même s'il n'est pas à exclure que le cyber-délit puisse être circonscrit à la territorialité d'un État, il est au demeurant fréquent qu'un « espace » empreint d'ubiquité se singularise par son déploiement transfrontière. L'ébranlement des notions de temps et d'espace justifie que la sphère numérique dans son ensemble, le cyber-délit civil en particulier, s'inscrive dans une dimension essentiellement internationaliste. À ce titre, « *les délits commis au moyen d'internet sont au cœur même des profondes mutations que connaît aujourd'hui la responsabilité délictuelle en droit international privé* »<sup>16</sup>. Cet état des choses n'exempte cependant pas que des solutions internes soient prises afin de juguler le problème.

C'est pourquoi l'émergence du champ délictuel virtuel spécifique nécessite une diversité de formes nécessaires au rétablissement de l'ordre sociétal et individuel<sup>17</sup>. Le défi de la régulation et du contrôle est immense tant les formes de délit sont complexes, transnationales et dynamiques au regard de la structuration passée. Curieusement, on observe une stagnation des règles camerounaises traditionnelles en cette matière singulière pourtant tout a basculé du fait d'une rupture dans la continuité qui ruine l'ancienne concordance des temps<sup>18</sup>. Dès lors, il convient d'interroger l'éventualité d'une adaptation pertinente des critères spécifiques au numérique face à des règles classiques surannées et à des moyens techniques moins sophistiqués ou inexistants, afin de répondre de manière efficiente au phénomène civil cyberdélictuel qui connaît un essor sans pareil au Cameroun et ailleurs.

Ce maintien perturbe la détermination de la juridiction compétente, brouille la localisation de la loi applicable au regard de l'ubiquité qui lui est inhérente. Cette expansion tentaculaire laisse légitimement penser que cette problématique est un dédale, un labyrinthe en droit camerounais.

Les critères de rattachement territoriaux classiques actuellement invoqués devant les juridictions camerounaises semblent mal convenir à la singularité de l'immatériel autant pour

---

<sup>16</sup> MBOME (E.), *Les cyber-délits en droit international privé camerounais*, mémoire de Master recherche, Université de Dschang, 2016, p. 7.

<sup>17</sup> BECK (U.), « D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale », *Déviance et Société* n° 3, vol. XVIII, 1994, pp. 333-344.

<sup>18</sup> VIRILIO (P.), *Un paysage d'événements*, Paris, Éd. Galilée, 1996, p. 12 ; LEDRUT (R.), *La révolution cachée*, Casterman, 1979, p. 15.

retenir leur compétence que pour régler la question de la loi applicable au litige. C'est qu'en effet, le cyber-délit s'accommode mal de cette *summa divisio* de la localisation des délits<sup>19</sup> complexes en raison du caractère virtuel et aspatial d'internet<sup>20</sup>. Le numérique apparaît donc aujourd'hui comme un support, facteur de brouillage de la localisation de ceux-ci.

Mais une telle démarche ne peut être efficace que si elle épouse le contexte de globalisation dans lequel la marche du monde s'inscrit. La sphère internationale fait en effet interagir des règles de nombreux États en face de tels litiges. Cette interaction crée des conflits de compétence dont la résolution tient à la nature juridique des faits contestés. Tandis que les modes de règlement de ceux-ci sont simples lorsqu'il est question de régler les délits territoriaux, ils le sont moins lorsqu'il en va de délits extraterritoriaux tels les cyber-délits. C'est qu'en réalité, la territorialité, conçue comme un système en vertu duquel les faits dommageables commis sur le territoire d'un État, à l'exclusion de ceux commis en dehors, quels que soient les auteurs ou les victimes, fonde en principe la compétence judiciaire et législative internationales<sup>21</sup>. Sa prégnance est telle que les hypothèses d'admission des règles de compétence s'appuyant sur la personnalité sont, soit exceptionnelles<sup>22</sup>, soit facultatives<sup>23</sup>. De ce fait, l'extraterritorialité du préjudice causé par voie électronique surprend et perturbe les critères classiques de détermination de la juridiction et de la loi compétentes. Ce bouleversement entraîne un dérèglement qui exige de ce fait une évolution conséquente des règles de conflits aussi bien en ce qui concerne le rattachement judiciaire que la détermination de la loi applicable au cyber-délit. Mais tandis qu'il y a bon espoir que l'adaptation du critère de rattachement judiciaire soit quelque peu aisée malgré la complexité de la question (première partie), il en va différemment des critères de rattachement légal (seconde partie).

---

<sup>19</sup> Sur la nécessité de localiser précisément les éléments constitutifs du délit, V. Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-18012. *Ibid.*

<sup>20</sup> Certains auteurs qualifient ainsi les cyber-délits de délits complexes-complexes. V. à cet effet BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome 2, *Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 559.

<sup>21</sup> L'exigence de localisation détermine ainsi la compétence des juridictions avec plus de prégnance en matière de statut réel et de faits juridiques et moins de vigueur, pour ce qui est des actes juridiques.

<sup>22</sup> Tel est notamment le cas lorsqu'il est question de litiges touchant au statut personnel où c'est à titre exceptionnel que la juridiction de la nationalité effective devrait être retenue au mépris du principe du juge de la nationalité du *for*, ce dernier critère étant moins factuel que le premier.

<sup>23</sup> Les articles 14 et 15 du Code civil camerounais illustrent cette posture en ceci que le critère de la nationalité retenu pour déterminer la juridiction camerounaise compétente n'est pas obligatoire.

## I- L'ADAPTATION QUASI-AISÉE DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT JUDICIAIRE

À l'inverse de l'article 46 du Code de procédure civile et commerciale français qui prévoit une solution spécifique aux conflits de juridictions en matière délictuelle internationale<sup>24</sup>, il faut s'en référer aux articles 14 et 15 du Code civil de 1804 encore applicable au Cameroun. Ils instaurent en réalité une règle de compétence internationale des juridictions camerounaises fondée sur la nationalité camerounaise du demandeur ou du défendeur à l'action. Or, ces règles anciennes, davantage adaptées aux obligations contractuelles et extracontractuelles uni ou bilocalisées, le sont moins lorsqu'il faille se déployer dans la sphère insaisissable des faits délictueux plurilocalisables. Il conviendrait alors de renoncer à ce critère traditionnel (A) pour consacrer un critère original qui sied à la nature singulière de ces délits (B).

### A- L'abandon justifié des critères surannés de rattachement judiciaire

La prégnance de la souveraineté est conséquente en droit international. Dans la sphère privée, elle se matérialise au stade de la détermination de la juridiction compétente par la nationalité camerounaise. Les carences de ce critère (1) ont favorisé le recours au critère classique de la compétence de la juridiction du lieu du fait dommageable qui, cependant, présente tout autant, des insuffisances conséquentes, militant en faveur de leur abandon dans l'hypothèse spécifique de délits multilocalisés (2).

#### 1- Les carences de la compétence fondée sur la nationalité camerounaise

L'article 14 du Code civil prévoit que l'étranger, même non résidant au Cameroun, pourra être cité devant les tribunaux camerounais, pour l'exécution des obligations par lui contractées au Cameroun avec un Camerounais ; il pourra être traduit devant les tribunaux du Cameroun pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Camerounais.

L'article 15 du même code dispose qu'« un Camerounais pourra être traduit devant un tribunal du Cameroun, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

---

<sup>24</sup> « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ».

Ces dispositions traditionnelles ont ceci en commun qu'elles confèrent la compétence aux juridictions camerounaises en cas de litiges internationaux impliquant un Camerounais, demandeur ou défendeur à l'action.

Même si elles présentent le double avantage, d'une part, d'offrir par souci de souveraineté nationale la possibilité aux Camerounais, demandeur ou défendeur, de prolonger le lien de nationalité devant les juridictions camerounaises et d'autre part, de prendre en compte par souci de réciprocité, la facilité d'exécution des décisions camerounaises au Cameroun au profit d'un étranger<sup>25</sup>, elles restent pourtant déconnectées du processus de résolution des conflits de juridictions concernant les cyber-délits.

Deux catégories de raisons, tenant pour les unes, au défaut de proximité et pour les autres, à l'inadaptabilité de l'extension jurisprudentielle française de ces dispositions qu'emprunte le droit international privé camerounais, justifient l'inadéquation des articles 14 et 15 du Code civil vis-à-vis des cyber-conflits de juridictions.

Concernant le défaut de proximité entre le litige et les juridictions camerounaises, il appert à l'évidence une déconnexion entre le litige et la juridiction camerounaise à laquelle il est soumis sur le fondement de la nationalité camerounaise. C'est qu'en effet, la nationalité est un lien de rattachement entre une personne et un État<sup>26</sup>. De même que ce lien est recherché dans les litiges relatifs à l'état des personnes, de même qu'en matière contractuelle, l'essence se trouve dans la volonté qui a permis d'établir le lien entre les parties, il est tout autant pertinent que dans les cas de responsabilité extracontractuelle, que ce soit le lieu de survenance du délit qui serve de déterminant dans la réparation du dommage qui a pu en résulter. L'exigence d'un critère de localisation participe d'un souci de bonne administration de la justice que l'éloignement ne pourrait que desservir. En effet, il se dégage autant des règles et des pratiques judiciaires<sup>27</sup>, cette constante qui permet d'éviter les complications liées à l'éloignement des acteurs et des éléments de preuve. Cette évanescence ne rend pas évidente la conduite de l'instruction de l'affaire. Il

---

<sup>25</sup> L'article 15 du Code civil consacre ainsi ce que la doctrine qualifie de « *privilège compensatoire de juridiction* ». Voir ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 401.

<sup>26</sup> ANOUKAHA (F.), « Retour sur une question occultée : la nationalité en droit OHADA », *RDAO* n° 04, juillet-décembre 2013, p. 169.

<sup>27</sup> AUDIT (B.), *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 2010, p. 297.

devient de manière générale difficile pour le juge camerounais saisi sur la seule base de la nationalité camerounaise de l'une des parties au litige, de réunir toutes les preuves nécessaires à la poursuite des auteurs.

Néanmoins, même s'il n'est pas exclu qu'il puisse exister un lien non moins intime avec le différend, il est évident que la proximité du litige à la juridiction devrait être considérée comme l'élément prééminent permettant de fonder la compétence de la juridiction camerounaise au détriment de la nationalité camerounaise. Or, le critère de la nationalité est du reste un critère facultatif pouvant être écarté *in limine litis* par l'autre partie au procès<sup>28</sup>. C'est du moins ce qui découle de la formulation non contraignante des articles 14 et 15 sus-évoqués. Il apparaît en effet qu'il s'agisse d'une possibilité au regard du recours au verbe « pouvoir »<sup>29</sup>. Pourtant, le but des solutions aux conflits de juridictions est de fixer sous quelles conditions les juridictions d'un État peuvent être compétentes pour trancher un litige de dimension internationale<sup>30</sup>.

Et si l'exigence de proximité justifie que la compétence juridictionnelle en matière de délit simple écarte la compétence fondée sur la nationalité, *a fortiori* cette exclusion se justifierait en matière de délit complexe et plus encore, celui dont la complexité serait accentuée. On pourrait donc penser que la compétence du lieu de production du fait dommageable soit donc C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le second critère de compétence classique est tout aussi inadéquat pour atteindre l'objectif escompté.

## **2- Les insuffisances de la compétence fondée sur le lieu de production du fait dommageable**

L'article 8-12° du Code de procédure civile camerounais dispose que : « la demande de réparation de dommage causé par un délit, une contravention, un quasi-délit, pourra être portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ». Distinct du lieu de réalisation, le lieu où le fait dommageable s'est produit pourrait renvoyer au lieu du fait générateur. Or, il est très souvent malaisé d'identifier le lieu du fait générateur en ce que les fautifs ont très souvent recours

<sup>28</sup> MBOME (E.), *Les cyber-délits en droit international privé camerounais*, *op cit.*, p. 16.

<sup>29</sup> En plus des articles 13 et 14 du Code civil camerounais, V. également l'article 3 du Code de procédure civile du même pays. Il date du 16 décembre 1954.

<sup>30</sup> TIXIER (M.), *Les règles de conflit de droit international privé français et allemand appliquées aux cyber délits*, mémoire de Master, Université de Nanterre La Défense-Paris Ouest, 2013, p. 12.

à des techniques qui permettent de ne pas pouvoir remonter jusqu'au site à travers lequel ils ont diffusé illicitement une information prise dans son acception large.

Chaque outil numérique comporte une identité numérique ou alors un ADN numérique. Il se compose d'éléments de quatre catégories. La première tient aux éléments d'authentification qui regroupe notamment un numéro d'identification, une adresse IP<sup>31</sup>, l'adresse courriel, le nom d'utilisateur, le mot de passe, le prénom, le nom, le pseudonyme. La deuxième renvoie aux données, que celles-ci soient personnelles, administratives, bancaires, professionnelles, sociales et culturelles. La photo, l'avatar, le logo ou la vidéo sont rattachés à la troisième catégorie touchant aux signes de reconnaissance. La quatrième enfin intègre ce qu'il convient d'appeler les traces numériques. Elle englobe les contributions aux systèmes de gestion des contenus tels que les blogues<sup>32</sup>.

Malgré ces mesures de sécurité, deux difficultés sont susceptibles de ne pas faciliter l'identification du lieu du fait générateur. La première est surmontable, la seconde l'est moins.

La difficulté maîtrisable réside dans le fait que la personne malveillante peut se soustraire à ces formalités et entrer des données complètement erronées. Celles-ci peuvent même correspondre au pire des cas à une personne différente du fautif. Face à cette première difficulté, il reste cependant possible de remonter jusqu'au numéro d'identification qui n'est pas susceptible d'être modifié. Ainsi, le lieu de situation du fait générateur pourra être identifié, et la juridiction compétente, déterminée.

Le piratage ou l'usurpation d'identité numérique constitue la difficulté la moins surmontable dans la mesure où elle consiste à utiliser de son point d'accès numérique le numéro d'identification d'un autre outil numérique pour faire croire que c'est ce dernier qui commet le fait

---

<sup>31</sup> IP ou *Internet Protocol*. C'est le protocole informatique de connexion qui gère la transmission des données internet. L'adresse IP renvoie donc au numéro qui identifie chaque appareil connecté à un réseau utilisant internet. V. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Adresse\\_IP](https://fr.wikipedia.org/wiki/Adresse_IP) (consulté le 07 décembre 2019 à 15h47).

<sup>32</sup> Sur l'identité numérique, v. ERTZSCHEID (O.), *Qu'est-ce que l'identité numérique*, Marseille, Open Edition Press, 2013, 70 p. V. aussi VALENCE (J.), « La citoyenneté numérique », [http://www.psnm.qc.ca/files/8113/9958/0912/Confrence\\_Citoyennet\\_numrique\\_24mars2014\\_PSNM.pdf](http://www.psnm.qc.ca/files/8113/9958/0912/Confrence_Citoyennet_numrique_24mars2014_PSNM.pdf).

dommageable<sup>33</sup>. Il est concrètement question pour une personne située à Tokyo au Japon de pirater l'identité numérique d'un outil numérique localisable aux États afin de diffuser illicitement des informations au Cameroun, lesquelles feront une ou des victimes. L'instruction de l'affaire laissera croire aux autorités nationales, si elles ne sont pas munies des outils de pointe, que le cyber-délit a été causé à partir des États-Unis, alors qu'en réalité, il s'agit du Japon. On se retrouve au final dans un labyrinthe au point où même s'il fallait retenir l'une des juridictions américaines comme compétente, cette solution desservirait la victime qui réside en l'espèce hors de l'État du fautif au regard du coût du déplacement.

Par ailleurs, il convient de noter que le verbe « produire » est davantage rattaché aux effets d'un acte posé. En conséquence, si le lieu où le fait dommageable s'est produit intègre également le lieu où le dommage s'est fait ressentir, on aboutirait à l'universalité de compétence compte tenu de l'ubiquité d'internet, toute chose qui plongerait dans l'enfer du numérique<sup>34</sup>.

Au regard de toutes ces entraves, il apparaît clairement que l'article 8-12° du Code de procédure civile camerounais fait plonger dans un dédale duquel il est difficile de sortir. Il vaudrait mieux adopter un critère plus enclin à répondre aux exigences d'accès et de bonne administration de la justice.

Ainsi, au-delà des carences liées au défaut de proximité, au caractère facultatif et à sa posture de règle de droit commun, la nationalité tout comme le lieu de production du fait dommageable, retenus comme critère de détermination de la compétence internationale des juridictions nationales en matière de délit simple ou complexe, apparaissent inadaptés et inopportuns vis-à-vis des cyber-délits éminemment complexes et dont l'extraterritorialité nécessite que soit retenus, parmi les critères modernes, celui ou ceux qui leur siéent le mieux.

## **B- La consécration souhaitée d'un critère propre au rattachement judiciaire**

---

<sup>33</sup> V. le rapport sur la sécurité sur Internet et les dangers de la piraterie numérique de juillet 2018 en France, 11 p. D'après une enquête du CREDOC (Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie) en France, qui date de 2009, le rapport entre le pourcentage d'usurpation d'identité numérique, le pourcentage de cambriolages à domicile et celui des vols d'automobile montre que les cas de piratage d'identité numérique sont de 12% supérieur aux autres formes de délinquance. V. à cet effet CAHEN (M.), « L'usurpation d'identité sur les réseaux sociaux », accessible sur <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/usurpation-identite-reseaux-sociaux-1372.htm> (consulté le 07 décembre 2019 à 16H34).

<sup>34</sup> MARCHADIER (F.), « Le *for* du délit virtuel », *Légipresse* n° 228, janvier - février 2006, p. 8.

La détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un dommage causé par voie électronique pose de nombreuses difficultés qui nécessitent des solutions novatrices. L'inaptitude des critères classiques de détermination de la juridiction compétente en cas d'ubiquité du fait litigieux a conduit la doctrine, se fondant sur la jurisprudence récente à théoriser des critères adaptés. Si celui de l'accessibilité est en net recul (1), le critère de la focalisation connaît en revanche une expansion (2).

### 1- Le recul fondé du critère de l'accessibilité

À l'inverse des sphères nationale et communautaire qui proposent des solutions peu attractives, la sphère internationale offre une cette voie dont les contours méritent d'être cernés.

Sur le plan communautaire, l'article 5-3 du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale définit une règle supranationale de conflit de juridictions fondée non pas sur le *for* optionnel du délit, mais plutôt sur le lieu du fait générateur. En vertu de cette disposition, « *une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre de l'Union peut être atraite dans un autre État membre, [...] en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ».

Sur le plan national, l'article 46 du Code de procédure civile français institue une règle de conflit de juridictions sur le fondement de laquelle « *le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ». À la différence de l'article 8-12° du code de procédure civile camerounais, cette disposition, plus claire, donne aussi compétence à la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. C'est ici la consécration du *for* optionnel du délit<sup>35</sup>.

L'option française est remarquable dans la mesure où elle est guidée « *par la recherche d'une proximité entre la juridiction compétente et la situation litigieuse, pour des raisons de bonne*

---

<sup>35</sup> Le *for* optionnel du délit donne la possibilité de saisir, tantôt la juridiction du lieu du fait générateur, tantôt celle du lieu du dommage. L'argument du caractère facultatif ne saurait être usité ici dans la mesure où le caractère optionnel n'est pas totalement facultatif. La nuance tient ici en ce que la faculté est encadrée et se limite à un choix entre deux juridictions, pourtant les articles 14 et 15 du Code civil camerounais qui permettent respectivement au Camerounais ou à l'étranger de saisir la juridiction camerounaise, est une faculté. Ils peuvent à ce titre être complètement mis de côté.

*administration de la preuve (mesures d'instruction, témoins) »<sup>36</sup>. Dans la réalisation du droit lésé, la preuve est destinée à démontrer les données de fait devant motiver les solutions de droit qui y sont adaptées. Elle est la démonstration de la véracité d'une prétention<sup>37</sup>. La question probatoire est donc centrale en droit<sup>38</sup> et l'éloigner de la juridiction chargée de trancher le litige, c'est compromettre la sécurité juridique et judiciaire. Il demeure de ce fait impératif de rechercher la proximité entre le litige et la juridiction pour établir la compétence de cette dernière.*

Mais si l'on devait s'en tenir à la jurisprudence française de résolution des conflits de juridictions en matière cyber-délictuelle, il eût fallu déduire, au regard de l'arrêt du 9 décembre 2003 de la chambre civile de la Cour de cassation, que les juridictions françaises eussent été systématiquement compétentes dès lors que le site fut accessible en France.

En généralisant ce critère, l'ensemble des États où le cyber-délit est accessible est compétent ; l'ubiquité d'internet induisant l'ubiquité de compétences. C'est la naissance de la théorie de l'accessibilité<sup>39</sup>.

Vu qu'il est *a priori* difficile, voire impossible pour la victime de déterminer à l'avance le lieu de survenance du fait dommageable, le délit commis par voie d'internet se produit en effet dans tous les lieux où l'information litigieuse est mise à la disposition des internautes. Les auteurs ont en effet fréquemment recours à l'anonymat ou à l'usurpation d'identité numérique<sup>40</sup>, ce qui rend occulte le lieu du fait générateur.

Face à cette exacerbation des facteurs de proximité du fait d'internet, la jurisprudence internationale a tergiversé. Si dans un premier temps, les juridictions françaises retenaient systématiquement leur compétence motif pris de ce que le dommage s'était nécessairement produit en France au regard de l'accessibilité du site depuis le territoire français<sup>41</sup>, l'intensification de la

<sup>36</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 501.

<sup>37</sup> TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 471.

<sup>38</sup> Trav. Ass. H. CAPITANT, *La preuve*, t. LXIII, 2013, Journées Pays-Bas, Belgique, p. 93 ; PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, p. 110.

<sup>39</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, n° 01-03-225.

<sup>40</sup> TECHE (S.), « La problématique de l'établissement de la responsabilité à l'ère d'internet », Communication faite lors de *La Journée d'actualité juridique* organisée par le GERDIIC (Groupe d'étude et de recherche en droit, institutions et intégration communautaire) à l'Université de Dschang sur le thème *La responsabilité*, le 25 novembre 2016, *inédit*.

<sup>41</sup> Cass. civ., 9 décembre 2003, n° 01-03-225, arrêt *Castelblanc*, *RCDIP* 2004.632, note CACHARD (O.) ; *JDI* 2004.872, note HUET (A.). Les faits de l'espèce sont les suivants : la société Champagne Louis Roederer, s'estimant victime de contrefaçon du fait des agissements de la société espagnole Castelblanc qui présentait sur son site internet

commission des délits par voie électronique les a conduites dans un second temps à marquer une nette préférence pour des critères de rattachement plus restrictifs. C'est ainsi que la haute cour qui retenait le critère de la disponibilité en France des produits litigieux<sup>42</sup>, encore dit critère de l'accessibilité<sup>43</sup>, retient désormais, et ce, de plus en plus, comme fondement de la compétence des tribunaux français, que les annonces sur un site soient « destinées au public de France »<sup>44</sup>.

## 2- L'essor légitimé du critère de la focalisation

Au recul de la théorie de l'accessibilité qui sous-tend une forme de compétence universelle voire de « *lexforisme* généralisé »<sup>45</sup>, correspond l'envol de la théorie de la focalisation. L'importance accordée à cette dernière se justifie par la nécessité d'élire la juridiction dont le lien avec le litige est le plus significatif possible. La faveur à une proximité accentuée ou caractérisée se justifie par le souci d'étroitesse du lien entre le tribunal et la situation litigieuse afin d'éviter que toutes les juridictions soient compétentes pour la même affaire, ce qui serait susceptible de compromettre l'exécution de la décision rendue sur le territoire d'un autre État<sup>46</sup>. La compétence universelle qui découle du critère de l'accessibilité conduirait alors vers une sorte d'enfer numérique<sup>47</sup>. Contrairement à la théorie de l'accessibilité qui postule pour la rétention du critère du *for passif*<sup>48</sup>, celle de la focalisation fonde la compétence juridictionnelle sur celui du *for actif*<sup>49</sup>.

---

situé en Espagne la promotion de vins mousseux sous la marque « Cristal », a fait constater par acte d'huissier de justice du 12 juin 1998 que ce site était, en France, accessible aux internautes qui en connaissaient l'adresse, puis, a fait assigner la société Castelblanc devant le Tribunal de grande instance de Reims pour obtenir la cessation de cette diffusion et la réparation du préjudice subi. Les juges de la Cour d'appel et ceux de la Cour de cassation après eux, ont estimé que les juridictions françaises sont compétentes du seul fait de l'accessibilité en France du site litigieux. Dans un attendu devenu célèbre en la matière, la haute cour a consacré la théorie de l'accessibilité lorsqu'elle soutenait que : « *les juridictions françaises étaient compétentes pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet [...] dès lors qu'il a été constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel* ».

<sup>42</sup> Cass. com., 11 janvier 2005, n° 0218.381, affaire *Hugo Boss*.

<sup>43</sup> C'est un critère particulièrement large qui suppose que dès lors que l'information litigieuse est accessible à partir d'un ordinateur, les tribunaux sont compétents.

<sup>44</sup> Cass. com., 13 juillet 2010, n° 06-20.230 ; Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-12.272.

<sup>45</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 560.

<sup>46</sup> MARCHADIER (F.), « Le *for* du délit virtuel », art. préc., p. 8

<sup>47</sup> HUGOT (J. P.), « La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des « enfers numériques »? », *Légipresse* n° 119, mars – avril 2001, p. 2.

<sup>48</sup> Prosaïquement, le *for passif* renvoie à la juridiction du lieu du site sur lequel l'information litigieuse ne vise pas spécifiquement le public du territoire où la cause litigieuse est accessible. Le seul accès à l'information qui ne concerne pas directement ce public suffit à fonder la compétence du juge. C'est le fondement de la théorie de l'accessibilité.

<sup>49</sup> Le *for actif* renvoie en revanche à la juridiction du lieu du site sur lequel l'information litigieuse vise spécifiquement le public du territoire où la cause fait l'objet de litige. Le seul accès au site ne suffit pas pour déterminer la juridiction

Le fondement de cette solution est essentiellement jurisprudentiel. C'est en effet par un arrêt rendu en date du 23 novembre 2010 que la chambre commerciale de la Cour de cassation française<sup>50</sup> a consacré ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui la théorie de la focalisation. Elle avait approuvé les juges du fond pour avoir rejeté la compétence des juridictions françaises afin de statuer sur des faits allégués de contrefaçon, de concurrence déloyale, de parasitisme, de publicité trompeuse lors de l'utilisation du moteur de recherche Google sur les sites étrangers google.de, google.co.uk. et google.ca. La Cour avait considéré que les sites Google incriminés, sur lesquels les annonces litigieuses étaient publiées, n'étaient pas destinés à un public situé en France dès qu'ils « renvoyaient eux-mêmes vers des sites étrangers ». Ils étaient « exclusivement rédigés en langue anglaise et allemande » et ne présentaient « de manière délibérée ou non, [aucun] impact économique sur le public français »<sup>51</sup>.

Allant dans le même sens que la haute cour tout en apportant un complément, la Cour d'appel de Paris (pôle 5) exige couramment que le site étranger ait avec les internautes français, « un lien suffisant, substantiel ou significatif » qui soit de nature à avoir un « impact économique sur le public de France ». Par trois arrêts rendus en date du 03 septembre 2010, la Cour d'appel de Paris a confirmé sa tendance jurisprudentielle en reconnaissant la compétence des juridictions françaises mais en relevant que la désinence « .com » du site étranger en cause (ebay.com), « constitue un TLD générique qui n'est pas réservé à un territoire déterminé mais a vocation à s'adresser à tout public », et que les utilisateurs français pouvaient aisément consulter les annonces mises en ligne sur ce site à partir du site ebay.fr et qu'en fonction des recherches entreprises, ils y étaient même incités. Il ne faut pas s'y méprendre car cette série de décisions n'induit pas le retour

---

compétente, encore faudrait-il que la victime soit le public directement visé par l'information litigieuse : c'est le fondement de la théorie de la focalisation. Sur la distinction opérée entre le *for actif* et le *for passif*, voir Cass. com., 11 janvier 2005, affaire Hugo Boss c/ Reemtsma Cigarettenfabriken. En l'espèce, La société Hugo Boss était titulaire de différentes marques notamment intitulées « Hugo Boss », « Boss » et « Boss Hugo Boss ». La société allemande Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH exploitait un site internet sur lequel la marque « Boss » était reproduite à seize reprises. En première instance, le juge français condamna la société allemande à cesser tout usage, sur son site internet, de la marque litigieuse, sous peine d'astreinte. Quelques temps plus tard, Hugo Boss agit devant la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir la liquidation de l'astreinte. Mais celle-ci refusa au motif que « l'usage des marques « Boss » sur le site Internet de la société Reemtsma ne constituerait pas une infraction à l'interdiction de tout usage de ces marques prononcée par le jugement du 23 juin 2000, car ledit site, rédigé en langues étrangères et dont il résultait que les produits n'étaient pas disponibles en France, n'aurait pas visé le public de France ». Ce qui excluait toute violation de la marque concernée en France.

<sup>50</sup> Le recours aux sources du Droit international privé français se justifie par le fait que le Droit international privé camerounais s'inspire largement de celui-là.

<sup>51</sup> Cass. com., 23 novembre 2010, n° 07-19-543.

au critère de l'accessibilité. Afin de l'éviter, plusieurs exigences, non exclusives les unes des autres, doivent être réunies pour que les juridictions françaises puissent retenir leur compétence. Il faut pouvoir effectuer des opérations sur le site litigieux ; la monnaie utilisée doit être l'euro ; le site doit être en langue française ; la désinence en « .com » qui renvoie vers un site français ou vice-versa<sup>52</sup>.

Séductrice dans son fondement, charmante par son pragmatisme mais variable dans son déploiement, la solution aux cyber-conflits de juridictions ne règle pas celle des cyber-conflits de lois. Quoiqu'il puisse en être, la spécificité de la solution juridictionnelle suggère que la même singularité innerve la résolution du conflit de lois.

## II- L'ADAPTATION MALAISÉE DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT LÉGAL

La finalité de la responsabilité civile en droit international est de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines du fait de la rupture provoquée par le fait dommageable. La commutativité de la justice fondée sur la territorialité du délit a d'ailleurs justifié que la loi du lieu où le délit a été commis soit retenue depuis le célèbre arrêt *Lautour*<sup>53</sup>. L'emprunt camerounais de la *lex loci delicti commissi*, consacrée aux délits simples, rend malaisé toute possibilité d'extension aux délits complexes-complexes<sup>54</sup> que sont les cyber-délits<sup>55</sup>. Il est dès lors impératif d'envisager l'adaptation des règles singulières de conflit de lois en matière de délit civil commis par le biais d'internet. Toute chose qui reste et demeure complexe compte tenu de ce que les moyens techniques sont inexistantes, et lorsqu'ils existent, ils ne sont pas autant sophistiqués que cela pour pouvoir faciliter la réparation des dommages subis du fait des cyber-délits (A). Mais aussi utopique soit-elle, une uniformisation des solutions en la matière est un prérequis qui permettrait de faciliter l'exécution des décisions y relatives (B). Mais la divergence des valeurs plombe une telle avancée.

<sup>52</sup> V. sur l'ensemble de la question, WILHEIM & ASSOCIÉS, « Délits civils et internet : compétence juridictionnelle, loi applicable », [www.files/D///delitscivilsetinternetcompetencejuridictionnelleloiapplicable/ wilh.massociés.com](http://www.files/D///delitscivilsetinternetcompetencejuridictionnelleloiapplicable/wilh.massociés.com). Consulté le 20 mai 2020.

<sup>53</sup> Cass. civ., 25 mai 1948, *RCDIP* 1949.89 ; note BATTIFOL ; S., 1949.1.21, note NIBOYET, *JCP* 1948.II.4532, note VASSEUR.

<sup>54</sup> V. à cet effet BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome 2, *Partie spéciale*, op. cit., p. 559.

<sup>55</sup> BRAULT (N.), « Le droit applicable à Internet. De l'abîme aux sommets », *Legicom-Revue thématique du droit de la communication* n° 12, Vol. 2, 1996, pp. 245.

## A- L'adaptation complexifiée de la règle de conflit de lois

Dans le contexte de mondialisation, internet a éminemment bouleversé les canons de réparation classique des dommages, toute chose qui induit une recrudescence des incohérences du droit matériel camerounais face aux évolutions technologiques. Quoique difficile, il s'avère impératif de s'approprier, d'une part les modalités de protection directe (1) et d'autre part, de prendre des dispositions de protection indirecte (2) des victimes pour une détermination de la loi applicable, tant les lois en conflits sont nombreuses.

### 1- L'appropriation malaisée des modalités de protection directe des victimes

Les attendus de l'arrêt *Lautour* relatifs à un accident de la circulation survenu en Espagne entre deux Français établissent qu'à l'origine, la *lex loci delicti commissi* était destinée aux délits simples au regard de la coïncidence entre le lieu du fait générateur et celui du dommage qui en résultait. Aux termes de l'un d'eux, « *la loi applicable à la responsabilité civile extracontractuelle de celui qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose en cas de dommage causé par cette chose à un tiers est la loi du lieu où le délit a été commis* »<sup>56</sup>. Cette consécration relative à un délit simple ne peut que susciter une hésitation face aux délits complexes. La plurilocalisation de ces facteurs rend en effet complexe la coloration du délit. C'est dans ce cadre que s'inscrivent *a priori* les cyber-délits.

Cet enchevêtrement n'eut pu que générer une extension de l'interprétation de la *lex loci delicti*<sup>57</sup> qui a fini par être vue comme la « *loi de l'État où le fait dommageable s'est produit ; [...] ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier* »<sup>58</sup>.

Les vocations concurrentes de la loi du lieu du fait générateur et celle du lieu de réalisation du dommage ont justifié la consolidation d'un raisonnement proximate. Même s'il est établi que

<sup>56</sup> MEIJERS (E. M.), « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, t. 49 (1934-III), pp. 543 et s.

<sup>57</sup> Pour une remise en cause du rattachement rigoureux à la *lex loci delicti*, Voir MORRIS (J. C.), « The proper law of the tort », 64, *Harvard Law Review*, 881, 1951.

<sup>58</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, *Sté. Gordon and Breach* ; D, 1997.177, note SANTA-CROCE (M.) ; *JCP* 1997.II.22903, note MUIR WATT (H.) ; *RCDIP* 1997.504, note BISCHOFF (J.-M.).

la proximité<sup>59</sup> est au cœur de la solution à retenir pour résoudre ce type de litiges, il est constant que le conflit demeure entre la loi du fait générateur et du lieu du dommage. Mais l'évolution des fondements de la responsabilité civile, l'expansion de la philosophie réparatrice au détriment de celle sanctionnatrice, le foisonnement des régimes de responsabilité sans faute invite à se demander s'il ne faudrait pas privilégier la loi du dommage<sup>60</sup>. Autant cette dernière cadre mieux avec la finalité réparatrice de la responsabilité civile, autant elle est adaptée à la théorie de la focalisation qui permet de palier aux difficultés d'identification du lieu du fait générateur lié au cyber-délit.

Mais, la localisation du lieu de survenance du délit n'est pas forcément compromise. Dans l'hypothèse où une telle possibilité se présente, il n'est pas exclu que la finalité réparatrice resurgisse en ce sens que la loi du lieu du fait générateur peut garantir une meilleure réparation que celle du lieu du dommage. Les vocations concurrentes devraient dès lors être tranchées sur le fondement de la finalité réparatrice de l'une ou de l'autre.

Il serait donc indiqué que le législateur camerounais procède à la consécration de cette solution plus ouverte et mieux protectrice de la victime.

## 2- L'arrimage emmêlé des modalités de protection indirecte des victimes

L'emprise de la contrainte étatique sur un espace virtuel peut sembler utopique. Il est inintéressant de penser cependant qu'elle est impossible à réaliser au plan juridique. Le recours au droit comparé donne des orientations pertinentes. Les nouvelles tendances sont celles de l'instauration des « *présomptions de responsabilités* ». Elles pèsent sur les intermédiaires d'internet. Il s'agit notamment des fournisseurs d'accès, d'hébergement ou d'outils de recherche. Inversement au caractère virtuel du cyberspace, ceux-ci sont localisables en raison de l'obligation pour eux d'être géographiquement implantés à un endroit identifié.

Il leur est en effet imposé une obligation de vigilance afin de réduire au maximum les cas de diffusion illicite d'informations par voie électronique. Même s'il ne leur est pas imposé une

---

<sup>59</sup> La nationalité ici ne constitue pas ici un lien de proximité même si les parties ont la même nationalité. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 1967, *Kieger c/ Amigues*, D. 1967.629, note MALAURIE (Ph.) ; *RCDIP* 1967.628, note P. Bourel ; *JCP* 1968.II.15456, note A. Jack-Mayer (« *quelle que soit la nationalité des parties, la loi compétente pour régir la responsabilité extracontractuelle est la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit* »).

<sup>60</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 522.

obligation de surveillance systématique de tous les contenus des sites hébergés, il demeure que les hypothèses d'engagement de leur responsabilité sont largement admises, dans l'espace européen.

Ainsi, la Directive 2000/31 CE sur le commerce électronique a été mise en œuvre par la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. « *Désormais, la responsabilité civile de l'intermédiaire pourra être engagée si, ayant connaissance du caractère manifestement illicite d'un contenu (généralement du fait de la réclamation d'une victime), il ne réagit pas promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible. Est donc engagée la responsabilité de ceux qui détiennent eux-mêmes un pouvoir de contrainte électronique sur les opérateurs économiques (blocage d'accès, menace de déconnexion, radiation de noms de domaine...)*<sup>61</sup>.

Toutefois, il peut advenir que le rôle de l'hébergeur soit essentiellement passif. Tel est le cas lorsqu'il lui incombe simplement de stocker les données qui lui sont confiées. Sa responsabilité ne sera dès lors engagée que si un internaute relève en le lui notifiant, le caractère illicite d'un contenu non suivi de retrait. *A fortiori*, lesdites informations ne devraient plus être remises sur le site litigieux tant que l'illicéité de l'information demeurera<sup>62</sup>.

L'exigence de notification envoyée par l'internaute doit, pour pouvoir être considérée comme un élément probant de la défaillance de l'intermédiaire, remplir certaines conditions. La date de la notification, la description des faits litigieux et leur localisation, les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré (mention doit être faite des dispositions légales), la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté<sup>63</sup>. La nature de l'émetteur de la notification influe également sur ce point. Lorsque le requérant est une personne physique, ses noms, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance doivent être indiqués. S'il s'agit en revanche d'une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement, les noms et domicile du destinataire. Lorsque le représentant légal est une personne morale, sa dénomination et son siège sociaux sont requis.

<sup>61</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 544.

<sup>62</sup> CA Paris, pôle 5, chambre 2, 04 fév. 2011, n° 09/21941.

<sup>63</sup> Cass. civ., 17 fév. 2011, n° 09-67.896, 165 ; Cass. civ., 17 fév. 2011, n° 09-15857.

Il s'agit au final d'un régime de responsabilité participative. Cette approche pourrait s'avérer vaine. L'internationalité du fait délictueux rend la question encore plus complexe, notamment en cas de contrariété des valeurs juridiquement protégées. Les divergences militent donc en faveur d'un dépassement spatial par l'harmonisation, ou mieux l'unification des valeurs, toute chose qui demeure difficile à réaliser.

## B- L'uniformisation altérée des valeurs

Les divergences de valeurs peuvent amener à punir une personne qui agissait sous le couvert d'une loi qui lui en donne l'autorisation. Il est en effet complexe de maîtriser les textes de chaque État, tant on sait que le contenu des sites est accessible partout. La spécificité des difficultés justifie la particularité des mesures à prendre. Les unes sont essentiellement techniques<sup>64</sup> (1) et les autres, juridiques (2).

### 1- La portée limitée du règlement technique

L'ubiquité d'internet est un pont à un conflit d'une toute autre nature. Il peut se soulever entre la loi du lieu du fait générateur et celle du ou des lieux de réalisation du dommage lorsque l'acte posé est considéré comme un délit par un des systèmes seulement en présence. Comment punir un éditeur dans un autre État qui considère une information comme dommageable au regard de sa loi pourtant il a agi sous le couvert de la loi de son État qui autorise celle-ci<sup>65</sup> ?

La dissonance de valeurs légales mérite qu'on interroge les différentes significations de l'expression « *lieu du fait générateur* » en matière de cyber-délits<sup>66</sup> pour régler la question du conflit de normes en droit international. Afin de prendre en compte la portée intellectuelle du délit projeté, il peut de prime abord s'entendre comme la loi du lieu de conception du délit qui correspond au lieu de résidence habituelle de l'auteur du délit. Il peut ensuite être perçu comme le lieu de diffusion de l'information illicite conformément aux droits en vigueur<sup>67</sup>. Il peut s'agir enfin

---

<sup>64</sup> Sur la complémentarité entre les outils techniques et juridiques, v. SVANTESSON (D. J. B.), « Time for the law to take internet geolocation technologies seriously », *Journ. PIL*, 2013.473.

<sup>65</sup> Comp. GRAVE-RAULIN (L.), *Règles de conflits de juridictions et règles de conflits de lois appliquées aux cyber-délits*, mémoire de Master II professionnel en droit de l'Internet public, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, septembre 2008.

<sup>66</sup> TIXIER (M.), *Les règles de conflit de droit international privé français et allemand appliquées aux cyber-délits*, mémoire de l'Université Paris-Ouest, Nanterre La Défense, 2010, p. 44.

<sup>67</sup> MBOME (E.), *Les cyber-délits en droit international privé camerounais, op. cit.*, p. 51.

du lieu de situation du serveur sur lequel est hébergé le site contenant l'information querellée. Mais que faire si cette loi considère comme licite une information considérée comme illicite par les États vers lesquels l'information discutée est focalisée ?

Ainsi, de nombreuses informations pouvant être considérées comme litigieuses en France sont plutôt empreint de licéité aux États-Unis d'Amérique. L'« *exorbitante affaire Yahoo* »<sup>68</sup> illustre de manière particulièrement précise ce cas de figure. La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA) et l'Union des étudiants juifs de France (UEJF) reprochaient à la société *Yahoo* d'accueillir sur son site mondial des pages qui offraient aux enchères des objets nazis. Le juge français avait été saisi en référé en vue de faire cesser un trouble manifestement illicite. Au regard du droit français, les informations affichées étaient pénalement sanctionnées comme incitant à la haine raciale. Aux États-Unis, elles étaient en revanche protégées par le Premier Amendement à la Constitution qui consacre la liberté d'expression<sup>69</sup>. La décision rendue par le juge français constata le caractère litigieux de l'information contenue sur la page. Mais, avant de se prononcer, ce dernier vérifia auprès d'experts, la faisabilité du procédé de filtrage technique des informations illicites. Il ordonna ensuite à la société américaine de filtrer ensuite les informations litigieuses de manière à ce qu'elles ne soient pas accessibles au public français. C'est ainsi que la filiale française de *Yahoo !* a affiché le caractère illicite de la consultation en France du contenu contesté. Mais on se serait attendu à ce que la filiale française aille plus loin en procédant au retrait des images litigieuses, au lieu de procéder seulement au filtrage<sup>70</sup>.

Mais jusque-là, il faut que la question soit tranchée de manière générale tant que les difficultés ne sont pas amoindries ; le contenu est en effet susceptible de connaître des déplacements successifs, d'un État où l'information est illicite vers un État où l'information ne l'est pas. Il peut concrètement advenir qu'au moment du constat du délit, qu'il soit relocalisé dans un État où l'acte posé n'est pas illicite ou encore dans lequel les informations sont inaccessibles.

---

<sup>68</sup> Sur les faits de la célèbre affaire *Yahoo*, voir, LAPRÈS (D. A.), « L'exorbitante affaire *Yahoo* », *JDI* 2002.975.

<sup>69</sup> C'est le fondement et la consécration d'une nouvelle forme de citoyenneté à travers internet. Il s'agit plus précisément du « *citizenet* », le *netizen* ou *netcitoyen* qui développe une *netdéviance*. V. N. GREEN, « Beyond Being Digital: Representation and Virtual Corporeality », in *Virtual Politics*, *op. cit.*, pp. 59-78.

<sup>70</sup> Sur la justification du choix de cette solution calibrée, v. BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 543.

Cette évanescence ne facilite pas les choses. Pour s'en départir, la jurisprudence dans son immense majorité, soutenue en cela par la doctrine<sup>71</sup>, a opté pour la compétence de la loi du lieu de réalisation du dommage comme référent. Couplé à la philosophie de l'autonomie de la réparation<sup>72</sup>, le recours à la théorie de la focalisation peut permettre de démêler l'épineuse question. Fondée sur la destination de l'information, elle exige de l'émetteur une parfaite connaissance de la législation de l'État du public cible. Ceci impliquerait conséquemment que la responsabilité du concerné soit engagée au cas où l'information serait illicite pour l'État de destination et licite pour l'État d'émission. C'est donc l'expansion internationale de la maxime bien connue : « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

Ce serait en effet faire de la sphère internationale le creuset de l'impunité s'il fallait admettre que les dommages internationaux ne peuvent faire l'objet de réparation sous le prétexte de l'ignorance de la loi du pays destinataire. C'est dire que plus en matière cyber-délictuelle qu'en d'autres, la théorie de la focalisation devrait être consolidée afin d'éviter que la question de savoir si sur la toile, il faudrait connaître les législations de tous les pays où internet est accessible ne se transforme en abysse infini. Quoi qu'il en soit, il est évident qu'à l'ère du numérique, l'enfermement frontalier des règles de droit applicables est suranné. Une harmonisation voire une unification du régime applicable aux cyber-délits est un impératif si l'on veut freiner de manière efficace l'expansion de la crainte cybernétique.

## 2- L'uniformisation viciée des valeurs juridiques

Si l'évolution des mœurs et des techniques donne matière à de nouvelles formes de délinquance, il apparaît aussi qu'elles s'accompagnent de difficultés, pour les unes connues du système classique, et pour les autres, spécifiques à cette technologie récente. Au-delà de l'identification de la juridiction compétente, de la détermination de la loi applicable, se posent avec

---

<sup>71</sup> La doctrine dominante estime que la responsabilité a une fonction avant tout réparatrice et c'est par le dommage qu'est constitué le droit à réparation. Voir B. DJUIDJE CHATUE, « Les conflits de lois en matière de fiançailles », *Juridis Périodique* n° 78, avril-mai-juin 2009, pp. 75 et s.

<sup>72</sup> BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 407, Paris, LGDJ, 2003, 384 p. Cet auteur estime pour sa part que la réparation mériterait un traitement autonome en droit international privé ; seule la loi du lieu où le dommage est subi devrait donc être compétente. V. aussi FAUVARQUE-COSSON (B.) et BOSKOVIC (O.), « La réparation du préjudice en droit international privé », *RDIC* n° 3, vol. 56, 2004, pp. 724-728.

acuité les problèmes liés aux divergences de valeurs juridiques étatiques. L'illicéité confinée à certains États dans la sphère internationale s'oppose à la licéité protectrice dans d'autres.

Afin de réduire de manière considérable ces divergences et ramener ainsi à une portion marginale les cas d'impunité internationale, il serait recommandé de procéder à une unification, ou du moins, à une harmonisation des règles de manière à mettre en cohérence les règles spécifiques au domaine numérique au sujet de détermination de la juridiction compétente, de la loi applicable et du comportement à sanctionner. Sur ce dernier aspect, il est clair qu'il sera fastidieux et difficile de relever un tel défi surtout à une échelle aussi grande que celle-là. On pourrait dès lors s'inspirer du modèle d'intégration juridique au service du développement économique de l'Organisation pour l'harmonisation<sup>73</sup> en Afrique du droit des affaires (OHADA). Ainsi, des organisations pour l'unification du droit à portée civile qui donneraient la latitude aux organes légiférant de définir les délits civils isolés des incriminations tout en laissant le soin aux juridictions de régler la problématique des dommages et intérêts. Une autre voie consisterait à communautariser la question au sein des regroupements régionaux d'intégration économique et monétaire, tant la problématique est sérieuse.

L'accent à mettre au plan civil pour les délits détachés des infractions se justifie par l'amorce qui est faite indirectement au plan pénal, l'action civile pouvant être conjointe à l'action publique. C'est en effet dès 1983 que l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a fait réaliser une étude sur les possibilités d'une harmonisation internationale des législations en matière de criminalité informatique. Reprenant les conclusions du rapport établi au terme de cette étude, le Conseil de l'Europe a émis en septembre 1989 la recommandation R-89,9, fixant la définition précise d'une liste minimale d'abus que les États se devaient d'ériger en infractions pénales dans leur droit positif. C'est dans le même esprit qu'une recommandation R-95,13 visant à instaurer une approche commune des problèmes de procédure pénale a été émise. Mais compte tenu de l'inefficacité de cette approche, il a fallu « *s'en remettre*

---

<sup>73</sup> L'appellation « Acte Uniforme » prête à équivoque. Elle laisse croire, à tort, qu'il s'agit d'unifier. Pourtant, les réformes récentes essentiellement orientées par la volonté de flexibilité, montre bien qu'il s'agit davantage d'harmoniser que d'unifier. Pour ce qui est de la flexibilité des règles applicables aux sociétés commerciales OHADA, v. en particulier BADJI (P. S. A.), « Les enjeux de la « flexibilité » des règles des sociétés commerciales dans l'AUSCGIE révisé », in DJUIDJE CHATUE (B.) (dir.), *Les réformes de droit privé en Afrique*, Actes du colloque organisé par le Laboratoire d'études et de recherche sur le droit et les affaires en Afrique (LERDA) les 13-14 novembre 2014 à l'Université de Dschang, PUA, 2016, pp. 293-331.

à un autre instrument juridique qui engage davantage qu'une recommandation, comme une convention. Cette convention devrait traiter non seulement des questions de droit pénal, mais aussi de problèmes de procédure et instruments internationaux en matière de droit pénal ». C'est au terme de négociations faites sous l'égide des Nations Unies que la convention relative à la cybercriminalité a été ouverte à la signature le 23 novembre 2001 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004. Elle fournit des mesures clés pour lutter contre les attaques à l'endroit des systèmes informatiques et des mesures permettant de rassembler des preuves électroniques des actes terroristes et autres crimes. Afin de rendre son action efficace, la Convention de Budapest a pour sa part institué un cadre d'implantation de relais dans les espaces régionaux autour desquels devraient s'articuler la construction d'instruments régionaux de lutte contre la cybercriminalité. Ce sont l'Afrique du Sud pour l'Union africaine, les États-Unis et le Canada pour l'Organisation des États américains, le Japon pour l'Association des États asiatiques et l'Australie pour l'Océanie. L'Union européenne, qui s'était déjà doté d'instruments juridiques en la matière en 2002 : la décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'informations.

L'objectif d'unification permettra par ricochet, de simplifier l'exécution des décisions étrangères. Dès lors que sera demandée l'exécution de la décision étrangère, la vérification des compétences judiciaire et légale ne posera aucun problème.

Sur la simplification de l'exécution des décisions étrangères, il convient de relever pour le déplorable que la consécration jurisprudentielle de la théorie de l'accessibilité présente l'inconvénient de conférer la compétence à toutes les juridictions compétentes, ce qui est de nature à entraver l'exécution des décisions étrangères sur le territoire du domicile du défendeur. En vertu de cette théorie en effet, toutes les juridictions où l'acte litigieux est accessible sont compétentes. Il en est de même de la loi de réalisation du dommage qui sera la même que celle de la juridiction compétente. La coïncidence généralisée de compétences judiciaire et légale aboutira au refus de reconnaissance de la décision étrangère par le juge de l'exequatur durant la phase de vérification des compétences judiciaire et légale motif pris de ce que le juge estimera que c'est sa juridiction et sa loi qui étaient compétentes en l'espèce. Au regard des paralysies essentielles qu'engendre la propension au lexforisme portée par la théorie de l'accessibilité, celle-ci connaît un net recul. L'efficacité de la justice internationale en dépend. Ainsi, l'urgence d'une unification des valeurs et des règles en la matière est un impératif autant qu'une accentuation de la coopération

technologique entre différents systèmes afin de régler la lancinante question de l'identification des auteurs de délits par voie électronique.

### Conclusion

Page | 59

« *La délinquance civile* » numérique pose des problèmes singuliers au plan international. La spécificité structurelle d'internet combine à la fois des caractéristiques classique et moderne commande qu'une réforme des règles traditionnelles soit entreprise de manière à les arrimer aux grandes mutations technologiques. « *Le net [n'étant plus] très net* »<sup>74</sup>, la nécessité d'une modernisation du régime de la responsabilité induit une mise en adéquation des règles en la matière. Elle s'impose plus que par le passé, autant au Cameroun qu'à une échelle plus grande. À défaut, on assisterait au déclin du politique, du social, du civique ou mieux de l'éthique<sup>75</sup>. La singularité de la problématique milite donc en faveur des solutions originales.

Au plan de la compétence judiciaire, il devrait être pertinent d'adopter la théorie de la focalisation en délaissant les critères classiques inadéquats que sont la nationalité et le lieu du fait générateur. Contrairement à la théorie de l'accessibilité, celle de la focalisation ne rend pas toutes les juridictions compétentes. Seules sont compétentes les juridictions de l'État dont le public est ciblé.

Au plan de la compétence légale, il est un impératif de renforcer l'intégration juridique afin de réduire de manière considérable les divergences de valeurs juridiquement protégées, car ceci pourrait aboutir au plan international à favoriser l'impunité de quelques-uns. Mais le défi à relever est grand. Il est néanmoins nécessaire que le Cameroun s'y lance afin de s'arrimer à l'évolution pour pouvoir sortir du labyrinthe dans lequel nous plonge ladite problématique.

<sup>74</sup> CAPELLER (W.), « Un net pas très net. Réflexions sur la criminalité virtuelle », *Arch. phil. dr.*, n° 43, 1999, p. 167.

<sup>75</sup> HOLMES (D.) (dir.), *Virtual Politics. Identity and Community in Cyberspace*, Sage Publications, London, Thousand Oaks, New Delhi, 1997, p. 1.

## Investissements agricoles et fiscalité en droit camerounais : couple d'amour ou de raison ?

*Agricultural investments and taxation in cameroonian law : love affair or reason ?*

Par : Page | 60

**KOUNDE EBENE Princesse De Christ**

Dr/Ph.D. en droit privé

Université de Dschang (Cameroun)

### **Résumé :**

*Les investissements dans le domaine agricole permettent d'accélérer la transformation structurelle et la réduction de la pauvreté en Afrique en général et au Cameroun en particulier. Ces investissements sont essentiels si l'on veut accroître l'équipement national, engendrer des retombées positives et nouer des liaisons interindustrielles. En effet, les entreprises agricoles participent au développement des zones rurales et même de la croissance économique du pays. Ce développement passe par l'accroissement de la production et le rendement de l'activité agricole. Cette dernière est conditionnée par plusieurs paramètres à savoir les facteurs climatiques et pédologiques d'une part, les techniques de culture et les facteurs de distribution d'autre part. Plusieurs personnes tentent de soustraire les investissements agricoles aux questions fiscales, prétendant qu'il est essentiellement une passion, et donc les entrepreneurs s'y lancent par amour. Il n'est cependant pas évident de savoir quelles politiques publiques stimulent réellement les investissements et réduisent les coûts. Au Cameroun, la fiscalité agricole a jusqu'ici, peu fait l'objet d'une véritable analyse dans le sens du développement des investissements agricoles. À l'heure où la nécessité d'un développement du secteur agricole se fait sentir il est apparu nécessaire de réfléchir sur l'apport de la fiscalité dans le développement des investissements agricoles. Face à des enjeux économiques et budgétaires, croissants, il est important pour le Cameroun que la fiscalité agricole s'inscrive dans la promotion des investissements agricoles.*

**Mots clés :** Fiscalité, développement, activités agricoles, incitations fiscales, exonération fiscale, politique fiscale.

**Abstract:**

*Investments in agriculture can accelerate structural transformation and poverty reduction in Africa in general and Cameroon in particular. Such investments are essential to increase national capacity, generate positive spillover effects and establish inter-industry linkages. Indeed, agricultural enterprises contribute to the development of rural areas and even to the economic growth of the country. This development is achieved by increasing the production and efficiency of agricultural activity. The latter is conditioned by several parameters, namely climatic and soil factors on the one hand, and cultivation techniques and distribution factors on the other. Many people try to exempt agricultural investments from tax issues, claiming that it is essentially a passion, and therefore entrepreneurs go into it for love. However, it is not clear which public policies actually stimulate investment and reduce costs. In Cameroon, agricultural taxation has so far been little analysed in terms of developing agricultural investments. At a time when the need to develop the agricultural sector is being felt, it has become necessary to reflect on the contribution of taxation to the development of agricultural investments. In the face of growing economic and budgetary challenges, it is important for Cameroon that agricultural taxation be part of the promotion of agricultural investments.*

**Key words:** Taxation, development, agricultural activities, tax incentives, tax exemption, tax policy.

## Introduction

Depuis les indépendances, l'agriculture est au centre des politiques de développement conçues par les pouvoirs publics au Cameroun. En effet, les entreprises agricoles participent au développement des zones rurales et même de la croissance économique du pays. Ce développement passe par l'accroissement de la production et le rendement de l'activité agricole<sup>1</sup>. Cette dernière est conditionnée par plusieurs paramètres à savoir: les facteurs climatiques et pédologiques<sup>2</sup>, d'une part, les techniques de culture et les facteurs de distribution d'autre part. Il est tentant de soustraire l'entrepreneuriat aux questions fiscales, sous le prétexte que les entrepreneurs s'y lancent par amour<sup>3</sup>. Or, les changements de coûts, sont des facteurs déterminants pour expliquer les comportements humains. Il n'est cependant pas évident de savoir quelles politiques publiques stimulent réellement l'entrepreneuriat et réduisent les coûts<sup>4</sup>.

La notion d'entrepreneuriat renvoie à des situations tellement hétérogènes qu'il en est vain de se limiter à une seule définition<sup>5</sup>. L'entrepreneuriat, en lui-même, est un concept abstrait<sup>6</sup>. Toutefois, la définition qui s'y apparente le mieux est de comprendre l'entrepreneuriat comme une dynamique de création et d'exploitation d'une opportunité d'affaires par un ou plusieurs individus via la création de nouvelles organisations à des fins de création de valeurs<sup>7</sup>. Lorsqu'on parle d'entrepreneuriat, on fait référence au fait de démarrer une activité dont on est soi-même l'initiateur. Plus concrètement, c'est le fait de créer et développer une entreprise et donner vie à un projet. Quant à la notion de fiscalité, elle renvoie, au système de lois et de réglementations en vigueur relatives au fisc, à la définition et à la perception des impôts<sup>8</sup>. La fiscalité renseigne à la fois sur le système de perception des impôts et l'ensemble des lois qui régissent le procédé de perception. Le concept évoque également l'ensemble des impôts qui sont en vigueur dans un pays à une époque

---

<sup>1</sup> L'activité agricole est définie comme une action ayant pour objet la mise en valeur du sol en vue de la réalisation d'une production végétale ou animale et justifiant l'application des lois relatives à l'agriculture.

<sup>2</sup> Relatif à la pédologie, c'est-à-dire la science dont la spécialité et l'étude des caractères physiques, chimiques et biologiques des sols.

<sup>3</sup> BÉDARD (M.), «Entrepreneuriat et fiscalité comment l'impôt affecte l'activité entrepreneuriale », *Les cahiers de recherche* septembre 2018, p.7.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> LAVIOLETTE (E.M.) et LOUE(C.), «Les compétences entrepreneuriales: définitions et construction d'un référentiel », *Congrès international francophone en entrepreneuriat et PME*, octobre 2006, p.4.

<sup>6</sup> BÉDARD (M.), «Entrepreneuriat et fiscalité Comment l'impôt affecte l'activité entrepreneuriale » *Institut économique de Montréal*, Septembre 2018, P.30.

<sup>7</sup> LAVIOLETTE (E.M.) et LOUE (C.), « Les compétences entrepreneuriales: définitions et construction d'un référentiel », *Congrès international francophone en entrepreneuriat et PME*, octobre 2006, p.4.

<sup>8</sup> Dictionnaire Le Grand LAROUSSE ILLUSTRÉ, Paris, Larousse, 2017, P.501

donnée. La fiscalité permet à l'État et aux collectivités territoriales de se procurer des recettes et ainsi, de financer leurs besoins en dépenses publiques<sup>9</sup>. Elle peut également constituer un levier pour orienter la politique économique en favorisant un secteur d'activité<sup>10</sup>.

Toutefois, les mesures fiscales prises par les pouvoirs publics, dans le contexte de l'agriculture au Cameroun pour améliorer le climat des affaires et par là renforcer la croissance économique brille par des échecs. Au regard de ce constat, l'objet de notre recherche est de mettre en exergue l'impact des mécanismes fiscaux voire de la fiscalité sur l'entrepreneuriat agricole. Autrement dit, dans le contexte Camerounais le cadre fiscal est-il suffisamment incitatif et efficace pour stimuler ou accompagner l'entrepreneur agricole dans la décision de création d'entreprise ?

En effet, Il s'agit de comprendre si la politique fiscale applicable en matière agricole par les pouvoirs publics peut promouvoir ou handicaper l'entrepreneuriat agricole au Cameroun. En effet, la fiscalité est l'un des leviers qui peut être actionné pour aider les pays africains à rendre leur environnement des affaires attractif et pousser les entrepreneurs locaux à l'action entrepreneuriale. Ce levier leur permettra d'améliorer les conditions d'investissement dans leur milieu des affaires, pour une politique fiscale favorable à l'entrepreneuriat et à l'investissement

Dans ce sillage, le gouvernement a prévu de stimuler l'entrepreneuriat agricole à travers le principe d'une fiscalité incitative en faveur de l'entrepreneuriat agricole (I) En dépit des mesures fiscales prises par les pouvoirs publics dans le contexte agricole pour améliorer le climat des affaires et partant booster la croissance économique, l'environnement des affaires brille davantage par un grand nombre d'entreprises qui peinent à se développer ce qui justifie les constances des contraintes fiscales à l'entrepreneuriat agricole (II).

## **I- L'OPTION POUR UNE FISCALITE INCITATIVE AUX INVESTISSEMENTS DU SECTEUR AGRICOLE**

Une fiscalité est qualifiée d'incitative lorsqu'elle vise à titre principal non pas à prélever les ressources mais à orienter le comportement des acteurs dans un sens déterminé<sup>11</sup>. La fiscalité

---

<sup>9</sup> « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. » Article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen d'août 1789.

<sup>10</sup> Notamment le secteur agricole.

<sup>11</sup> Certains auteurs tel CREVEL(P.) désigne également la fiscalité incitative par l'expression « *fiscalité comportementale* » car celle-ci est utilisée pour réguler les comportements des contribuables « *La fiscalité*

incitative désigne donc l'ensemble des prélèvements fiscaux ayant pour but d'orienter le comportement des personnes susceptibles d'y être assujettis<sup>12</sup>. Elle est utilisée par les pouvoirs publics pour poursuivre des objectifs économiques tels que le soutien à la création d'entreprises agricoles, la recherche, l'innovation ou les investissements<sup>13</sup>. Les mesures fiscales affectant la décision d'investissement portent essentiellement sur le taux d'imposition, la base imposable, la déduction des amortissements, les reports déficitaires, les incitations fiscales et éventuellement les réformes fiscales<sup>14</sup>.

Au sens de la loi de 2013<sup>15</sup>, les incitations sont des avantages particuliers accordés par les pouvoirs publics à une personne physique ou morale, résidente ou non-résidente, en vue de la promotion et /ou du développement d'une activité donnée. Elles se matérialisent le plus souvent par des exonérations fiscales et douanières. Il faut entendre par exonérations fiscales<sup>16</sup>, la décharge, totale ou partielle, d'une obligation, d'un devoir, d'une charge fiscale<sup>17</sup>, qui peut résulter de la loi, d'une décision administrative, d'un contrat ou d'une clause<sup>18</sup> d'un contrat<sup>19</sup>.

En matière agricole, les incitations communes à tout investisseur au Cameroun sont maintenues (A) et renforcées par des incitations spécifiques au secteur de l'agriculture (B).

#### **A- Les incitations communes aux agriculteurs et autres opérateurs économiques**

S'il est admis que le droit commun est l'ensemble des règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne sont pas soumises à des règles spéciales ou particulières<sup>20</sup>, les incitations communes font référence à celles qui s'appliquent à tout type d'entreprises qu'elles soient agricoles ou non. En effet, certaines incitations contenues dans le CGI ne relevant pas

---

*comportementale se traduit également par la mise en place de niches fiscales. Une niche fiscale vise à orienter le comportement des contribuables en les incitant à investir dans telle ou telle activité, à affecter une partie de ses dépenses... » ? In CREVEL (P.), « Les limites de la fiscalité comportementale », in *Édito*, 2013, P.5.*

<sup>12</sup> CE, fiche n°1, Décembre 2008, P.1.

<sup>13</sup> KARATAŞ DURMUŞ, « La Fonction Économique De L'impôt », *Law & Justice Review*, Year:7, Issue:13, December 2016, P.8.

<sup>14</sup>FEUDJO (J.R) et DJOUMESSI (F.), « Fiscalité et motivation entrepreneuriale dans le contexte socioéconomique », *Revue Française d'Économie et de Gestion* «Volume 1: Numéro 1», 2000, pp. 1- 26.

<sup>15</sup> Loi n° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun modifiée et complétée par la loi n° 2017. 015 du 12 juillet 2017.

<sup>16</sup>Parfois aussi appelée exonération d'impôt, l'exonération est une exemption de payer un impôt prodiguée par la loi dans certains cas, à des personnes physiques ou des personnes morales.

<sup>17</sup> Par exemple une responsabilité ou une obligation que l'on aurait normalement assumée.

<sup>18</sup> On parle d'exonération conventionnelle.

<sup>19</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, 14ème édition ; PUF, Paris, 2005 ; P. 945.

<sup>20</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, 2013, V° « Commun, une », sens 6.

spécifiquement du domaine agricole peuvent avoir un effet indirect sur l'entrepreneuriat. Il s'agit des allègements fiscaux dont jouit l'entrepreneur à la phase d'installation et pendant la phase d'exploitation de son entreprise. Ces avantages sont susceptibles de motiver l'entrepreneur dans sa décision de création d'entreprise ou une entreprise existante à diversifier son portefeuille d'activité. Ces incitations portent aussi bien sur des exonérations d'impôts à la phase de démarrage (1) que pendant sa phase d'exploitation (2).

### 1- Les incitations à la phase d'installation de l'activité

La phase de création de l'entreprise est au sens de l'article 3 de la loi de 2013, « *la période n'excédant pas cinq ans, consacrée à la construction et à l'aménagement des infrastructures et des équipements nécessaires à la mise en place d'une unité de production* »<sup>21</sup>. À la phase de création de l'entreprise le législateur prévoit de nombreuses mesures incitatives pour attirer des investisseurs. Entreprise à part entière, l'entreprise agricole bénéficie au même titre que d'autres entreprises de ces mesures incitatives à l'investissement. Ces avantages concernent la fiscalité interne et la fiscalité de porte.

S'agissant de la fiscalité interne, le législateur prévoit l'exonération de la contribution des patentes<sup>22</sup> pendant la durée de la phase d'installation et l'exonération des droits d'enregistrement exigibles à la constitution des sociétés<sup>23</sup>.

Quant à la fiscalité de porte, les exonérations portent en grande partie sur les équipements et matériels, en l'occurrence, l'exonération des taxes et droits de douane sur tous les équipements et

<sup>21</sup> Art.3 de la Loi n° 2013/ 004 du 18 Avril 2013 modifiée et complétée par la Loi n° 2017/015 du 12 Juillet 2017 fixant les incitations privées en République du Cameroun.

<sup>22</sup> En principe, toute personne physique ou morale de nationalité camerounaise ou étrangère qui exerce dans une commune une activité économique, commerciale ou industrielle, ou toute autre profession non comprise dans les exemptions fixées par le CGI est assujettie à la contribution des patentes<sup>22</sup>. Dans le souci de susciter et d'encourager les investissements, le législateur camerounais dans la loi portant régime financier de l'État<sup>22</sup> exonère de la contribution des patentes au titre des deux premières années de leur exploitation, les entreprises nouvelles<sup>22</sup>.

<sup>23</sup> Notamment :- exonération des droits d'enregistrement des baux d'immeubles à usage exclusivement professionnel faisant partie intégrante du programme d'investissement ;

- exonération des droits de mutation sur l'acquisition des immeubles, terrains et bâtiments indispensables à la réalisation du programme d'investissement ;

- exonération des droits d'enregistrement des contrats de fourniture des équipements et de la construction des immeubles et installations nécessaires à la réalisation de leur programme d'investissement ;

- exonération des droits d'enregistrement des contrats de concession ;

- exonération des droits d'enregistrement des actes de création ou d'augmentation du capital.

- exonération de la TVA sur les prestations de services liées à la mise en place du projet et provenant de l'étranger;

- exonération de la TVA due à l'importation des équipements et matériels liés au programme d'investissement.

matériels liés au programme d'investissement; l'enlèvement direct des équipements et matériels liés au programme d'investissement lors des opérations de dédouanement<sup>24</sup>.

## 2- Les incitations de la phase d'exploitation de l'activité

Page | 66

La phase d'exploitation est la période de réalisation effective des activités de production elle qui débute pour les nouveaux investisseurs « *dès la fin de la phase d'installation ou avant la fin de celle-ci, dès la commercialisation ou la vente des produits tels que constaté par un arrêté conjoint des ministres en charge des investissements privés, des finances et du commerce ; pour les entreprises déjà installées au Cameroun et réalisant de nouveaux investissements, la phase d'exploitation débute dès la mise en service desdits investissements tels que constatés par un arrêté conjoint des ministres en charge des investissements privés; des Finances et du commerce* »<sup>25</sup>. Pendant cette période d'exploitation, les entreprises bénéficient des avantages fiscaux dont il convient d'examiner le contenu avant d'en apprécier les conditions.

Dans le premier cas, les incitations fiscales sont contenues tant au niveau de la fiscalité interne que la fiscalité de porte : Au niveau de la fiscalité interne, les entreprises<sup>26</sup> bénéficient d'une réduction d'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Cette réduction d'impôt diffère en fonction de la catégorie des entreprises<sup>27</sup>

Pour les entreprises existantes, elles bénéficient d'une réduction de 50% du montant des investissements; d'une exonération des droits d'enregistrement relatifs aux prêts, emprunts, avances en compte courant et cautionnements; d'une exonération de cinq (05) ans<sup>28</sup>; d'un enregistrement gratuit sans perception des droits de timbre gradué sur les actes relatifs à l'augmentation, à la réduction, au remboursement et à la liquidation du capital social, une

<sup>24</sup>Lire à cet effet l'arrêté n° 00366/MINFI/SG/DGI/DGD du 19 novembre 2013 précisant les modalités de mise en œuvre des avantages fiscaux et douaniers de la loi n° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun.

<sup>25</sup> Article.3 de loi n°2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun.

<sup>26</sup> Ne peuvent bénéficier des avantages fiscaux et douaniers prévus dans le présent arrêté au titre d'entreprises nouvelles, les entreprises existantes ayant changé de forme juridique ou de dénomination, même lorsqu'elles justifient d'une nouvelle immatriculation auprès du registre de commerce et du crédit mobilier. Au terme de la période d'exonération, l'investisseur est reversé d'office au droit commun.

<sup>27</sup> De 50 % pendant 05 ans pour les entreprises de catégorie A ; pour celles des catégories B une réduction d'IS de 50 % pendant 05 ans et de 25 % de la sixième à la dixième année ; pour les catégories C, réduction de 75 % pendant 05 ans et de 50 % de la sixième à dixième année.

<sup>28</sup> Une exonération de cinq (05) ans pour les catégories A et B et dix (10) ans pour la catégorie C des entreprises nouvelles

exonération de cinq (05) ans pour la catégorie A et de dix (10) ans pour les catégories B et C ; d'une exonération des droits d'enregistrement sur les actes de transfert de propriété, ou de jouissance immobilière et de baux; une réduction de 50 % pendant (05) ans pour toutes les catégories, de l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers à l'occasion de la distribution des revenus, une réduction de 50 % pendant 05 ans pour les entreprises de la catégorie A, pour les catégories B et C, une réduction de 50 % pendant 05 ans et de 25 % de la sixième à la dixième année ; report des déficits Jusqu'au cinquième exercice suivant celui de leur survenance pour les entreprises nouvelles.

Au niveau de la fiscalité de porte, les entreprises bénéficient de l'exonération des droits de douane à l'importation d'équipements, d'outils, de pièces de rechange, de produits intermédiaires, de fournitures et de consommables n'ayant pas de similaires fabriqués localement, à l'exception des droits, taxes et autres charges de nature non-fiscale ayant le caractère d'une rémunération de service un taux réduit de 5 % pour toutes les entreprises., exonération de la TVA sur l'importation des équipements et matériels industriels.

Les entreprises nouvelles et existantes agréées bénéficient pendant la phase d'exploitation des avantages fiscaux et douaniers en fonction de certains critères. S'agissant des entreprises nouvelles, elles s'engagent à réaliser sur une période de cinq (05) ans au plus, des investissements d'un montant inférieur ou égal à un (01) milliard de francs CFA (catégorie A) et à satisfaire au moins à l'un des critères ci-après :

- créer pendant la phase d'exploitation au moins un (01) emploi par tranche de vingt (20) millions d'investissement dans les secteurs industriel, touristique, artisanal, agricole, de l'élevage et de la pêche.

- générer une activité dont les exportations annuelles représentent au moins 25 % du chiffre d'affaires hors taxes au cours des cinq premiers exercices de production dans les secteurs d'activité ci-dessus ;

- utiliser les ressources naturelles nationales à concurrence d'au moins 20 % (catégorie A) et 25 % (catégorie B et C) de la valeur des intrants dans les secteurs d'activité ci-dessus, à l'exclusion de la main-d'œuvre, de l'eau, de l'électricité et des télécommunications ; - générer une augmentation

de la valeur ajoutée d'au moins 30 % et de 25 % (catégorie B et C) dans les secteurs d'activité ci-dessus.

Quant aux entreprises existantes qui procèdent à des investissements dans le cadre de l'extension de leurs capacités de production, du renouvellement de leur outil de production ou de la transformation de leurs activités, elles bénéficient des avantages fiscaux et douaniers lorsque leurs investissements nouveaux visent soit une augmentation de la production des biens ou des services à concurrence d'au moins 20 % par rapport à la production de l'exercice précédent<sup>29</sup>, soit un accroissement du personnel camerounais à concurrence d'au moins 20 % des effectifs employés avant la mise en place du projet.

Toutefois, le législateur accorde des mesures incitatives particulières pour les entreprises exerçant une activité agricole.

### **B- Les incitations spécifiques aux activités du secteur agricole**

Afin de promouvoir et développer le secteur agricole au Cameroun, le législateur lui a consacré un régime fiscal spécifique. La structure de la fiscalité agricole camerounaise est incitative, car fondée sur une série d'incitations fiscales dont peuvent bénéficier des investisseurs nationaux et étrangers. Les incitations à l'investissement dans le secteur agricole se distinguent selon qu'il s'agisse de l'agro-industrie<sup>30</sup> ou de l'agriculture. La loi du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privée envisage la promotion de l'agro-industrie comme un objectif prioritaire au développement de l'agriculture<sup>31</sup>. De ce fait, elle prévoit un régime incitatif pour les investissements dans le domaine de l'agro-industrie (2) et de l'agriculture (1).

#### **1- Les incitations relatives à l'agriculture proprement dite**

---

<sup>29</sup> Pour la catégorie B la fourchette est la suivante : supérieur à 01 milliard de francs CFA et inférieur ou égal à cinq (05) milliards de francs CFA et supérieur à cinq (05) milliards de francs pour la catégorie C. 4 Les investissements nouveaux doivent être réalisés sur une période de cinq (05) ans dans les secteurs industriel, touristique, artisanal, culturel, sportif, sanitaire, éducatif, énergétique, agricole, de l'élevage et de la pêche, de l'habitat social et du transport urbain.

<sup>30</sup> L'agro-industrie est l'ensemble des industries ayant un lien direct avec l'agriculture. Cela comprend donc l'ensemble des systèmes de productions agricoles et s'étend à toutes les entreprises qui fournissent des biens à l'agriculture ainsi qu'à celles qui transforment les produits agricoles et les conditionnent en produits commercialisables.

<sup>31</sup> Art 14 de la loi N°2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privée au Cameroun.

Les entreprises ayant pour objet une activité agricole bénéficient des avantages fiscaux prévus par le Code général des impôts et la loi sur les investissements. Elles bénéficient également des financements accordés par le budget d'investissement public dont la gestion est confiée au MINADER<sup>32</sup>. Les incitations fiscales relatives à l'agriculture sont en rapport soit avec la terre lieu d'exploitation de l'activité(b), soit le matériel lié à l'exploitation (a). C'est dans cette optique que la loi de finances pour l'exercice 2018 renforce les mesures fiscales incitatives à l'investissement dans le secteur agricole en exonérant certains matériels relatifs à l'exploitation et les terres exploitables pour l'activité de certains impôts.

#### **a- Les exonérations relatives au matériel d'exploitation agricole**

Le matériel d'exploitation désigne l'ensemble des instruments, objets ou équipements utilisés lors de l'exploitation agricole. Il peut s'agir des éléments susceptibles d'être exploités avant utilisation ou des équipements. Ainsi, certaines mesures incitatives portent sur l'exonération de certains impôts en rapport avec le matériel d'exploitation agricole. En effet, la loi de finances pour 2018 dispose que, les entreprises ayant pour activité l'agriculture, l'élevage et la pêche bénéficient des exonérations sur tout le matériel et équipements agricoles ainsi que les intrants<sup>33</sup>,

<sup>32</sup> Les financements du MINADER sont octroyés sur la base du budget d'investissement public de l'État, mais aussi sur la base des fonds mis à disposition par les organismes internationaux d'aide au développement.

Les financements du MINADER sur la base du budget d'investissement public sont intégrés à des programmes de développement de filières agricoles précises [10]. En effet pour chaque filière, il existe un programme dédié octroyant des financements aux entreprises s'employant à la développer.

La principale difficulté qui se pose avec ces financements provient du fait que les conditions d'obtention des financements ne sont pas toujours clairement définies et facilement accessibles. Il faut se rendre dans les locaux du MINADER afin de prendre attache avec le coordonnateur de chaque programme pour obtenir les informations nécessaires à l'obtention d'un financement. Au rang de ces programmes, peuvent être cité à titre illustratif :

- le projet d'appui à la production du matériel végétal de qualité ;
- le projet national d'appui au développement des cultures céréalières ;
- le projet d'amélioration et de gestion de la qualité dans les filières cacao et café («PAGQ2C») ;
- le projet national de structuration et d'accompagnement des producteurs et de vulgarisation agricole («Prosapva») et bien d'autres.

Les principaux organismes internationaux d'aide au développement œuvrant au Cameroun sont la Banque Africaine de Développement («BAD») et l'Agence Française de Développement («AFD»). En 2016 ces deux organismes ont mis à la disposition du Cameroun un peu plus de 100 milliards de FCFA pour développer le secteur agricole. L'AFD s'est particulièrement illustrée dans le cadre du deuxième contrat de désendettement et de développement.

Par ailleurs, ce dernier a également mis en place deux programmes. Le premier est un programme d'appui aux petites et moyennes entreprises agricoles et agroalimentaires. Il vise l'amélioration de l'accès au crédit des petites unités de production et de transformation. Il est réalisé en collaboration avec le MINADER et les institutions de micro-finance. Le second est un programme de gestion des risques agricoles, il met en place des instruments nouveaux permettant de réduire la variation des prix agricoles sur les marchés.

Toutes ces mesures incitatives démontrent à souhait, la volonté de l'État camerounais de développer et rendre attractif son secteur agricole.

<sup>33</sup> Éléments utilisés dans la production d'un bien semi-fini ou fini (matières premières ...).

engrais<sup>34</sup> et pesticides<sup>35</sup> tels que prévu par la réglementation en vigueur<sup>36</sup>. En effet, il s'agit de l'exonération de la TVA sur l'achat des matériels relatifs à l'agriculture notamment sur l'achat des pesticides, des engrais et des intrants utilisés par les producteurs agricoles ainsi que l'exonération de la TVA sur l'achat des équipements et matériels agricoles<sup>37</sup>. A l'analyse, le matériel exonéré porte sur les produits essentiels dont ont besoin les agriculteurs pour améliorer leur rendement. Dans certains pays, à titre de droit comparé, des taxes visent à encourager la limitation des engrais chimiques dans l'optique de réparer les dégâts sur l'environnement. En France par exemple, pour lutter contre les pollutions dues par les engrais chimiques, le centre d'analyse stratégique propose une augmentation de la TVA sur les engrais azotés<sup>38</sup>.

Relativement à l'exonération de la TVA, le Code général des impôts camerounais fournit la liste des équipements et matériels de l'agriculture exonérés de TVA. Celle-ci comprend entre autres : les semences, les engrais, les pesticides, le matériel de préparation du sol, le matériel de plantation, de transformation, d'irrigation et d'emballage<sup>39</sup>.

Outre les exonérations sur le matériel d'exploitation, le législateur a également prévu les exonérations relatives à l'exploitation agricole.

#### **b- Les exonérations relatives à l'exploitation de parcelles agricoles**

Les exonérations relatives à l'exploitation agricole renvoient aux exonérations sur le site d'exploitation de l'activité pour faire référence non pas à la situation géographique de l'activité mais au sol, lieu de la pratique de l'activité agricole. La loi de finances prévoit l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés appartenant aux entreprises agricoles et affectées à cette activité, exclusion faite des constructions à usage de bureau. Selon l'article 577 du code général des impôts, « *la taxe foncière est un impôt établi annuellement sur les propriétés immobilières bâties*

---

<sup>34</sup> Les engrais sont des substances organiques ou minérales, souvent utilisées en mélanges, destinées à apporter aux plantes des compléments nutritifs, de façon à améliorer leur croissance, et à augmenter le rendement de la qualité des cultures.

<sup>35</sup> Les pesticides sont des produits parfois chimiques ou fabriqués à partir des matières naturelles telles que les animaux, des plantes ou des bactéries. Elles servent à protéger les cultures agricoles contre les différentes menaces, afin de limiter les risques de perte de récoltes et donc améliorer leur rendement. Ce sont des substances chimiques utilisées pour lutter contre les parasites animaux ou végétaux nuisibles aux cultures.

<sup>36</sup> Art. 122 de la LF portant exercice de l'année 2018.

<sup>37</sup> Voir en annexe la liste des équipements et matériels exonérés de certains impôts.

<sup>38</sup> Recommandations du centre d'analyse stratégique, 03 avril, 2013.

<sup>39</sup> Cf. code général des impôts mis à jour au 1er janvier 2022, Edition officielle, annexes du titre 1 : Liste des équipements et matériels de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche exonérés de la TVA, pp.68-75.

*ou non, situées sur le territoire camerounais* ». C'est un impôt local créé par l'État camerounais pour soutenir les collectivités territoriales décentralisées. Elle est due annuellement et payable par toute personne physique ou morale propriétaire d'immeubles bâtis ou non, y compris les propriétaires de fait au plus tard le 15 mars de l'année d'imposition. Le législateur fiscal prévoit une exonération de ladite taxe pour les propriétés affectées pour les activités agricoles.

Relativement à l'exploitation agricole, il faut relever l'exonération des droits d'enregistrement des mutations de terrains affectés à l'agriculture. Les droits de mutation à titre onéreux peuvent être définis comme un impôt auquel sont soumises les ventes de biens immobiliers. Ils sont dus par l'acquéreur qui achète le bien immobilier au moment de la signature de l'acte authentique de vente chez le notaire. La mutation en droit désigne le changement de propriétaire d'un bien immeuble soit par vente, soit par héritage, soit par don ou toute autre chose. Les droits d'enregistrement sur les mutations de propriété sont générés soit par la cession des biens meubles ou immeubles, soit par la cession de fonds de commerce. La cession des immeubles génère des droits d'enregistrement qui sont reversés dans un délai d'un mois à compter de la date d'établissement de l'acte. C'est dire que s'agissant des terrains affectés à l'agriculture la formalité de l'enregistrement est car le législateur l'en exonère dans un souci d'encourager la pratique de l'activité agricole.

Outre l'exonération des droits d'enregistrement des mutations, le législateur prévoit la dispense des charges fiscales et patronales versées aux ouvriers agricoles saisonniers par les exploitants individuels. Les charges fiscales et patronales sont des charges supportées par l'employeur dans le cadre de la rémunération des salaires. Il s'agit des contributions versées au Crédit Foncier du Cameroun<sup>40</sup> et au Fonds National de l'Emploi<sup>41</sup>. Elles sont liquidées dans les 15 jours suivant le mois au cours duquel les salaires ont été réglés. Elles concernent les employeurs des secteurs privés et publics. Il est vrai que, pendant la période de récolte ou de cultures, les exploitants individuels peuvent recruter des ouvriers saisonniers. La dispense des charges patronales et fiscales suppose que l'exploitant agricole soit exonéré de la contribution au crédit

<sup>40</sup> Loi n° 77/10 du 13 juillet 1973 portant institution d'une contribution au crédit foncier.

<sup>41</sup> Loi n° 90/05 du 19 décembre 1990 modifiant la Loi n° 77/10 du 13 juillet 1973 susvisée fixant la part de cette contribution destinée au FNE.

foncier du Cameroun sur le salaire de ses employés. Cette exonération concerne uniquement les exploitants agricoles personnes physiques.

L'on note également l'exonération des droits d'enregistrement sur les conventions de prêts destinées au financement des activités agricoles.

## 2- Les incitations à l'investissement dans le domaine de l'agro-industrie

L'agro-industrie renvoie à l'ensemble des industries ayant un lien direct avec l'agriculture. Celles-ci comprennent l'ensemble des systèmes de production agricole et s'étendent à toutes les entreprises qui fournissent des biens à l'agriculture ainsi qu'à celles qui transforment les produits agricoles et les conditionnent en produit commercialisables<sup>42</sup>. Plus simplement, il s'agit de la partie du secteur manufacturier<sup>43</sup> qui transforme les matières premières et les demi-produits provenant du secteur agricole.

La loi n°2013/00 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement envisage la promotion de l'agro-industrie comme un objectif prioritaire au développement de l'agriculture. De ce fait, elle prévoit un régime incitatif pour les investissements dans le domaine de l'agro-industrie au plan fiscal, douanier et financier. Nous nous attarderons uniquement sur le plan fiscal. Au plan fiscal, les avantages fiscaux tiennent sur les exonérations des droits d'enregistrement et de la taxe sur la valeur ajoutée.

Relativement aux exonérations sur les droits d'enregistrement, elles portent aussi bien sur les baux d'immeubles à usage professionnel que sur les actes d'acquisition d'immeubles bâtis ou non, sur les contrats de fourniture des équipements et de construction des immeubles et installations, sur les contrats de concession et enfin sur les actes d'augmentation du capital.

Quant aux exonérations relatives à la TVA, elles sont prévues par l'article 6 *in fine* de la loi sur l'investissement et portent sur les prestations de services liées à la mise en place du projet et provenant de l'étranger et l'importation des équipements et matériels liés au programme

---

<sup>42</sup>FAO (organisations des nations unies pour l'alimentation et l'agriculture), La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture, 1997.

<sup>43</sup> L'industrie manufacturière est un sous ensemble du secteur secondaire, et un sous ensemble de l'industrie. Elle regroupe les industries de transformation des biens, mais aussi la réparation et l'installation d'équipements industriels ainsi que des opérations en sous traitance.

d'investissement.<sup>44</sup> Les incitations douanières consistent en l'exonération des taxes et droits de douane sur tous les équipements et matériels importés liés au programme d'investissement.

Toutes ces mesures incitatives démontrent à souhait, la volonté de l'État camerounais de développer et rendre attractif son secteur agricole. Raison pour laquelle diverses mesures incitatives ayant vocation à booster les investissements dans ce secteur ne cessent d'être prises. Bien qu'il existe un certain nombre de dispositions encadrant les activités se rapportant plus ou moins aux activités agricoles au Cameroun. Ces, multiples textes de lois existants à eux seuls ne suffisent pas à atteindre le pari ambitieux du gouvernement camerounais vis avis de ce secteur, Toutefois, les entrepreneurs agricoles camerounais continuent de se heurter à de nombreuses difficultés.

## II-LA CONSTANCE DES CONTRAINTES FISCALES DANS LES INVESTISSEMENTS DU SECTEUR AGRICOLE

Les pouvoirs publics sont conditionnés dans la définition de la politique fiscale en raison des contraintes de nature économique, culturelle ou institutionnelle, qui réduisent la capacité de cette politique à atteindre ses objectifs. L'impôt peut également engendrer des effets indésirables. Bien qu'elle soit un outil de souveraineté de l'État, d'amélioration de ses revenus et de justice sociale, la fiscalité peut aussi limiter l'entrepreneuriat.

En principe, une incitation est faite pour encourager un comportement donné. Dans la réalité, ce but n'est pas toujours atteint. Il arrive souvent qu'une incitation manque sa cible et réalise un objectif contraire à celui qui lui est assigné. Au lieu d'être facteur de stimulation de la croissance, elle peut devenir un facteur de blocage. De tels effets ont été constatés en Amérique latine, notamment dans la région amazonienne<sup>45</sup>.

Il convient d'examiner les difficultés intrinsèques aux lois en vigueur sur les incitations fiscales (A) et les possibles correctifs (B).

<sup>44</sup> SARADA NYA, « Pratique professionnelle] Cadre juridique des investissements en matière agricole au Cameroun », *La lettre juridique* n°777 du 28 mars 2019.

<sup>45</sup> MEKOUAR (M.A.), « Impacts sur l'environnement des incitations économiques à la production agricole: étude de droit compare », Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Rome, 1985, p.14.

## A- L'étendue des contraintes liées à l'entrepreneuriat agricole

La fiscalité peut constituer un obstacle à la formalisation des entreprises agricoles. En effet, les études empiriques sur la croissance de l'économie informelle montrent que l'impôt et les contributions sociales sont les principaux facteurs qui découragent les micros et petites entreprises d'opérer dans le secteur formel<sup>46</sup>. En ce sens, les incitations peuvent constituer des freins à la compétitivité<sup>47</sup> des entreprises et un obstacle à l'attrait des investissements étrangers.

La nécessité de stimuler la productivité et de promouvoir des réformes a amené le législateur à concevoir des mesures fiscales dont l'objet est moins d'apporter à l'État des revenus fiscaux que d'exercer une pression en vue de mettre en œuvre une politique déterminée et d'orienter les activités agricoles en fonction de cette politique. Toutefois celle-ci se heurte à leur complexité (1), la faible maîtrise de la loi par des exploitants agricoles (2) et surtout la mésentente entre le fisc et l'administration fiscale (3).

### 1- La complexité des mesures fiscales incitatives en matière agricole

La complexité législative renvoie à plusieurs réalités. Tout d'abord, elle fait apparaître une grande diversité de taxes et d'impôts. Ensuite, elle est accentuée par la quantité des modifications apportées aux mesures fiscales. Enfin, la complexité peut également apparaître dans l'application d'une règle.

La complexité fiscale renvoie aux caractéristiques d'une législation dont le nombre des dispositions aussi bien que celui des relations qu'elles entretiennent entre elles sont croissants<sup>48</sup>. En effet, les incitations fiscales posent incidemment le problème de la complexité. La complexité mise en exergue par les diverses incitations prévues par le législateur en matière agricole ne s'éloigne pas des difficultés que pose le manque de lisibilité de la norme fiscale, notamment à travers la multiplication des exceptions et dérogations<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> FEUDJO (J.R.) et DJOUMESSI (F.), «Fiscalité et motivation entrepreneuriale dans le contexte socioéconomique», *Revue Française d'Économie et de Gestion* «Volume 1: Numéro 1», 2000, pp. 1- 26.

<sup>47</sup> Le Word Economic Forum<sup>47</sup> définit la compétitivité comme « l'ensemble des institutions, des politiques, et des facteurs qui déterminent le niveau de productivité d'un pays »<sup>47</sup>. L'impôt peut constituer un frein à la compétitivité des entreprises.

<sup>48</sup> GAUDOIN (D.), « La complexité fiscale, un mal nécessaire ? », *Réalités méconnues*, septembre 2000, P.5.

<sup>49</sup> COLLET (M *Droit fiscal*, Presses Universitaires de France, 2007, P.177.

Toutefois, il serait intéressant que ces régimes particuliers prennent place dans le Code Général des Impôts au titre des dérogations ou des dispositions particulières applicables à certaines catégories d'entreprises ou à certains secteurs d'activités. En effet, la multiplicité des sources de la fiscalité contrarie l'objectif de simplification de la fiscalité énoncé par la Charte des Investissements<sup>50</sup>. La détermination du champ des mesures dérogatoires en matière de fiscalité locale bute sur les limites de l'information disponible.

## 2- La non-maîtrise de la législation fiscale par les exploitants agricoles

La majorité des exploitants agricoles méconnaissent les dispositifs d'incitations fiscales qui s'offrent à eux. Pour diverses raisons, l'exploitant agricole peut être conduit à opérer un choix parmi les incitations fiscales en vigueur. L'efficacité de ce choix est tributaire du niveau de connaissance des textes et mécanismes fiscaux, condition d'une maîtrise du coût de l'information fiscale<sup>51</sup>. De plus, l'organisation des entreprises n'assure pas toujours une autonomie de la fonction fiscale<sup>52</sup>. Pour certaines raisons, des entreprises ne peuvent tirer profit de toute la panoplie d'incitations qu'offre la législation fiscale, ce qui entrave l'efficacité desdites mesures.

Il existe une multitude de choix fiscaux dont la nature et la portée sont très variables. Aux dispositions contenues dans le CGI, s'ajoutent d'autres en termes d'options élargissant l'espace de liberté dont pourrait disposer l'entreprise. Toutefois, il est à noter que l'utilisation par l'entreprise de tout son potentiel d'efficacité fiscale repose sur une bonne connaissance du droit en général et du droit fiscal en particulier. La connaissance du détail de la loi fiscale fait ainsi partie intégrante de la gestion des entreprises<sup>53</sup>. De même, les exploitants agricoles considèrent la règle fiscale comme difficile à connaître, car la présence des textes non expliqués entraîne une incompréhension de la part des gestionnaires et donc une méconnaissance et/ou une réticence aux mesures avantageuses. Jamais l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » n'a été aussi inquiétant, car aucune entreprise ne peut raisonnablement être censée connaître toute la loi fiscale et par conséquent,

<sup>50</sup> ABESSOLO(S.), « Réflexions et propositions pour une fiscalité de développement en Afrique centrale », *Conférence consultative régionale en Afrique* 5 au 7 novembre 2007, Accra- Ghana, P.5.

<sup>51</sup> MFOPAIN (A.), « Le choix des incitations fiscales par les entreprises une étude à partir d'un échantillon d'entreprises camerounaises des villes de Yaoundé et Douala », in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2007/2 n°224-225, pp. 155-166, P.7.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> MFOPAIN (A.), « Le choix des incitations fiscales par les entreprises une étude à partir d'un échantillon d'entreprises camerounaises des villes de Yaoundé et Douala », in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2007/2 n°224-225, pp. 155 à 166, P.7.

mesurer la portée et le coût des différents avantages consentis par le législateur en matière d'investissement ou d'accroissement de productivité. La mise en œuvre des différentes mesures d'incitations dans la gestion de l'entreprise, suppose donc que cette dernière ait une bonne connaissance des dispositions en vigueur. Cependant, une évaluation de leurs choix fiscaux et de leur adéquation à la politique générale s'avère également déterminante.

Les exploitants agricoles pour la plupart investissent dans les zones rurales et ne sont pas édifiés sur les textes fiscaux dans leurs entreprises. Cette méconnaissance des avantages fiscaux paralyse l'effet recherché par le législateur, lequel a institué un régime de faveur pour ces entreprises. Les difficultés d'appréhension de la norme fiscale par les exploitants agricoles sont aussi dues à deux facteurs : une médiatisation insuffisante des mesures fiscales incitatives à l'agriculture mais surtout une incompréhension du rôle de l'impôt par le contribuable.

### **3- L'absence de dialogue entre le fisc et les exploitants agricoles**

Le dialogue entre le fisc et les agriculteurs du point de vue de leurs relations laisse constater une barrière du fait de la réputation répressive de l'administration d'une part et le dialogue inégalitaire entre le fisc et l'exploitant agricole d'autre part.

La réputation s'entend tout simplement de la manière dont quelqu'un ou quelque chose est connu, voire considéré dans un public. C'est donc une opinion favorable ou défavorable du public pour une personne ou quelque chose. La réputation répressive de l'administration fiscale vient de ce que lors des contrôles les entrepreneurs agricoles et l'administration affichent une relation conflictuelle. L'agriculteur voit en l'administration fiscale, une institution s'imposant par des contraintes qui leur sont préjudiciables. Il fait tout pour échapper au fisc quand son intérêt particulier ne coïncide pas avec l'intérêt général. Il voit en l'administration fiscale une sorte de machine infernale destinée à le broyer puis le rejeter après lui avoir fait payer la contribution à laquelle il ne comprend pas grand-chose<sup>54</sup>. Devant une administration qui paraît puissante, complexe et se soucie peu des états d'âmes vis-à-vis de l'impôt, les sentiments éprouvés par les

---

<sup>54</sup> BUBERGE (J.), *La psychologie sociale de l'impôt dans la France d'aujourd'hui*, PUF, 1961, 230 P. cité par IPALA ATANGANA (V/), *La légitimité de l'impôt en droit camerounais*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2021. P.223.

entrepreneurs agricoles sont généralement la méfiance et l'agressivité latente ou manifeste lors des contrôles<sup>55</sup>. Ce qui empêche un véritable dialogue entre les deux protagonistes.

Cela est un droit de communication qui permet au fisc de recueillir sur simple demande, auprès du contribuable ou du tiers déterminé par la loi un certain nombre de documents et renseignements qui lui sont utiles pour établir et contrôler les bases imposables déclarés par le contribuable. Ce procédé régulièrement utilisé par l'administration est détesté des contribuables dans la mesure où le secret professionnel ne peut être opposé à l'administration par le détenteur d'informations.

L'inégalité se comprendra donc ici comme le fait pour des individus en l'occurrence le fisc et les contribuables lors des contrôles ou des déclarations d'avoir des droits qui ne sont pas identiques. Il existerait donc une distinction au niveau des droits de chacun.

Le droit fiscal comme le souligne un auteur<sup>56</sup> est par essence, un droit inégalitaire. On a d'un côté l'administration fiscale qui est l'archétype d'une administration puissante et structurée avec laquelle il est difficile d'entretenir un dialogue égalitaire. Elle n'hésite pas dans l'exercice de ses fonctions de mettre en exergue les prérogatives de puissance publique pour établir son autorité. Le législateur produit des normes à respecter et en maîtrise l'utilisation. L'exploitant agricole par contre prend progressivement conscience du caractère inégalitaire du traitement qui lui est réservé. Pour le contribuable, toute innovation en matière fiscale est tenue comme une aggravation de la charge fiscale au profit de l'État. En cherchant à échapper à l'impôt, le contribuable s'efforce à limiter l'emprise de l'État sur lui au nom de la liberté individuelle. La partie est inégalitaire beaucoup moins en raison des pouvoirs de contraintes dont dispose l'administration, qu'au regard de la capacité de celle-ci à « épouser le terrain » en s'adaptant aux stratégies de rupture développées par le contribuable<sup>57</sup>.

Le développement des situations juridiques<sup>58</sup> ou la charge de la preuve, qui relève normalement de l'administration, incombe au contribuable avec toutes les difficultés que cela comporte.

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> IPALA ATANGANA (V.), *La légitimité de l'impôt en droit camerounais*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2021, P. 401.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Notamment dans le domaine des vérifications approfondies de situations d'ensemble.

Après avoir analysé la mésentente entre le fisc et les contribuables qui se manifeste par des attitudes de résistance. Il ressort que les exploitants agricoles considèrent le fisc comme une source d'appauvrissement.

### **B- La réversibilité des contraintes liées à la fiscalité du secteur agricole**

La réversibilité d'un fait consiste à organiser le retour à l'état initial. Dans cette étude, il s'agit de mettre en exergue les différentes mesures pour surmonter les contraintes fiscales à l'entrepreneuriat agricole. Les mesures fiscales incitatives ne permettent pas à elles seules d'assurer l'attractivité fiscale d'un territoire, les entreprises ayant besoin d'être rassurées sur la protection de leurs investissements. En règle générale, c'est la notion de sécurité juridique qui est mise en avant.

La mise en œuvre des régimes fiscaux incitatifs dans les pays en développement<sup>59</sup> en général et au Cameroun en particulier se heurte à d'énormes difficultés. Dans la pratique notamment, il est difficile de rencontrer des investisseurs agricoles agréés à l'un des régimes fiscaux qui ne cessent de remettre en cause le fonctionnement du système fiscal des incitations<sup>60</sup> dans le pays. Ces écueils limitent ainsi l'objectif recherché par les pouvoirs publics. Il est présenté dans cette partie quelques stratégies d'adaptation aux contraintes décrites à la partie précédente. Il convient d'améliorer cette réalité à travers le renforcement des capacités de l'administration fiscale (1) et l'amélioration du partenariat entre l'agriculteur et le fisc (2).

#### **1- Le renforcement des capacités de l'administration fiscale**

Les supports organisationnel, humain et matériel sont le réceptacle du système fiscal. Ce dernier, pour une application optimale, doit être porté par un ensemble de gestion adapté au dispositif, donc capable d'en atteindre les objectifs et d'en susciter les pleins effets. Toutefois, au Cameroun comme dans certains pays en développement, l'administration fiscale reste une image fidèle de l'administration publique. Il faut reconnaître qu'en matière d'impôts agricoles l'administration fiscale a des déficits liés aux moyens humains et matériels. Mais, leur efficacité

---

<sup>59</sup> Les pays en développement ou pays du Sud sont des pays moins développés économiquement que les pays du Nord ou pays développés.

<sup>60</sup> C'est le constat qui ressort de l'un des dîners - débats du GICAM qui relève : « les différentes mesures fiscales prises jusqu'ici n'ont pas été aptes à soutenir l'investissement de manière durable. Aussi, notre système fiscal actuel continue de faire l'objet de vives critiques », GICAM : « Fiscalité et parafiscalité : Réalités et enjeux », rapport dîners -débat du 2 octobre 2008, p.1.

dans l'exercice de leurs fonctions dépend de leur capacité à mettre en œuvre des politiques qui ne soient pas trop parasitées par des interventions discrétionnaires des gouvernants<sup>61</sup>.

Le développement des capacités administratives constitue aujourd'hui un préalable au choix de la politique fiscale agricole. Pour ce faire, le renforcement de capacités de l'administration fiscale doit permettre d'améliorer le rendement de l'impôt. Il s'agit de faciliter la perception de l'impôt et de rendre efficace le contrôle de l'administration sur le respect des obligations fiscales. L'administration fiscale doit renforcer ses capacités managériales, repenser et réorganiser les services pour améliorer le rendement de l'impôt. Pour ce faire, un changement de paradigme est souhaitable pour passer de la simple administration de l'impôt à son management. Bien plus, la valorisation des ressources humaines contribue au renforcement des capacités individuelles et institutionnelles du pays en vue de son développement économique et social. En effet, la qualité du capital humain d'une administration est devenue l'ingrédient essentiel pour assurer le dynamisme et la compétitivité de l'économie. Le personnel avec des niveaux plus élevés de formation professionnelle développent des habilités et des compétences

Le renforcement des capacités de l'administration fiscale est primordial pour mobiliser davantage de ressources propres destinées au financement du développement du secteur agricole. Pour cause, les caractéristiques d'un système fiscal efficace sont fondées sur cinq grands principes : la simplicité administrative, la flexibilité, l'équité, la transparence, l'efficacité. Ces principes sont les critères d'évaluation d'un système fiscal performant<sup>62</sup>. Le renforcement structurel de l'administration fiscale peut être un facteur décisif de l'efficacité opérationnelle. Comme l'a souligné Gabriel ARDANT, le système fiscal le mieux conçu ne vaut que par l'administration qui le met en œuvre<sup>63</sup>. L'impôt, pour être productif, appelle un minimum d'efficacité dans la liquidation et le recouvrement. Cette condition n'est obtenue que là où une organisation administrative et comptable suffisante permet un contrôle sérieux de la matière imposable et le paiement intégral des impôts dus. C'est dire que la politique fiscale en matière agricole même la mieux conçue serait vouée à l'échec si elle est appliquée par une administration peu performante.

---

<sup>61</sup>YONABA (S.), « Le recouvrement des recettes publiques dans les états africains : un état des lieux préoccupant », *Revue française d'administration publique* n° 144, 2012/4, p. 1043-1051.

<sup>62</sup>STIGLITZ (J.) et WALSH(C.), *Principes d'économie moderne*, 2è éd. De Boeck, 2004, p.357.

<sup>63</sup>ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, Fayard, 1971, p. 858.

C'est pourquoi l'administration doit être en parfaite collaboration avec les exploitants agricoles pour mieux implémenter une meilleure politique fiscale en matière agricole.

## 2- Le partenariat fisc et exploitant agricole

Page | 80

Afin d'établir une relation de partenariat, voire de confiance entre le fisc et le contribuable, un certain nombre de décisions doivent être prises tant au niveau de l'administration fiscale qu'au niveau des exploitants agricoles. Comme on peut le constater, L'administration fiscale, plus que toute autre administration, est à la fois l'origine le vecteur et la cible de comportements souvent irrationnels de la part des citoyens avec lesquels elle est en rapport<sup>64</sup>. Disposant d'un monopole quasi-absolu sur l'assiette et la perception des impôts<sup>65</sup>, l'administration fiscale a pour mission essentielle d'alimenter le budget de l'État, au besoin en recourant à des méthodes coercitives ou inquisitoriales<sup>66</sup>. A ces contraintes viennent s'ajouter l'obligation du formalisme, l'ensemble de ces facteurs contribuant à donner au fisc l'image d'une force menaçante dotée de pouvoirs exorbitants<sup>67</sup>. Le contribuable voit en l'administration fiscale, une institution s'imposant par des contraintes qui leur sont préjudiciables. Il paraît nécessaire de concevoir une structure pour la coordination, l'analyse de la politique fiscale et les conseils à donner en la matière.

C'est dans ce sens qu'il faille mettre en place un cadre d'échanges qui permettra un échange entre le fisc et les exploitants agricoles. La participation aux réunions des commissions doit être ouverte à tous ceux qui en manifestent le désir. Ceci afin de pouvoir obtenir le plus grand nombre d'avis. Les mesures prises à l'issue de cette commission pouvant être de mesures à court terme, et des mesures à moyen terme. Les mesures dites à court terme sont celles qui seront susceptibles d'être intégrées dans la Loi de Finances pour l'exercice suivant. Celles à moyen terme devaient voir leur application différée sur les exercices ultérieurs.

Il serait souhaitable d'arriver à une véritable commission technique de politique fiscale et, où l'intérêt de la politique publique prévaudrait, où serait bannît la discrimination entre administration fiscale et groupement. Cette commission technique regrouperait les représentants de tous ces corps, et serait le véritable architecte de la politique fiscale. Les administrations fiscales

---

<sup>64</sup> GOBEAUT (D.), *L'accès des contribuables à l'information fiscale : de l'action gouvernementale à la pratique administrative*, PUF, Coll. CURAPP, 1979, p.111-127.

<sup>65</sup>GOBEAUT (D.), *Op. Cit.* p.111-127.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup>.MARTINEZ (J-C.), *Le statut de contribuable*, tome I, LGDJ, 1980, p.306.

ne devraient intervenir que pour la mise en œuvre de la politique définie. Pour cela, elles devraient faire passer toutes leurs idées novatrices par ladite commission technique, qui les reprendraient à son compte. Une commission technique forte et bien structurée pourrait amener à parler véritablement de politique fiscale au Cameroun

Il est donc important de promouvoir l'existence d'une stricte collaboration entre les producteurs et les institutions de micro finance pour une harmonisation des systèmes. Le pouvoir politique a tout intérêt à faire ratifier ses choix et L'administration se fait un devoir de faire comprendre son action quotidienne ; elle recherche le consensus autour des valeurs qu'elle véhicule et souhaite l'adhésion des contribuables. Dans cette entre' prise l'administration doit expliquer que l'impôt est nécessaire et que l'action administrative est un mal inévitable

Dès lors, c'est à l'administration fiscale d'aller vers l'agriculteur sans voir - a priori - dans celui-ci un fraudeur en puissance ou un contestataire<sup>68</sup>. Il ne faut pas seulement expliquer l'impôt aux agriculteurs, il faut aussi expliquer l'administration par des échanges réciproques car mettre l'administration en situation de transparence c'est diminuer les tensions, c'est la mettre plus à portée de ces derniers en définitive, c'est l'humaniser<sup>69</sup>.

La participation de l'exploitant agricole à ses échanges n'est jamais totale car les services fiscaux sont juridiquement, les seuls compétents pour déterminer l'impôt à payer. Toutefois, l'agriculteur peut être associé pour avis ou à la prise de décision elle-même : il s'agit de la « participation-consultation » ou de la « participation-décision »<sup>70</sup>.

La représentation socio-professionnelle des contribuables dans les commissions permet d'entretenir un dialogue avec l'administration au sein d'une structure dont l'objectif est de façon non juridictionnelle, de vider un litige. Le principe de cette participation n'est pas remis en question

---

<sup>68</sup> LAMBERT (T.), *Le contribuable face à l'administration fiscale*, PUF, Coll. CURAPP, 1985, P.110.

<sup>69</sup> PARIL SABOURIN, « Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'administration », *Dalloz*, Chronique, 15-3-1978, pp.61-67.

<sup>70</sup> LUKASZEWICZ (J-P.), « La participation des contribuables à l'administration fiscale », *Revue de Science Financière*, 1975, pp. 15-341. Cette participation est codifiée, institutionnalisée au point que le contribuable doit se plier à certaines obligations pour en bénéficier. Les contribuables qui sont imposés, par exemple suivant les régimes forfaitaires d'imposition doivent se plier au rituel de la discussion avec l'agent de l'administration pour déterminer le bénéfice imposable. Ils se plieront d'ailleurs d'autant plus facilement à cette obligation qu'ils en tirent un profit financier substantiel.

car les parties ont tout intérêt à trouver un terrain d'entente à canaliser et à institutionnaliser les tensions qui peuvent résulter de la relation administration-administré.

La socialisation des contribuables s'effectue notamment par la médiation de ces structures par lesquelles circule l'information entre les parties ; le dialogue se poursuit dans le but d'adapter la décision administrative à chaque contribuable et en s'efforçant d'obtenir l'adhésion de celui-ci à la décision finale que prend l'administration. Le contribuable ainsi socialisé n'échappe pas au corollaire du principe déclaratif c'est-à-dire, l'exercice du contrôle administratif.

Il importe dans une autre mesure de développer la conscience citoyenne sur les droits et les devoirs des populations en matière d'impôts. En général, les contribuables agriculteurs se plaignent de payer l'impôt. Il s'agira donc de Renforcer et développer une communication sensibilisation efficace dans l'opinion sur l'importance de l'impôt et son rôle social.

### **Conclusion**

Au terme de cette étude, il convient de noter qu'il existe une corrélation positive entre les mesures fiscales incitatives et le comportement entrepreneurial en matière agricole. Le système fiscal consacre d'incitations fiscales en faveur des entreprises à leur phase d'installation et temporairement à leur phase de développement.

Fiscalité et agriculture sont, depuis toujours, étroitement liées. L'une et l'autre n'ont cessé de former un couple solidaire, uni par les liens d'interdépendance. Le couple est inséparable autant que fécond; à travers les âges, Et si l'agriculture a su habilement puiser ses ressources dans la fiscalité, elle l'a aussi, en retour, bien souvent servi. Cependant, la cohabitation n'a pas toujours été des plus sereines: des antagonismes ont épisodiquement jalonné leur histoire commune. Féconds mais antagoniques, les rapports entre l'agriculture et la fiscalité l'ont été et continuent de l'être, à des degrés divers, à la faveur du respect ou de la rupture d'équilibres instables, délicatement recherchés entre les exigences croissantes de l'une et les capacités limitées de l'autre. L'évolution qui se dessine au sein du couple agriculture/fiscalité suscite moins d'espoirs que d'inquiétudes quant à son devenir: progressivement, l'entente s'estompe, la mésentente s'accroît. Les risques inhérents à une telle évolution sont maintenant parfaitement connus. Aujourd'hui encore plus qu'hier, l'étroite corrélation qui existe nécessairement entre la qualité de fiscalité et le développement de l'agriculture apparaît d'une manière si évidente aux yeux de tous qu'il serait sans

doute superflu d'en souligner ici la force de nouveau. Cependant, un sentier est resté jusqu'ici relativement vierge: celui des impacts sur l'environnement des mesures d'incitation à la production agricole. Dans quelle mesure les stimulations d'ordre fiscal, prodiguées à l'agriculture en vue d'accroître sa production, peuvent-elles se traduire par des effets pervers, ou bénéfiques, sur l'environnement?



**L'émergence des droits fondamentaux de l'enfant au Mali***The emergence of the fundamental rights of the child in Mali*

Par:

**COULIBALY Youssouf Z**

Docteur en droit public

Maitre-assistant

Université des sciences juridiques et politique de Bamako (Mali)

**DEMBELE Alpha Yaya**

Docteur en droit écologique international et développement durable,

Enseignant vacataire de l'Université des sciences sociales et de gestion de Bamako (Mali)

**COULIBALY Alou**

Docteur en droit privé,

Enseignant vacataire de l'Université des sciences juridiques et politique de Bamako (Mali)

**Résumé :**

*L'étude envisage, d'améliorer les lacunes des textes juridiques de la protection des droits de l'enfant. L'application des textes législatifs souffrent 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 de l'enfant.*

*En matière pénale, l'application des conventions ratifiées par le Mali, donne une garantie concernant la justice pénale. L'amélioration des droits de l'enfant a pris de l'ampleur ces derniers temps. Ces derniers, sont victimes de nombreuses violences qui bloquent et altèrent leur bon développement. Certes, il est très positif que, dans le monde d'aujourd'hui, contrairement à d'autres époques de l'histoire, les mauvais traitements physiques infligés aux enfants soient universellement condamnés par des textes en vigueur.*

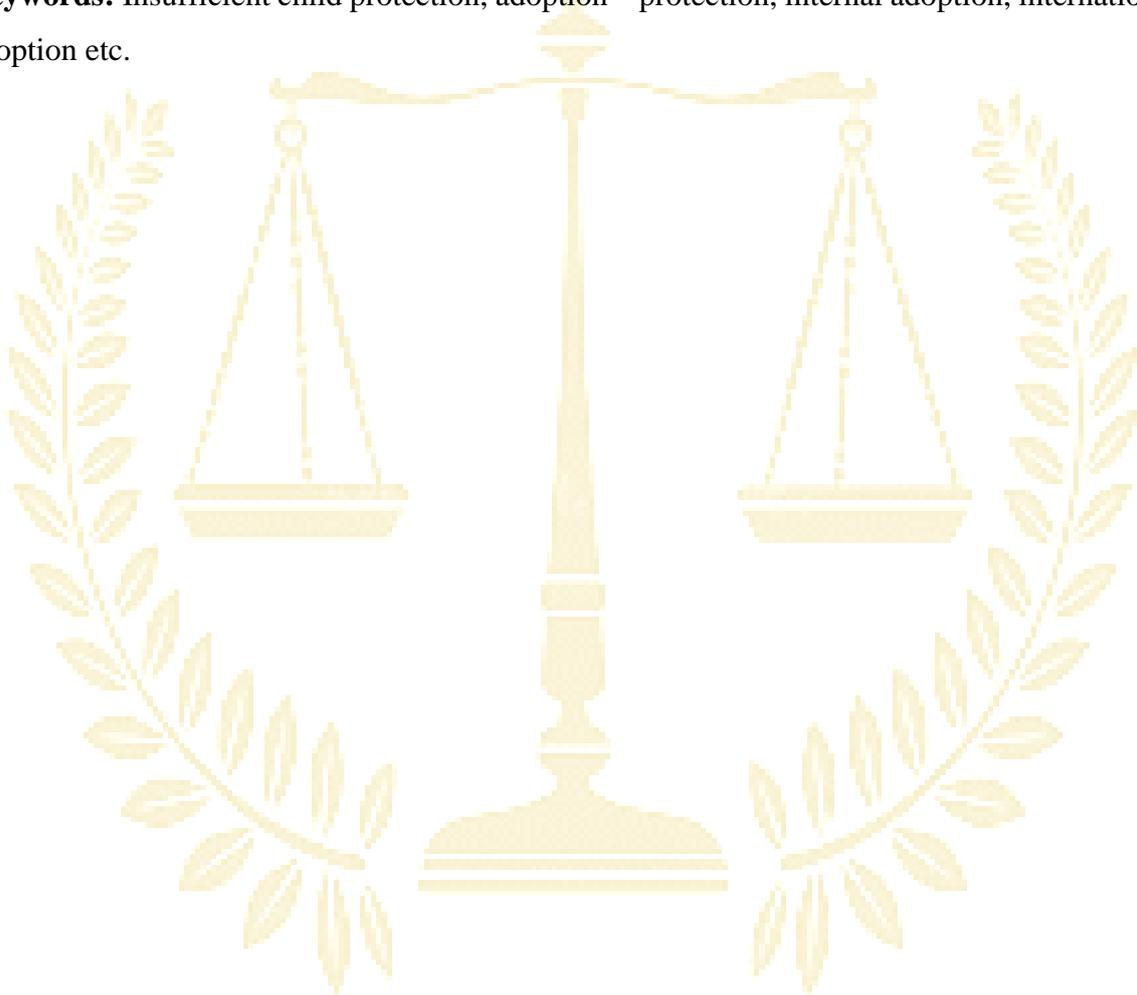
**Mots clés :** l'insuffisance de la protection de l'enfant en matière pénale et civile.

**Abstract :**

*The study envisages improving the gaps in legal texts for the protection of children's rights. The application of legislative texts suffers from a lack of balance and coherence both in therefore, it does not present a guarantee sufficient child protection. In criminal matters, the application of conventions ratified by Mali provides a guarantee concerning criminal justice. The improvement of children's rights has gained momentum in recent times. The latter are victims of numerous forms of violence which block and alter their proper development.*

Page | 85

**Keywords:** Insufficient child protection, adoption – protection, internal adoption, international adoption etc.



## Introduction

La lecture de l'article 2 du code de la protection de l'enfant<sup>1</sup>, retient de l'enfant une personne humaine âgée de moins de dix-huit ans et qui n'a pas encore atteint l'âge de la majorité par des dispositions spéciales.

Page | 86

Notre société est entrain de prendre conscience, surtout depuis quelques années, qu'en dépit du sentimentalisme diffus, typiquement italienne, à l'égard des enfants<sup>2</sup>. Ces derniers sont victimes de nombreuses violences qui bloquent et altèrent leur bon développement.

De plus en plus souvent, nous apprenons quotidiennement par les moyens de communication de masse avec des détails qui nous horrifient et suscitent en nous de profondes réactions morales, que des parents, ayant décidé de renoncer à la vie, se croient le pouvoir ou le devoir d'entraîner leurs enfants dans la mort (c'est ce qu'on appelle le meurtre altruiste) ; que des enfants sont brutalement battus et soumis à des sévices jusqu'à ce que la mort s'ensuive et ce souvent pour des raisons futiles ; que des nouveaux nés sont jetés à la poubelle comme des rebuts sans aucune valeur ; que des enfants sont victimes de violences sexuelles ; que certains sont abrutis de drogues ou de tranquillisants pour qu'ils ne perturbent pas la vie des adultes ; que d'autres sont vendus comme des marchandises au plus offrant ou exploités dans la prostitution, la pornographie, la mendicité, la délinquance, le travail précoce ; que d'autres encore ont été conçus dans le seul but d'utiliser leurs organes ou sont enlevés pour fournir des « pièces de rechange »<sup>3</sup> à l'usage de personnes qui ont les moyens de s'acheter de quoi retrouver leur intégrité physique.

Si telle est la réalité qui péniblement se fait jour, pouvons-nous croire que notre société soit vraiment civilisée ?

Certes, il est très positif que, dans le monde d'aujourd'hui, contrairement à d'autres époques de l'histoire, les mauvais traitements physiques infligés aux enfants soient universellement condamnés et que les « maltraitants » soient voués à l'exécration publique comme des « brutes » et « monstres ». Et c'est assurément un fait positif que, dépassant des refoulements ancestraux, l'on commence à reconnaître que les relations entre adultes et enfants ne sont pas toujours empreintes d'affection ni de respect ; qu'à la prétendue tendresse exubérante à l'égard des enfants se substituent souvent ou sont associées les violences sadiques ; que l'amour pour l'enfant n'empêche pas l'explosion de la haine et ni de l'agressivité

---

<sup>1</sup> L'ordonnance n°02-062 –P-RM du 05 Juin2002 portant code de protection de l'enfant au Mali.

<sup>2</sup> La convention des nations unies sur les droits de l'enfant donne la définition du mot « enfant » dans son article 1<sup>er</sup>. Selon cet article, l'enfant s'entend de tout être humain de moins de dix huit ans, sauf si la majorité est atteinte plutôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

<sup>3</sup> Alfredo Carlo Moro « L'enfant sans droits» Edition Fayard-Paris 1992 page1.

de l'adulte envers qui le dérange et est perçu comme rival ; qu'au concept d'aide de la croissance se substitue souvent un obscur sentiment de possession qui se manifeste par l'intime conviction de pouvoir faire ce que l'on veut de qui est notre enfant, que la fonction éducative est souvent remplacée par une fonction de dressage ou, pis, d'asservissement.

Le Mali, soucieux du devenir des enfants a ratifié la convention des nations unies sur les droits de l'enfant et a ainsi pris position pour la défense, la garde, l'éducation, l'épanouissement, le développement de l'enfant.

Le gouvernement malien s'est donc engagé à protéger les enfants contre tous les dangers auxquels ils sont exposés « guerre, famine, violence, discrimination raciale, agression »

Afin de mieux accomplir sa mission de protecteur des enfants, le gouvernement malien s'est lancé le défi de faire respecter les droits des enfants.

Ainsi le problème s'est-il posé de savoir comment protéger un enfant contre les tierces personnes étant donné qu'il ne l'était contre ses parents.

Cette question présente un grand intérêt si nous savons que le père et mère de l'enfant sont chargés, de son éducation, de sa surveillance, de sa garde, de sa direction et même de sa correction.

Les expressions « droit des enfants » et « droit à l'enfant » sont distinctes l'une de l'autre. Si « le droit de l'enfant » renvoie schématiquement aux règles de protection de l'enfant, à ses prérogatives, « le droit à l'enfant » est le droit d'avoir un enfant. Un droit de créance dont pourraient se prévaloir les parents à qui il profite vis-à-vis de l'enfant, qui dans ce cas est un sujet possessif. C'est pareille distinction qu'a opérée Monsieur Pierre BOLZE au sujet des expressions « droit de la preuve » et « droit à la preuve »<sup>4</sup>.

Il est sîed de souligner que la protection de l'enfant conçu fait aujourd'hui jaillir une polémique autour du droit de l'enfant à la vie face au développement des droits et libertés de la mère, Les difficultés pratiques de la protection l'existence biologique naissent de la prise en compte de la volonté des parents dans l'acte de procréation. Cette volonté se traduit par la liberté parentale de procréer. Monsieur Ingo RICHTER parle d'ailleurs de « la liberté de procréer, de concevoir et d'enfanter »<sup>5</sup>, qui se décompose en deux droits : Le droit de procréer et celui de ne

<sup>4</sup> BOLZE (P.), Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, Thèse, Nancy 2, 2010, p. 11.

<sup>5</sup> RICHTER (I.), « Droit constitutionnel et conception de la famille », in Droit constitutionnel et vie privée, Recueil des cours, ACADEMIE INTERNATIONALE DE DROIT CONSTITUTIONNEL Tunis, Vol. XVII, 2008, p. 373.

pas procréer<sup>6</sup>. C'est une « liberté positive »<sup>7</sup> face à une « liberté négative »<sup>8</sup>. Dès lors, le problème se pose de deux façons. L'une se rapporte à la Procréation Médicalement Assistée.

L'inventaire effectué des droits fondamentaux de l'enfant met en exergue les droits à la vie, à la dignité, à l'égalité, à l'éducation et à la justice<sup>9</sup>.

L'efficacité du degré de protection juridique des droits fondamentaux dans un système juridique, repose majoritairement sur le dispositif opérationnel en droits privé et pénal<sup>10</sup>.

En ce qui concerne les affaires pénales, le Procureur de la République ou la victime du crime peut mettre en mouvement une action publique. Lorsque<sup>11</sup> l'action publique est intentée par le bureau du Procureur, la victime a le droit de former une action civile. Toutes les personnes ayant personnellement souffert de dommages causés directement par le crime peuvent intenter une action civile<sup>12</sup>, et les dommages réclamés peuvent être corporels, matériels ou moraux. La victime peut rejoindre les procédures pénales en tant que partie civile<sup>13</sup>, ou intenter une action civile en parallèle de l'action publique.

Dans ce cas, l'affaire est traitée comme une affaire civile, mais elle est déférée jusqu'à ce que l'action publique soit définitivement jugée. Si l'État n'enquête pas ou ne poursuit pas correctement un crime, une victime peut aussi lancer une procédure en déposant une plainte directement auprès du tribunal compétent. Une action civile est automatiquement déposée en parallèle de cette plainte<sup>14</sup>.

Des procédures de protection de l'enfant concernant un enfant à risque peuvent commencer au tribunal pour enfants à la demande de l'enfant lui-même, d'un parent, d'un tuteur ou d'un gardien, de tout organisme veillant aux droits de l'enfant, du Procureur de la République, d'un des nombreux départements de l'État ou de toute institution publique ou privée ayant accueilli l'enfant<sup>15</sup>. Le Code de protection de l'enfant fait référence à plusieurs situations considérées comme difficiles et menaçantes pour la santé de l'enfant, son développement et son intégrité morale ou physique :

<sup>6</sup> BLONDEAU-DEBRIGODE (E.), La famille monoparentale et la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 15 ; RICHTER (I.), « Droit constitutionnel et conception de la famille », idem, p. 375.

<sup>7</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), Le droit de la bioéthique, Paris, éd. LA DECOUVERTE, 2009, p. 49.

<sup>8</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), Le droit de la bioéthique, idem, p. 57.

<sup>9</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p.62

<sup>10</sup> Doyen BEIGNIER dans l'ouvrage basique d'introduction au droit. BEIGNIER (B) et BLERY (C.), Introduction au droit, op. cit., p. 57.

<sup>11</sup> Code de procédure pénale au Mali, Titre I, Chapitre I, Art. 3.

<sup>12</sup> Ibid., Art. 4.

<sup>13</sup> Ibid., Art. 5.

<sup>14</sup> Ibid., Art. 6.

<sup>15</sup> Ibid. Titre II, Chapitre VI, Art. 62.

- La mort des parents de l'enfant, qui reste alors sans support familial ;
- l'abandon de l'enfant ;
- l'exposition de l'enfant à la négligence ou au vagabondage ;
- le manque continu et connu d'éducation et de protection de l'enfant ;
- l'abus régulier de l'enfant ;
- l'exploitation sexuelle de l'enfant ;
- l'exposition de l'enfant à des abus sexuels, à la mendicité et à l'exploitation économique, au crime organisé, à un conflit armé ou à des pratiques malsaines ;
- l'incapacité des parents ou tuteurs à assurer la protection et l'éducation de l'enfant<sup>16</sup>.

De plus, le Tribunal pour enfants peut se saisir lui-même<sup>17</sup>.

Les plaintes administratives peuvent être déposées auprès d'un des trois tribunaux administratifs du Mali. Ils ont le pouvoir de vérifier la légalité des lois administratives, de recevoir des demandes d'annulation d'actions entreprises par les autorités administratives, et de statuer sur les dommages causés par les actions de l'administration<sup>18</sup>.

Ainsi, la Commission Nationale des Droits de l'homme (la CNDH) est un organisme de surveillance et de consultation auprès duquel des personnes physiques peuvent aussi déposer des plaintes concernant des violations des droits de l'homme et qui peut également examiner de telles situations de son propre chef<sup>19</sup>.

Les individus, y compris les enfants victimes, leurs parents ou représentants légaux, groupes, ou ONG reconnues par l'Union Africaine, peuvent soumettre des plaintes (encore appelées « communications ») au Comité africain d'experts sur les droits et le bien être de l'enfant (« le Comité africain »), au sujet de violations de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (« la Charte africaine de l'enfant »)<sup>20</sup>. Toutes les voies de recours nationales

<sup>16</sup> Ibid., Chapitre I, Art. 50.

<sup>17</sup> Code de protection de l'enfant (Mali), Titre II, Chapitre IV, Art. 78.

<sup>18</sup> « Guide to legal research in Mali », Globalex, juillet 2008, (en anglais) disponible sur : <http://www.nyulawglobal.org/Globalex/Mali1.htm>. In fine rapport White & Case LLP en langue anglaise en juillet 2015 (il est disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/node/41744/>). Cette traduction a été fournie par Translators without Borders et peut avoir été ultérieurement modifiée par Child Rights International Network (CRIN) pour en assurer la conformité avec le texte original.

<sup>19</sup> Loi n° 09042 du 19 novembre 2009 relative à la Commission Nationale des Droits de l'Homme, Art. 2, disponible sur : <http://www.cndhmali.org/images/stories/PDF/loic.pdf>.

<sup>20</sup> Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (« la Charte africaine de l'enfant »), article 44, disponible sur : <http://acerwc.org/?wpdmdl=8412>. Pour plus d'informations sur les communications, voir : <http://acerwc.org/thecommitteeswork/communications/>. In fine rapport White & Case LLP en langue anglaise en juillet 2015 (il est disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/node/41744/>). Cette traduction a été fournie par Translators without Borders et peut avoir été ultérieurement modifiée par Child Rights International Network (CRIN) pour en assurer la conformité avec le texte original.

doivent avoir été épuisées avant de saisir le Comité africain<sup>21</sup>. La plainte doit inclure, entre autres, le nom de la personne la déposant ou, dans le cas d'une ONG, le nom du représentant légal. Si le plaignant souhaite rester anonyme, il doit en faire la demande et en expliquer les motifs<sup>22</sup>.

Le Comité africain conduira une enquête et statuera sur le fond de l'affaire, et pourra faire des recommandations à l'État. Celle-ci pourront inclure une réparation des dommages soufferts par la victime, ainsi que des mesures afin d'éviter une répétition de la violation<sup>23</sup>.

Lorsque les valeurs véhiculées par les normes supérieures ne s'appuient pas sur des mécanismes adaptés et cohérents en droit interne<sup>24</sup>, la mission de protection est difficilement réalisable. Dès lors, comment le droit privé réagit-il face à ces droits fondamentaux de l'enfant ? Comment leur protection est-elle garantie ? Leur préciosité influence-t-elle l'existence d'un régime de protection spéciale<sup>25</sup>, exempt de travers et de contradictions ? Il importe de dérouler avec leurs imperfections, les mesures de protection prévues en matière civile (I), complétées et consolidées par les mesures instituées en matière pénale.

(II).

### **I- UNE PROTECTION IMPARFAITE EN MATIERE CIVILE, SOURCE DE PRECARITE**

La matière civile est régie par le Droit dit « civil ». Le droit civil en tant que branche du droit privé reste un domaine assez étendu. Messieurs CHEVALIER et BACH l'expriment par le vocable « vaste », précision faite du rapport étroit qu'il y a avec la personne humaine, qu'il

<sup>21</sup> Le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, « Communications », disponible sur : <http://acerwc.org/thecommitteeswork/communications/>.

<sup>22</sup> War Resisters' International, Bureau des Quakers auprès des Nations Unies à Genève, Conscience and Peace Tax International et le Centre CCPR, 'African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child: communication procédure', 2012, disponible en anglais sur : <http://coguide.org/mechanism/africancommitteeexpertsrighsandwelfarechildcommunicationprocedure>. In fine rapport White & Case LLP en langue anglaise en juillet 2015 (il est disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/node/41744/>). Cette traduction a été fournie par Translators without Borders et peut avoir été ultérieurement modifiée par Child Rights International Network (CRIN) pour en assurer la conformité avec le texte original.

<sup>23</sup> Rapport White & Case LLP en langue anglaise en juillet 2015 (il est disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/node/41744/>). Cette traduction a été fournie par Translators without Borders et peut avoir été ultérieurement modifiée par Child Rights International Network (CRIN) pour en assurer la conformité avec le texte original.

<sup>24</sup> KLOEPFER (W.), La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne, op. cit., pp. 43-44. ; MINKOA SHE (A.), Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun, op. cit., n° 233 ; BOUKOUNGOU (J. D.), « La vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux : lecture des pratiques africaines », op. cit., pp. 131-132.

<sup>25</sup> BREILLAT (D.), Libertés publiques et droits de la personne humaine, op. cit., p. 25. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 190.

suit de la naissance jusqu'à la mort<sup>26</sup>. Cette considération, propre à la conception rationae personae, insiste sur l'approche subjective du droit civil<sup>27</sup>.

A coté, il existe une conception rationae materiae qui met l'accent sur la diversité des thèmes régis par le droit civil à savoir, les personnes, les biens, les obligations, la famille (régimes matrimoniaux et successions), les sûretés.

Pris par son versant subjectif, le droit civil organise la protection basique de l'individu dès l'enfance. L'articulation de cette protection semble depuis toujours dominée par les caractères des droits fondamentaux<sup>28</sup>.

Nous examinerons l'imperfection de la protection de l'existence de l'enfant en (A) et la discrimination de la filiation à l'égard de l'enfant en (B).

### **A- L'imperfection de la protection de l'existence de l'enfant**

L'existence de l'enfant comme celle de toute personne humaine est le point de départ de l'activité juridique. Pour jouir de quel que droit qu'il soit, il faut d'abord exister soi même<sup>29</sup>.

Parmi les droits fondamentaux de l'enfant, les premiers et les plus immanents, attachés à l'individu sont, le droit à la vie et le droit à la dignité<sup>30</sup>. La survie n'est correcte que si elle s'opère conformément à la dignité de l'enfant. C'est l'esprit qui gouverne les mesures prévues en droit civil. Ces mesures tantôt régulières, tantôt exceptionnelles sont aujourd'hui dominées par leur insuffisance aussi bien lorsqu'elles concernent l'existence biologique (1°) que l'existence juridique (2°).

#### **1- La protection imparfaite de l'existence biologique**

L'existence biologique de l'enfant précède son existence juridique. C'est la période où la vie est potentielle<sup>31</sup>. Elle est perceptible à travers la grossesse de la mère, signe extérieur de la présence en son sein d'un fœtus dont assurance et preuve ne peuvent être faites que biologiquement ou scientifiquement. Il est établi en droit que l'enfant est protégé

<sup>26</sup> CHEVALIER (J.) et BACH (L.), Droit civil, op. cit., p. 29, note n°3.

<sup>27</sup> BUFFELAN-LANORE (Y.), Droit civil, op. cit., p. 18.

<sup>28</sup> TERRE (Fr.), « Sur la Notion de libertés et droits fondamentaux », op. cit., n° 17.

<sup>29</sup> STASI (L.), Droit civil-Personnes, Incapacités, Famille, op. cit., p.7. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 192.

<sup>30</sup> La vie et la dignité sont liées parce que le droit à la vie s'accompagne du droit à la survie et au développement (Art. 5, CDE et de la CADBE).

<sup>31</sup> MEVOUNGOU NSANA (R.), « L'enfant dans un Etat de droit : le cas du Cameroun », op. cit., p. 338.

exceptionnellement<sup>32</sup> dès sa conception. L'originalité des mesures de protection existantes fait aujourd'hui face à des difficultés pratiques<sup>33</sup>.

Avant la naissance, la protection juridique de l'enfant s'exerce au moyen d'une fiction juridique<sup>34</sup> qui tranche le débat sur le point de départ de la vie. Au nom de l'intérêt, mieux, de l'intérêt supérieur de l'enfant, la protection de l'enfant simplement conçu est présente dans deux règles civiles : la considération de la période légale de conception et la règle de l'infans conceptus.

S'agissant de la période légale de conception<sup>35</sup>, la règle de la période légale<sup>36</sup> de conception<sup>37</sup> est une illustration parfaite de la place du temps en droit de la filiation<sup>38</sup>.

C'est dans cet intervalle de 121 jours que l'on situe la date présumée de la conception<sup>39</sup>. Elle est valable aussi bien en tant que présomption sur la durée de la grossesse que comme présomption relative à la date de la conception<sup>40</sup>, en fonction de l'intérêt de l'enfant<sup>41</sup>.

Au sens du Code civil applicable, la recherche de la période légale de conception permet de compléter les conditions nécessaires à la détermination ou non, de la légitimité de l'enfant à l'égard de son père<sup>42</sup>. Lorsque la période légale de conception coïncide avec la période de présence du père dans le foyer ou la période vie stable du couple, les contestations de la légitimité de l'enfant deviennent inopérantes car l'« action en désaveu n'est pas admise » (Art. 313, paragraphe 3 du C. civ. Appl.) Or cette référence ne suffit pas à rétablir la présomption *pater is est* [...] <sup>43</sup>.

<sup>32</sup> TEYSSIE (B.), Droit civil- les personnes, Paris, LEXIS NEXIS, 2012, n° 18 et 19 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil-les personnes, op. cit., n° 13 ; STASI (L.), Droit civil-Personnes, Incapacités, Famille, idem.

<sup>33</sup> SAWADOGO (F. M.), « L'avortement : Ethique et droit. », in [http://www.cerbaso.org/textes/congres/acte\\_congres99/avortement\\_filiga99.pdf](http://www.cerbaso.org/textes/congres/acte_congres99/avortement_filiga99.pdf), consulté le 16/12/2010.

<sup>34</sup> ISSA-SAYEGH (J.), Les fictions juridiques en droit privé, Thèse, Dakar, 1968.

<sup>35</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 193.

<sup>36</sup> La période légale de conception est incidemment énoncée par le Code civil applicable en ses articles 312 à 316 relatifs à la filiation des enfants nés dans le mariage.

<sup>37</sup> Article 312 du code civil « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

<sup>38</sup> HIGY (C.), Le temps en droit de la filiation, Thèse, Strasbourg, 2010, n° 7 et 8. Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 193.

<sup>39</sup> HAUSER (J.), La filiation, DALLOZ, Paris, 1996, p. 12 ; BENABENT (A.), Droit de la famille, Paris, 2e éd., MONCHRESTIEN, 2011, p. 370 et n° 879.

<sup>40</sup> CHEVALIER (J.) et BACH (L.), Droit civil, op. cit., pp. 267-268.; STASI (L.), Droit civil-Personnes, Incapacités, Famille, op. cit., pp. 188-189.

<sup>41</sup> HUET WEILLER (D.), LABRUSSE (C.) et VAN CAMELBEKE (M.), La filiation, in Jurisprudence Française, (s/dir. Pr. René RODIERE), LITEC DROIT, Paris, 1981, p. 3 ; Des jurisprudences l'avaient retenues depuis le 19e s. (Cass. civ, 23 novembre 1842 : S. 1843, 1, 5. ; Req., 23 septembre 1940 : D. C. 1941, 4, note LALOU, S. 1941, 1, 1, note ESMEIN.).

<sup>42</sup> MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil-les personnes, op. cit., pp. 168-169.

<sup>43</sup> La formule complète est : *pater is est quem nuptiae demonstrant*. ROLAND (H.), Lexique juridique. Expressions latines, Paris, 5e éd. LITEC, 2010, p. 260.

Au cas où la période légale de conception de l'enfant correspond à la période de rupture de vie commune entre les époux soit, en raison de la séparation de corps légale ou factuelle, soit du divorce ou du décès du mari de la mère<sup>44</sup>. On peut tout aussi s'en référer pour clarifier le statut personnel d'un enfant à la filiation douteuse et sauvegarder ses droits<sup>45</sup>. Concernant La règle de l'infans conceptus<sup>46</sup>, ce qui est considéré comme règle de l'infans conceptus est un adage<sup>47</sup> latin classé en droit au rang de maxime<sup>48</sup> qui a d'ailleurs été érigée en 1985 par la jurisprudence civile française<sup>49</sup> en « principe général de droit »<sup>50</sup>.

Dans son acception originelle, infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur signifie que, l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt<sup>51</sup>.

Le droit de la filiation est le théâtre de nombreuses oppositions<sup>52</sup>. L'une qu'on pourrait qualifier de verticale entre la filiation légitime et la filiation illégitime ou entre la filiation biologique et la filiation artificielle, et l'autre qu'on pourrait qualifier d'horizontale au sein de la même catégorie de filiation<sup>53</sup>.

Les règles d'établissement des filiations s'accompagnent de conséquences juridiques. Quel que soit le type de filiation choisi, il naît entre les père et mère puis l'enfant, une relation légale de type hiérarchique que l'on appelle couramment l'autorité parentale, mais que le texte désigne par l'expression puissance paternelle<sup>54</sup>.

## 2- La protection insuffisante de l'existence juridique

<sup>44</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA., Comme on peut le constater, la période légale de conception, n'est généralement recherchée que pour consolider une action en désaveu de paternité. p. 194.

<sup>45</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.), Les droits de l'enfant, op. cit., pp. 41-42.

Il est normal que l'enfant soit élevé par des parents, mais il est de son intérêt supérieur que lesdits parents soient, dans la mesure du possible, ses parents réels, en vertu du droit de l'enfant d'être élevé par ses géniteurs.

<sup>46</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 194.

<sup>47</sup> TERRÉ (Fr.), op. cit., p. 337 ; TEYSSIÉ (B.), op. cit., p. 12 ; MEVOUNGOU NSANA ( R.), op. cit., p. 340.

<sup>48</sup> DONNIER (M.), op.cit., p. 1 ; CORNU (G), 11e éd., op. cit., n° 461 ; MEVOUNGOU NSANA, idem, p. 341.

<sup>49</sup> Cass. Civ. 1ère 10 décembre 1985. D. 1987, 449, note G. PAIRE ; RTDC 1987, p. 305, obs. J. MESTRE.

<sup>50</sup> MANDELKERN (S.), « Statut juridique de l'embryon et du fœtus », op. cit., p. 17.

<sup>51</sup> C'est la même idée contenue dans la plupart des droits positifs : (l'enfant conçu tenu pour né (Articles 212, 1699, 1757, 1923, 2344 du Code Civil Allemand. Articles 134, 482, 541 du Code Fédéral Suisse etc. ... ) ; A propos de cet adage, SERIAUX (A.), « Infans conceptus... » Remarques sur un univers juridique en mutation », in Le droit, la médecine et l'être humain, PUAM, p. 53 ; LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Infans conceptus ». Existence physique et existence juridique », Rev. Hist. Droit, 1994, p. 499 ; HENNETTE-VAUCHEZ (S.), Le droit de la bioéthique, Paris, éd. LA DECOUVERTE, 2009, p. 16 ; DOUCET (J.-P.), « Adages classiques, formules juridiques en Latin », <http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>, consulté le 21/10/2010 ; TERRÉ (Fr.) et FENOUILLET (D.), Droit civil. Les personnes, Paris, 8e éd., DALLOZ, n° 21.

<sup>52</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA. P. 230.

<sup>53</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA : LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS. p. 230.

<sup>54</sup> On croirait les travaux rédigés à cette époque, anachroniques parce que donnant valeur à une notion qui n'est plus d'usage dans plusieurs droits positifs contemporains. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA. P. 233.

L'existence juridique de l'enfant est l'étape à franchir dès qu'il vient au monde. La personnalité juridique est définie comme l'aptitude à être sujet de droits c'est-à-dire, titulaire de droits et soumis aux obligations<sup>55</sup>. Elle est reconnue à toute personne physique de façon originelle<sup>56</sup>, mais aussi aux personnes morales<sup>57</sup>. Ce nouveau statut impose l'imminence de l'application des règles de la personnalité juridique, qui jusqu'à lors, était embryonnaire et potentielle<sup>58</sup>. L'acquisition est soumise à des conditions de fond et de forme. Les conditions de fond sont propres à l'enfant. L'état dans lequel il vient au monde est clairement déterminé : Il faut que celui-ci soit né vivant<sup>59</sup> et viable<sup>60</sup>. Les conditions de forme sont liées au respect du formalisme de l'état civil et mettent en exergue des acteurs autres que l'enfant, impliqués dans le processus d'établissement à son profit, d'un acte de naissance<sup>61</sup>. Les défaillances du système d'état civil concernent l'enregistrement des situations juridiques et la conservation des Actes.

L'existence de l'enfant aussi bien biologique que juridique, requiert une protection cohérente. En ce qui concerne la protection des conditions de naissance, pré et postnatales de l'enfant, elle mérite une attention particulière<sup>62</sup>.

En réalité, même sans expressément attribuer à l'embryon humain un statut juridique à cause de la polémique sur son humanité<sup>63</sup>, il importe que la gestation et l'accouchement soient réglementés. Elle permet d'avoir une lisibilité sur la situation de l'enfant par rapport aux antécédents sanitaires de ses parents, de coordonner et surveiller l'action du personnel médical par l'instauration de l'éthique au cœur du développement de la génétique.

## **B- La discrimination de la filiation à l'égard de l'enfant**

La filiation est un système juridique de protection de l'enfant en matière civile.

---

<sup>55</sup> Association Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 635 ; [www.personnalitejuridique.pdf-adobe.reader](http://www.personnalitejuridique.pdf-adobe.reader), consulté le 12/12/2010.

<sup>56</sup> CORNU (G.), Droit civil, op. cit., n° 459.

<sup>57</sup> MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil-les personnes, op. cit., pp. 913 s; BUSINESSPME, « La personnalité morale », [www.businesspme.com/articles/strategie/4/la-personnalite\\_morale.html](http://www.businesspme.com/articles/strategie/4/la-personnalite_morale.html), consulté le 13/12/2010.

<sup>58</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.), les droits de l'enfant, op. cit., pp. 12-14

<sup>59</sup> Le concept « naître vivant » n'a pas de définition légale en droit camerounais, contrairement au droit Malien qui en propose une à l'Art. 134 de son Code civil dispose in fine que : « [...] Est réputé né vivant tout enfant qui vagit ou donne un signe apparent de vie. »

<sup>60</sup> SALVAGE (Ph.), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », RTDC 1976, p. 725

<sup>61</sup> MELONÉ (S.), « L'état civil », in Encyclopédie juridique d'Afrique, Volume unique, t. 6, Abidjan, Lomé, Dakar, N.E.A. 1982, pp. 29-30.

<sup>62</sup> Étienne MBANDJI MBÉNA. Thèse, P. 211.

<sup>63</sup> HERZOG-EVANS (M.), « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », op.cit, pp. 67 -73.

C'est le statut par lequel l'enfant est rattaché à ses parents. Elle est la « sève vivifiante » de la structure familiale<sup>64</sup>.

Seront exposés dans cette partie l'inégalité du droit de la filiation (1) et le régime discriminatoire en matière successorale (2).

### 1- L'inégalité du droit de la filiation, une source de distinction entre égales

La filiation est le lien de droit qui unit un enfant à son père et à sa mère. On opère une distinction entre filiation maternelle et filiation paternelle. Cela apparaît comme très dépendant du fait biologique ; et c'est l'une des grandes questions du droit de la famille que de savoir si le lien de droit doit traduire fidèlement la vérité biologique, quand elle ne correspondrait pas à la vérité affective et sociologique<sup>65</sup>.

L'adhésion du Mali aux nouveaux instruments juridiques internationaux de protection de l'enfant ne s'est accompagnée que d'effets insuffisants en droit interne. Dès lors, c'est la filiation paternelle qui pose problème, la filiation maternelle étant soumise au bénéfice de l'automatisme inhérent à l'accouchement<sup>66</sup>, pourvu que l'enfant accouché ne le soit sous anonymat ou abandonné à la naissance.

L'existence au sein du bloc législatif de dispositions qui consacrent un régime inégalitaire au sein d'un même type de filiation ou entre diverses catégories de filiation, n'est donc pas discutable<sup>67</sup>.

### 2- Le régime discriminatoire en matière successorale

Les droits successoraux autant que l'obligation alimentaire<sup>68</sup>, sont liés aux rapports familiaux de l'enfant et constituent son statut patrimonial<sup>69</sup>. La protection de l'enfant en matière successorale est un cadre propice à l'épreuve du principe d'égalité.

<sup>64</sup> NDING (D.), « la filiation avec le mariage », in Droit des personnes et de la famille, Encyclopédie juridique d'Afrique, t.6, Strasbourg, NEA, 1982, p. 405.

<sup>65</sup> www.cours.univ.fr : droit de la famille. P. 45.

<sup>66</sup> COUDOING (N.), Les distinctions dans le droit de la filiation, Thèse, p. 334. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA. Thèse, P. 218.

<sup>67</sup> ATANGANA-MALONGUE (Th.), « Droit de la famille au Cameroun et principe d'égalité : Une difficile intégration des droits humains dans le ménage Code civil – Coutume », Le Code civil et les droits de l'homme. Actes du Colloque international de l'université Pierre Mendès France, Grenoble 2, L'HARMATTAN, Paris. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA. Thèse, P. 230.

<sup>68</sup> L'obligation alimentaire a été précédemment développée. Voy Supra n° 292 et s.

<sup>69</sup> BONFILS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.), Droit des mineurs., n° 431. Étienne MBANDJI MBÉNA : «Le régime applicable à cette discriminatoire dans la double mesure où, elle est dominée par une affirmation de la supériorité de l'enfant légitime sur l'enfant naturel et une exclusion l'enfant naturel de la succession de ses grands parents ». Thèse, P. 242.

Le partage des parts successorales aux enfants aux diverses filiations, est établi par l'Art 745 Cciv appl. Au Mali, régissant l'accès non discriminatoire des enfants à la succession de leurs ascendants. La supériorité de l'enfant légitime sur l'enfant naturel est bien affirmée par le Code civil applicable<sup>70</sup>. La différence s'aggrave selon le type d'enfant naturel. L'enfant naturel simple a des droits réduits et démarqués de ceux des enfants adultérins et incestueux.

S'agissant de la qualité de successible, la place de l'enfant est conditionnée par son existence<sup>71</sup>, la règle relative à l'existence est énoncée par l'article 759 du code des personnes et de la famille malien Pour succéder au défunt, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession, ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Il s'agit ici des conditions<sup>72</sup> d'accès à la personnalité juridique largement développées *au droit de succession et libéralité*. Ainsi, la preuve de la qualité d'héritier s'établit par tous moyens (art. 762 CPF).

Le Code civil applicable énonce dans son article 735 que « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes ».

L'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité est tenu de rendre tous les fruits et tous les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession (art. 767 CPF). Les enfants de l'indigne ne sont pas exclus par la faute de leur auteur, soit qu'ils viennent à la succession de leur chef, soit qu'ils y viennent par l'effet de la représentation ; mais l'indigne ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, la jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants (art. 768 CPF).

## II-L'EMERGENCE DES TEXTES JURIDIQUES DE LA PROTECTION DE L'ENFANT

Le Mali a ratifié de nombreux instruments internationaux sans émettre de réserve. Politiquement, ceci pourrait être interprété théoriquement comme une volonté affirmée d'adhérer aux concepts internationaux d'évolution sans condition des droits humains en général, des droits de l'enfant en particulier.

<sup>70</sup> TIMTCHUENG (M.), « Observations » sous CS, Arrêt n°47/L du 8 février 1979, *LGDJCC*, pp. 556-567, p. 558 et s.

<sup>71</sup> BEIGNIER (B.), *Libéralités et successions*, Paris, MONTCHRESTIEN, 2010, n° 351 ; BONFILS (Ph.) et GOUTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, op. cit., n° 433. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA thèse, p. 245.

<sup>72</sup> Cette condition d'accès à l'hérité dont le but est de n'appeler à la succession du défunt que les enfants par lui reconnus ou simplement conçus avant son décès, et d'en écarter tout autre prétentieux (imposteur). FOMETEU (J.), « Note » sous Arrêt n° 89/C rendu par CA Maroua, du 1er septembre 1988, MP c/ PAGOU BELLO, op. cit., pp. 27-28. In fine, Étienne MBANDJI MBÉNA thèse, p. 246.

La Constitution du 25 Février dans son préambule proclame sa détermination à défendre les droits de la femme et de l'enfant<sup>73</sup>.

Dans cette partie, l'analyse portera sur La Convention dans l'ordre juridique interne malien (A) et l'adoption inachevée du droit positif malien sur l'adoption internationale (B).

### **A- Les éléments de protection de la Convention dans l'ordre juridique interne malien**

Certes, l'introduction du droit international dans l'ordre juridique interne dépend essentiellement de l'option politique des Etats parties exprimée dans leurs Constitutions nationales respectives. Mais il est établi que la réception de la norme internationale dans le droit interne d'un Etat partie dépend également d'une condition dite objective liée à la précision ou non de ses dispositions.

En droit positif malien, la Constitution malienne du 25 février 1992 de tendance moniste très fortement inspirée de la Constitution française 1958, stipule en son article 116 que « Les traités ou accords internationaux ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve toutefois de leur application par l'autre partie. »

Chaque Etat partie a l'obligation de procéder à l'adoption de mesures appropriées d'incorporation de la Convention dans son ordre juridique interne au moyen de lois de transposition. Le juge national malien chargé d'appliquer la loi nationale devra-t-il se reconnaître compétent pour connaître les recours en justice fondés sur la Convention et présentés par l'enfant ou ses représentants légaux ?

Le Mali non compris mais qui y avait cependant adhéré dès par une Ordonnance du 1er septembre 2001. Il conviendra donc de se pencher sur la reconnaissance et la protection du droit de l'enfant adopté (1), les réalités sociales et la pratique judiciaire(2).

#### **1- La reconnaissance et la protection des droits de l'enfant adopté**

L'adoption est possible lorsque l'enfant est âgé de moins de huit ans ; l'adoption doit établir un lien de filiation ; peuvent être adoptant un couple, une personne seule mariée ou non. Sont cependant exclus de son champ d'application la Kafala du droit musulman, les demandeurs vivant en union libre, hétérosexuels ou homosexuels<sup>74</sup>.

L'enfant concerné doit être âgé de moins de dix huit ans, qu'il soit résidant habituel dans l'un des Etats parties ou Etat d'origine. Il faut que le demandeur soit résidant habituel d'un

<sup>73</sup> La Constitution du 25 Février dans son préambule proclame sa détermination à défendre les droits de la femme et de l'enfant.

<sup>74</sup> M. Sambala Traore droit de l'enfant, p. 4.

Etat partie dit Etat d'accueil. Les Autorités centrales des deux Etats doivent donner leur accord et enfin que l'adoption projetée vise à établir un lien de filiation. Les demandes doivent être présentées par l'autorité compétente du futur pays d'accueil partie à la Convention.

Aux termes des dispositions de la Convention, l'adoption internationale doit être essentiellement motivée par la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le strict respect des droits fondamentaux de l'enfant. La mesure projetée doit en outre aux termes de dispositions de la Convention permettre d'instaurer une relation de coopération entre les Etats contractants afin de prévenir ou d'empêcher les enlèvements, la traite des enfants et toutes les autres formes d'exploitation économique des enfants.

Le consentement des personnes, des institutions et des autorités impliquées dans la procédure ait été obtenu et que qu'elles se soient faites entourées des conseils nécessaires et notamment des conséquences relatives au maintien ou à la rupture du lien entre l'enfant et sa famille d'origine. Les consentements requis doivent être donnés par écrit et sans aucune contre partie. En particulier, le consentement de l'enfant s'il est requis doit être donné par écrit ; ses souhaits et avis doivent également être pris en considération. Il faut par ailleurs noter au titre des conditions de fonds l'exigence liée au fait que les futurs parents adoptifs doivent être qualifiés et aptes à adopter un enfant. Les autorités compétentes de l'Etat d'accueil doivent en outre avoir constaté que l'enfant, s'il est adopté, sera autorisé à entrer puis à séjourner de manière permanente dans cet Etat.

## **2- Les réalités sociales et la pratique judiciaire autour de l'enfant adopté**

L'adoption en tant qu'institution constitue une réalité sociale malienne<sup>75</sup>.

Il apparaît toutefois, important de noter qu'en 2009, la majorité des enfants adoptés en France provient de la Pouponnière de Bamako et des structures d'accueil privées comme l'Association pour la survie de la mère et l'Enfant (ASSUREME) et ASE- MALI. Ne faut-il pas admettre, compte de ces quelques éléments d'appréciation, que l'adoption simple de même l'adoption internationale constituent une réalité au Mali ?

Dans le cadre de la coopération l'Agence Française pour l'Adoption (AFA) collabore assez étroitement avec la Direction nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille qui est l'Autorité Centrale au Mali conformément aux dispositions 12 de la Convention. Pour les

---

<sup>75</sup> In fine, Sambala Traore : A compter de 2004, l'institution du système du parrainage permet de payer les salaires des employés de la « Pouponnière de Bamako. P. 6.

frais d'examen des demandes reçus, cette autorité a fixé un montant forfaitaire de 115 euros 74750 fcfa pour la couverture des frais administratifs et ce à compter du 1er novembre 2008.

Devant les juridictions civiles maliennes compétentes en première instance, le nombre des procédures en adoption filiation est de plus en plus croissant. Ainsi, en fin décembre 2008, le nombre de dossiers d'adoption filiation en instance était estimé minimum à 507. Il faut observer que d'une manière générale les requérants sont de nationalité étrangère en particulier française, belge, espagnole italienne ou allemande, Suisse et Canadien<sup>76</sup>.

S'agissant de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant il n'est pas inutile d'observer que la décision finale revient au tribunal, le ministère public étant entendu au préalable en sa qualité de protecteur des droits des mineurs. Notons que le déroulement de toute la s'inspire assez bien des termes et de l'esprit de la Convention de La Haye et le code malien des Personnes et de la Famille adoptée par le gouvernement en 2011 pour donner effet audit instrument international. En effet, le Code de la parenté du Mali, dans sa section traitant des adoptions simples et filiation se contente de disposer en son article 70 que la filiation adoptive est irrévocable et ne précise nulle part la possibilité d'exercer les voies de recours ordinaires ou extraordinaires.

A l'instar de toute décision ou acte judiciaire l'adoption internationale a pour vocation de produire des effets à l'égard à la fois de l'adoptant, de l'adopté des tiers mais spécifiquement à l'égard des Etats parties ou contractants. En effet, selon les dispositions de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en la matière, l'adoption est reconnue valable de plein droit dans les Etats contractants, lorsqu'elle est certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente (au Mali c'est la DNPEF) de l'Etat contractant où elle a eu ? La Convention stipule que la reconnaissance d'une adoption peut être refusée par un Etat partie si elle est manifestement contraire à l'ordre public eu égard à l'intérêt de l'enfant.

L'adopté<sup>77</sup> acquiert en même temps la qualité d'héritier réservataire de l'adoptant et de ses ascendants et réciproquement si l'adopté pré décédait ne laissant aucun enfant pour recueillir sa succession celle-ci sera partagée comme dans le cas d'un enfant par le sang tant en droit positif français qu'en droit positif malien.

## **B- L'adoption inachevée en droit positif malien sur les intérêts de l'enfant**

---

<sup>76</sup> fine, Sambala Traore. P. 8

<sup>77</sup> In fine, Sambala Traore. P. 10.

Pour la mise en œuvre des dispositions de la Convention, les Etats parties se sont engagés, chacun en ce qui le concerne à prendre toutes les mesures appropriées mais également à établir des relations dans le cadre de la coopération bilatérale ou multilatérale.

De plus, la ratification de textes internationaux et l'adoption parcellaire de textes nationaux ne suffisent pas à améliorer les conditions de vie des enfants au Mali ni à prévenir le phénomène des enfants et jeunes en situation de rue. La volonté politique et la conscientisation des populations sont toutes deux indispensables pour y parvenir.

Aussi, les politiques publiques menées pour la protection et la promotion des droits de l'enfant continuent de se heurter à de nombreux obstacles : pauvreté, analphabétisme, persistance de pratiques coutumières, manque de moyens de l'État et des collectivités territoriales. Ainsi, les organisations de la société civile qui interviennent dans la prise en charge des enfants et des jeunes en situation de rue regrettent particulièrement l'insuffisance et/ou le manque d'appui financier et matériel de la part du gouvernement malien.

Il conviendra donc d'évoquer les mesures institutionnelles et politiques adoptées par le Mali (1), et le mécanisme interne ou national de contrôle de l'application des mesures adoptées (2).

### **1- Les réformes institutionnelles et politiques par le Mali :**

Pour donner effet à la Convention, le Mali dispose au plan institutionnel en particulier d'un Ministère de la Promotion de Femme de l'Enfant et de la Famille. La protection et la promotion de l'adoption internationale est assurée par la Direction nationale pour la Promotion de l'Enfant et de la Famille (DNPEF) prise en sa qualité d'Autorité centrale.

Il existe également une série d'institutions publiques et privées d'accueil et de placement des enfants qui peuvent faire l'objet d'une adoption filiation. Parmi ces institutions, peuvent être citées entre autres le Centre d'Accueil et de Placement Familial de Bamako (institution publique) et l'Association pour la Survie de la Mère et de l'Enfant (ASSUREME) et l'ASE - Mali sise à Bamako et qui constituent des institutions privées assez récentes d'accueil et de placement d'enfants.

Au nombre des structures institutionnelles de protection des droits de l'enfant, la Commission nationale de l'adoption internationale, la Commission nationale chargée de la protection des enfants réfugiés et la Commission nationale de lutte contre la drogue méritent aussi d'être notées épanouir plus. En effet, la création de chacune de ces commissions s'inscrit dans le cadre des mesures d'application de la Convention de New York relative aux droits de

l'enfant, laquelle possède des convergences de vue avec la Convention de La Haye en matière de protection de l'enfant<sup>78</sup>.

Pour donner effet aux recommandations pertinentes du Sommet mondial tenu à New York en septembre 1990 sur les enfants un nombre restreint de pays ont procédé à une augmentation des dépenses consacrées aux services sociaux de base en faisant notamment appel à l'aide dans le cadre du financement international. C'est dans ce cadre que des rubriques budgétaires spéciales pour les enfants furent élaborées et mises en œuvre à partir de 1998 par le gouvernement du Mali. Ainsi au titre de ces programmes politiques, le Programme de Développement Décennal de l'Education (PRODEC), le Programme de Développement Décennal Social et Sanitaire (PRODESS), le Programme de Développement Décennal de la Justice (PRODEJ) et le Plan d'Action pour la Promotion de la Femme et de l'Enfant (2000-2006).

## 2- Le mécanisme national de l'application des mesures adoptées

Aux termes des dispositions de l'article 33 de la Convention, toute autorité compétente qui constate qu'une disposition de la Convention a été méconnue ou risque manifestement d'être est invitée à informer immédiatement l'Autorité centrale de l'Etat partie dont elle relève. Cette autorité doit veiller en conséquence à faire prendre toutes les mesures utiles qui permettent d'empêcher ou de prévenir la violation des dispositions de la Convention.

Le Mali a ratifié la CDE le 20 septembre 1990. Le Mali a émis une réserve lors<sup>79</sup> de sa ratification : « Le Gouvernement de la République du Mali déclare, compte tenu du Code de la Parenté du Mali, que l'article 16 de la Convention n'a pas lieu de s'appliquer ».

Cet article concerne le droit à la protection contre<sup>80</sup> l'immixtion dans la vie privée de l'enfant. Les dispositions prévues dans le droit malien octroient aux parents, dans l'exercice de leurs devoirs parentaux, le droit de superviser les fréquentations de leurs enfants et de censurer

---

<sup>78</sup>L'ASSUREME et l'ASE - Mali qui recueille les enfants destinés à l'adoption filiation ou à être placés dans des familles d'accueil exercent leurs activités en vertu dotés d'un agrément de la DNPEF et sous son contrôle. Au titre des nouvelles institutions il apparaît utile de mentionner l'existence du Centre de Recherche, d'Etudes et de Documentation pour la Survie de l'enfant (CREDOS). Il faut espérer que le CREDOS permettra de suppléer au vide créé par l'inexistence de données statistiques fiables et spécifiques sur la situation des enfants vivant dans des situations particulièrement difficiles. Notons que le C.R.E.D.O.S est un établissement public à caractère scientifique rattaché au Ministère de la Santé.

<sup>79</sup>Convention relative aux droits de l'enfant, COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES, disponible sur : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV11&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11&chapter=4&clang=_fr).

<sup>80</sup> Ibid.

leur correspondance<sup>81</sup>. Le Mali a aussi ratifié ou accédé le 16 mai 2002 aux protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) sur l'implication d'enfants dans les conflits armés, et sur la vente, la prostitution et la pornographie des enfants. À la date de rédaction de ce rapport<sup>82</sup>, le Mali a signé, mais n'a pas encore ratifié, le protocole facultatif de la CDE sur une procédure de présentation de communications<sup>83</sup>. Le Mali est un État moniste, ce qui signifie que les traités et accords qu'il signe légalement ont, dès leur publication, une autorité supérieure au droit national<sup>84</sup>.

Par conséquent, de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) fait partie intégrante du droit national. Dès sa ratification, la CDE a été automatiquement incorporée dans le droit national. De plus, certaines mesures législatives et réglementaires ont été prises pour donner effet à la CDE, telles que le Code de protection de l'enfant<sup>85</sup>, la Loi n° 01081 du 24 août 2001 portant sur la minorité pénale et l'institution de juridictions pour mineurs, et le Code des Personnes et de la Famille de 2011<sup>86</sup>.

En effet, au Mali, l'Autorité Centrale compétente pour exercer le contrôle de l'application et du respect des dispositions de la Convention de La Haye sur la protection des enfants en matière d'adoption internationale est la DNPEF. En conséquence elle contrôle<sup>87</sup> les activités des institutions publiques et privées d'accueil et de placement déjà évoquées dans les

<sup>81</sup> Deuxième rapport périodique du Mali au Comité des Nations unies des droits de l'enfant, CRC/C/MLI/2 11 avril 2006, §§ 19 et 228233, disponible sur : [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMLI%2f2&Lang=fr](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMLI%2f2&Lang=fr).

<sup>82</sup> Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES, disponible sur : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV11b&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11b&chapter=4&clang=_fr) ; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES, disponible sur : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV11c&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11c&chapter=4&clang=_fr)

<sup>83</sup> Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES, disponible sur : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV11d&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11d&chapter=4&clang=_fr).

<sup>84</sup> Constitution du Mali du 27 février 1992, Article 116, disponible sur : <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/Mali2.pdf>.

<sup>85</sup> Ordonnance n° 02062/PRM (Mali).

du 5 juin 2002 portant Code de protection de l'enfant ( Code de protection de l'enfant), disponible sur : <http://www.unesco.org/education/edurights/media/docs/c1c5d5eb0edb7d18bb8134184f16acf64533fe9b.pdf>.

<sup>86</sup> Les dispositions de cette loi sont disponibles dans : « Recueil sur la minorité Analyse et commentaires de la législation applicable aux enfants contrevenants, en danger ou victimes d'infraction MALI », BICE Mali et Kinderrechte Afrika, 2010, disponible sur : [https://www.crin.org/en/docs/MALI\\_Recueil\\_sur\\_la\\_minorite%20C3%A9\\_2010.pdf](https://www.crin.org/en/docs/MALI_Recueil_sur_la_minorite%20C3%A9_2010.pdf).

<sup>87</sup> Aux termes des dispositions de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé est habilité à convoquer périodiquement une Commission spéciale pour l'examen de la mise en œuvre de la Convention par les Etats parties (28).

précédents développements. La DNPEF exerce également son contrôle en examinant les dossiers de d'adoption filiation qui lui sont transmis par les autorités centrales françaises, belges ou espagnoles etc., en particulier.

Par ailleurs, les problématiques de protection de l'enfant et leurs causes, spécifiquement celles liées au phénomène des enfants et jeunes en situation de rue, constituent un véritable défi pour l'État malien : elles doivent être abordées à travers une approche holistique, en étroite collaboration avec tous les acteurs impliqués (y compris les enfants), et en faisant primer toujours l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **Conclusion**

Le Mali a adhéré à plusieurs instruments juridiques internationaux de promotion et de protection des droits de l'enfant comme la Convention de La Haye est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1998 au plan international. Par une Ordonnance du 7 août 2001 du Président de la République, le Mali y a adhéré. Etant observé qu'aux dispositions des articles 42 et 46 de la Convention, elle entre en vigueur le premier jour du troisième suivant le dépôt des instruments de ratification, d'approbation ou d'adhésion, il faut admettre que l'entrée en vigueur au Mali dudit instrument international correspond au novembre 2001. Il faut rappeler qu'en droit positif malien, qu'il existe un code de la Parenté, d'un Code de Protection de l'Enfant (C.P.E) et un code des personnes et de la famille. Toutes ces composantes du droit positif malien sur le droit de la famille traitent chacune de la protection de l'enfant dans le domaine de l'adoption. Le Code de la Parenté dans ses articles 59 et suivants règle l'adoption protection et l'adoption filiation, notamment de sa portée au plan international paraît conforme à l'esprit et à la lettre de la Convention de La Haye du 23 mai 1993. Cependant, qui reconnaît déjà le droit de tout enfant âgé de moins de cinq ans à l'adoption filiation.

## L'exécution des ordonnances frappées d'appel en matière civile en droit Camerounais

*The execution of orders under appeal in civil matters under Cameroonian law*

Par : Page | 104

**BILLONG BILLONG Emmanuel**

Ph/D en droit privé

Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

### **Résumé :**

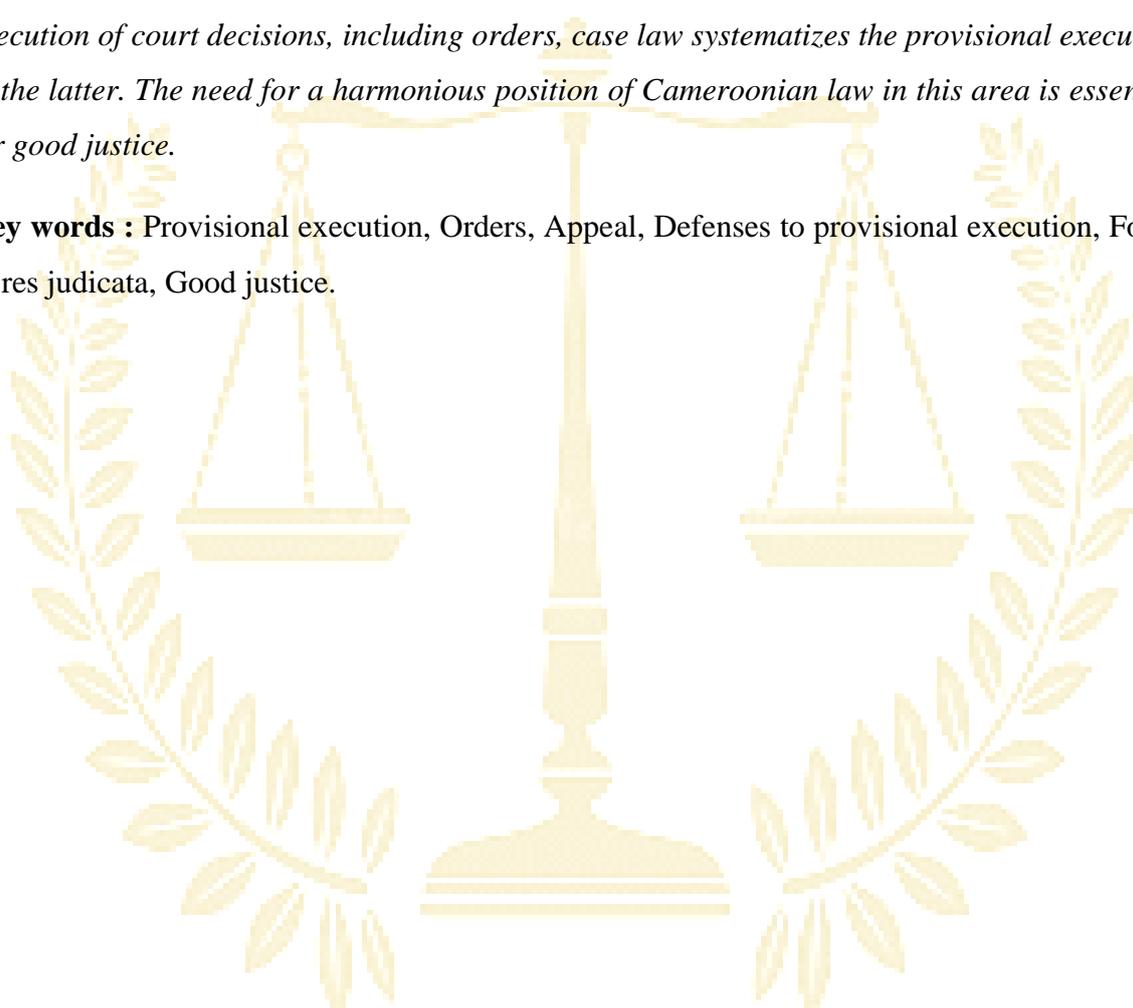
*L'exécution d'une décision de justice n'ayant pas force de chose jugée constitue une entorse à la notion de bonne justice. Parce que potentiellement réformable, ce type de décision devrait être privé d'exécution. Mais la pratique des recours dilatoires expose le plaideur ayant définitivement gain de cause au risque d'être privé de l'effectivité de son droit conforté par la décision définitive. L'exécution provisoire devrait donc être à mi-chemin entre les intérêts du débiteur provisoire, et ceux du créancier définitif. Alors que le législateur essaye d'assurer cet équilibre en refusant d'adopter un principe général d'exécution d'office des décisions d'instance dont font partie les ordonnances, la jurisprudence systématise l'exécution provisoire de ces dernières. La nécessité d'une position harmonieuse du droit camerounais en la matière s'impose pour une bonne justice.*

**Mots clés** Exécution provisoire, Ordonnances, Appel, Défenses à exécution provisoire, Force de chose jugée, Bonne justice.

**Abstract:**

*The execution of a court decision that does not have the force of res judicata constitutes a departure from the notion of good justice. Because potentially reformable, this type of decision should be deprived of execution. But the practice of dilatory appeals exposes the litigant who has definitively won his case to the risk of being deprived of the effectiveness of his right confirmed by the final decision. Provisional enforcement should therefore be halfway between the interests of the provisional debtor and those of the final creditor. While the legislator tries to ensure this balance by refusing to adopt a general principle of automatic execution of court decisions, including orders, case law systematizes the provisional execution of the latter. The need for a harmonious position of Cameroonian law in this area is essential for good justice.*

**Key words :** Provisional execution, Orders, Appeal, Defenses to provisional execution, Force of res judicata, Good justice.



## Introduction

L'organisation judiciaire pyramidale est établie sur deux fondements : le principe du double degré de juridiction, et le principe de la légalité. Ces deux principes participent à l'éclosion d'une bonne justice. Alors que le principe du double degré de juridiction offre au justiciable la possibilité d'être jugé deux fois en faits et en droit<sup>1</sup>, le principe de la légalité quant à lui vise à garantir la conformité des décisions de justice aux règles de droit.

Le recours, voie par laquelle est rendu possible le déploiement des deux fondements sur lesquels est établie l'organisation judiciaire pyramidale est défini « *comme un instrument procédural permettant de remettre en cause une décision de justice, soit pour contester la régularité de son élaboration (error in procedendo) soit pour contester le mal jugé (error in iudicando), dans l'appréciation des faits ou dans l'application du droit par le juge* »<sup>2</sup>.

L'exécution des ordonnances frappées d'appel raisonne alors comme une entorse à la notion de bonne justice, entendu comme « *le bienfait attendu du service de la justice, présent lorsque la décision est fondée en vérité, droit et équité* »<sup>3</sup>.

Le mot ordonnance est polysémique en droit<sup>4</sup>. Il désigne un acte qui émane tantôt des autorités relevant du pouvoir exécutif, tantôt des autorités relevant du pouvoir judiciaire. Dans le cadre de cette étude, il ne convient pas de s'intéresser à l'ordonnance comme acte émanant d'une autorité relevant du pouvoir exécutif, mais plutôt à l'ordonnance comme acte émanant d'une autorité relevant du pouvoir judiciaire. De même, il ne convient pas de s'intéresser à toutes ordonnances émanant des autorités judiciaires. Le champ de cette étude étant national, les ordonnances émanant des organes des juridictions internationales n'y seront pas abordées. Les ordonnances des autorités judiciaires nationales peuvent être classées en deux grandes catégories : les ordonnances à caractère juridictionnel, contentieux ou gracieux ; et les

<sup>1</sup> D'abord par les juges moins expérimentés en instance, puis par ceux plus expérimentés que les premiers en appel.

<sup>2</sup> FRICERO (N.), « double degré de juridiction : de la « bonne justice » à la « bonne administration de la justice » », Justice et cassation, 2013.

<sup>3</sup> CADIET (L.), « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », Justice et cassation, 2013.

<sup>4</sup> Le mot ordonnance désigne tantôt un règlement pris par le pouvoir exécutif dans le domaine réservé à la loi sur habilitation du législatif, tantôt certaines décisions émanant d'un juge unique (président de juridiction, juge d'instruction, juge conciliateur...), tantôt un acte par lequel un ordonnateur principal donne à un comptable public l'ordre de recevoir ou de verser des fonds au nom de l'Etat ou de la collectivité qu'il représente, tantôt enfin une décision émanant d'une juridiction internationale ou de son président, qui a pour objet, dans la direction du procès, de régler un point de procédure sans toutefois se prononcer sur le fond de l'affaire, ou de donner acte d'un arrangement à l'amiable ou d'un désistement.

ordonnances à caractère de mesures d'administration de judiciaire<sup>5</sup>. Les ordonnances à caractère de mesures d'administration judiciaire n'intéresseront pas cette étude puisqu'elles sont insusceptibles d'appel<sup>6</sup>. Seules les ordonnances à caractère juridictionnel, contentieux ou gracieux méritent d'être retenues ; mais pas toutes. Dans cette catégorie sont exclues les ordonnances des juridictions d'appel parce que ne pouvant être frappées d'appel. Constitueront donc la toile de fond de cette étude, les ordonnances émanant des juridictions d'instance, ayant un caractère juridictionnel, contentieux ou gracieux.

L'appel est la voie de recours ordinaire<sup>7</sup> pour obtenir la reformation ou l'annulation par une juridiction supérieure, d'une décision rendue par une juridiction ou un juge du premier degré. Il est la matérialisation du principe de double degré de juridiction<sup>8</sup> qui est l'un des principes généraux du droit dont l'objectif est de garantir une bonne administration de la justice<sup>9</sup>.

L'exécution des ordonnances frappées d'appel rentre dans le champ de l'exécution provisoire des décisions de justice, où s'affrontent les intérêts du débiteur provisoire et du créancier provisoire, dont une égale protection devrait être un des enjeux de la bonne administration de la justice, parce que préservant l'équité. Les intérêts du débiteur provisoire sont protégés par le principe du double degré de juridiction, et le mécanisme des défenses à exécution provisoire ; tandis que ceux du créancier provisoire sont protégés par les mécanismes d'exécution provisoire.

Pendant longtemps, l'exécution provisoire a connu au Cameroun une certaine stabilité qui respectait la division classique qui distingue l'exécution provisoire de droit et l'exécution provisoire facultative. L'exécution provisoire de droit était consacrée par plusieurs dispositions

---

<sup>5</sup> Ordonnance de renvoi, de soi communiqué... dans le même sens, CHAINAIS (C.) et Al, Procédure civile, Dalloz, Paris, 34<sup>e</sup> édition, n°1250

<sup>6</sup> Article 798 du NCPC français.

<sup>7</sup> CORNU (G), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Paris, 2018, p. 1518 Les voies de recours qualifiées ordinaires sont celles « qui, étant toutes naturelles au regard des garanties élémentaires de bonne justice (principes du contradictoire et du double degré de juridiction), sont largement admises et dotées sauf exception de l'effet suspensif d'exécution qui s'attache tant au délai de recours qu'à l'exercice du recours dans le délai... »

<sup>8</sup> C'est un principe qui accorde au justiciable qui s'estime lésé par la décision des juges du premier degré (siégeant généralement seul), le droit de soumettre son affaire à un second regard ; celui des juges du degré supérieur, plus expérimentés et siégeant toujours en collège.

<sup>9</sup> La notion de bonne administration de la justice exige que le juge doive user de bon sens dans la recherche des meilleures solutions à donner aux problèmes de procédure et de compétence, afin que les affaires soient jugées dans un temps raisonnable que la solution que donne la décision de justice soit fondée en vérité, droit et équité. La notion couvre donc aussi bien « la justice à l'œuvre » que « l'œuvre de la justice » selon les expressions de Loïc CADIET, « introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé » in Justice et cassation, 2013, p. 14

de plusieurs textes, l'exécution provisoire facultative était encadrée par l'article 54<sup>10</sup> du Code de Procédure Civile et Commerciale. Puis est arrivée la période des soubresauts où pratiquement tous les cinq ans, le législateur intervenait dans ce domaine<sup>11</sup>. Une certaine accalmie est revenue dans ce secteur depuis 1997.

L'intérêt d'une étude sur l'exécution des ordonnances frappées d'appel réside dans le fait qu'en droit camerounais, il n'existe pas un principe d'exécution provisoire d'office des décisions d'instance comme c'est le cas dans certains systèmes<sup>12</sup>. C'est peut-être ce qui justifie le fait que l'exécution provisoire des décisions de justice ait assez souvent préoccupé aussi bien la doctrine camerounaise<sup>13</sup>, que le législateur camerounais<sup>14</sup>. Par ailleurs, la systématisation de l'utilisation de la formule « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement* » par la jurisprudence, et l'interprétation qui en est fait ne laisse pas le penseur indifférent surtout lorsqu'on a à l'esprit l'autre formule du législateur qui présente quelques similitudes avec la formule de la jurisprudence à savoir : la décision « *est exécutoire par provision nonobstant opposition ou appel* »<sup>15</sup>, « *l'ordonnance sera exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 CPC* ». Ces formules sont-elles synonymes ? Si oui pourquoi les avoir juxtaposé alors qu'une seule était suffisante ? Si non quelle est la portée de chacune d'elle ? Autant de questions qui constituent des nervures secondaires de la nervure centrale que constitue la question suivante : quel est le régime d'exécution des ordonnances frappées d'appel ? Ni la loi, ni la jurisprudence ne laissent

<sup>10</sup> « *Indépendamment des cas où elle est prescrite par la loi et sauf lorsqu'elle est interdite par un texte, soit exclue en raison de la nature de l'affaire, l'exécution provisoire des jugements définitifs ou avant dire droit, contradictoires ou par défaut, pourra être ordonnée si elle est demandée et seulement pour le cas d'urgence ou de péril en la demeure.* »

<sup>11</sup> Loi n° 74/6 du 16 juillet 1974 portant exécution provisoire des décisions judiciaires en matières non répressives, modifiée par la loi n° 79/03 du 29 juin 1979, modifiée par la loi n° 84/14 du 05 décembre 1984 modifiée par la loi n° 89/020 du 29 décembre 1989, modifié par la loi n° 92/008 du 14 août 1992 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice ; Ordonnance n° 97/01 du 04 avril 1997, loi n° 97/018 du 7 août 1997.

<sup>12</sup> Notamment la France

<sup>13</sup> TJOUEN (A-D), - « L'exécution provisoire des décisions judiciaires en matière non répressive droit africain : l'exemple du Cameroun », Rev. int. dr. comp., 1987, p. 111 s.

A- « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », RIDC 2000, pp 429-442.  
AKAM AKAM (A.), *L'exécution provisoire des décisions de justice*, mémoire de maîtrise, Université de Yaoundé, 1985.

B- note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 août 1994, Lex Lata n°006, 30 décembre 1994, pp 3-7  
YOUANA YUEGO, à propos de la loi du 29 décembre 1989, Juridis Info, n° 3 spécial, pp. 28-37 ; TWENGEMBO dans son commentaire de la loi n° 92/008, Juridis Info, n° 12 spécial, p. 77 et s.

<sup>14</sup> Loi n° 74/6 du 16 juillet 1974 portant exécution provisoire des décisions judiciaires en matières non répressives, modifiée par la loi n° 79/03 du 29 juin 1979, modifiée par la loi n° 84/14 du 05 décembre 1984 modifiée par la loi n° 89/020 du 29 décembre 1989, modifié par la loi n° 92/008 du 14 août 1992 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice ; Ordonnance n° 97/01 du 04 avril 1997, loi n° 97/018 du 7 août 1997

<sup>15</sup> Article 76 al.3 in fine de l'Ordonnance n° 81 - 02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques.

percevoir une réponse non équivoque à cette question. L'absence d'un principe légal d'exécution d'office des ordonnances (I), côtoie une controverse sur la perception duale du caractère de l'exécution provisoire des ordonnances (II).

## I- L'ABSENCE D'UN PRINCIPE LÉGAL D'EXECUTION D'OFFICE DES ORDONNANCES

Contrairement à la France où depuis janvier 2020 il est consacré un principe d'exécution d'office des décisions des juridictions d'instance<sup>16</sup>, dans le système juridique camerounais, il existe un principe, à savoir la suspension de l'exécution de la décision rendue en cas de recours ordinaire contre celle-ci<sup>17</sup>, et une exception, à savoir l'exécution provisoire de la décision rendue nonobstant appel contre celle-ci<sup>18</sup>. L'on peut constater par ces dispositions le caractère absolu de l'effet suspensif de l'opposition. C'est dire que pour qu'il y ait exécution provisoire d'une décision d'instance, il faut que soit remplie une condition alternative : une disposition légale qui consacre l'exécution provisoire, ou l'ordre du juge qui octroie l'exécution provisoire. L'ordre du juge octroyant l'exécution provisoire est exigé dans les cas autres que ceux où le législateur a consacré l'exécution provisoire d'office. En d'autres termes, l'ordre du juge octroyant l'exécution provisoire est exigé dans les cas d'exécution provisoire facultative. En revanche, lorsque c'est une disposition légale qui consacre l'exécution provisoire, l'on est en présence de l'exécution provisoire de droit. L'exécution provisoire de droit<sup>19</sup> peut donc s'appréhender comme le caractère reconnu par le législateur à une décision de justice, d'être exécutoire nonobstant la possibilité de l'exercice contre elle, d'une voie de recours ordinaire dont l'un des effets est la suspension de l'exécution de la décision susceptible d'être attaquée, pendant le délai de recours ainsi que pendant l'examen du recours. Elle est donc une mesure consacrée sur la base de certaines considérations<sup>20</sup>, qui ne devrait pas avoir besoin d'être

<sup>16</sup> Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 qui a emporté la formulation de l'article 514 du code de procédure civile en ces termes : « *Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement* »

<sup>17</sup> « *En matière non répressive, l'exercice d'une voie de recours, à l'exception du pourvoi devant la Cour Suprême, suspend l'exécution de la décision attaquée.* ». Article 2 alinéa 1 de la loi n°92/ 008 du 14 août 1992, fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice.

<sup>18</sup> « *Par dérogation aux dispositions de l'article 2 al. 1 ci-dessus, le tribunal saisi peut, en cas de décision contradictoire ou réputée contradictoire, ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel, dans les cas ci-après : ...* ». Article 3 alinéa 1 de la loi n°92/ 008 du 14 août 1992.

<sup>19</sup> Expression consacrée par le législateur français qui l'oppose à l'exécution facultative. Cette expression n'est pas utilisée par le législateur camerounais. Elle est utilisée par la doctrine pour désigner les situations consacrées par le législateur, qui sont identiques ou à tout le moins semblables à celles regroupées sous cette bannière par le législateur français.

<sup>20</sup> L'urgence et le péril en la demeure d'après l'article 54 du code de procédure civile et commerciale, abrogé par la loi n° 89/020 du 29 décembre 1989. AKAM AKAM dans sa note précitée voit dans l'énumération légale, la survivance de l'exigence de l'urgence.

demandée par une partie au procès, encore moins être accordée puisqu'on accorde ce qui est demandé, ni même être reprise dans le dispositif de la décision qui en bénéficie<sup>21</sup>. En cela on pourrait aussi l'appeler exécution provisoire de plein droit, ou exécution provisoire d'office.

L'exécution provisoire en droit camerounais n'est pas regroupée dans un seul texte, comme c'est le cas en droit français par l'article 514 du code de procédure civile français. En droit camerounais ce sont des textes épars qui traitent de l'exécution provisoire. Il y'a la loi n°92/008 du 14 aout 1992 que l'on peut considérer comme le droit commun de l'exécution provisoire, et certains articles du Code civil, du Code de procédure civile et commerciale, du Code du travail, de l'acte uniforme OHDA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, de l'ordonnance de 1982 sur l'état civil pour ne citer que ces cas. Il semble par conséquent nécessaire d'aborder d'abord ce qu'il convient d'appeler le droit commun de l'exécution provisoire (A), avant d'aborder les droits spécifiques de l'exécution provisoire (B).

#### **A- Le droit commun de l'exécution provisoire.**

Le droit commun de l'exécution provisoire est organisé par la loi n°92/008 du 14 aout 1992 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice. Cette loi peut être qualifiée de droit commun de l'exécution provisoire, parce que c'est la seule à avoir appréhendé l'exécution provisoire dans sa globalité : domaine, conditions, la procédure des défenses à exécution provisoire. Si cette loi a le mérite d'aborder le problème de l'exécution provisoire dans sa globalité, elle n'est pas à l'abri des critiques parce qu'à coté de ses cohérences (1), transparaissent ses incohérences (2).

#### **1- Les cohérences de la loi n° 92/ 008 du 14 aout 1992.**

Les cohérences de la loi n°92/008 du 14 aout 1992 concernent aussi bien la définition du domaine de l'exécution provisoire, que la procédure des défenses à exécution provisoire.

Le domaine d'une chose s'appréhende comme son champ de compétence ou son secteur d'activité. Le domaine de l'exécution provisoire s'appréhende alors comme le type de décision qu'elle peut toucher d'une part, et comme la matière où elle est susceptible d'intervenir d'autre part. Ce domaine est défini par l'article 3 de la loi n° 92/ 008 du 14 aout 1992.

---

<sup>21</sup> Dans le même sens, TJOUEN (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 430 ; AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p. 6 ; BAUGAS (M.), l'exécution provisoire. Etude pratique de jurisprudence, Paris, 1958, p. 28, cité par AKAM AKAM.

Relativement au type de décision devant bénéficier de l'exécution provisoire, la décision considérée doit être contradictoire ou réputée contradictoire. Ceci a pour conséquence de rendre irréfragable l'effet suspensif de l'opposition.

Relativement aux matières où l'exécution provisoire est susceptible d'intervenir, il s'agit : de créances alimentaires, de créances contractuelles exigibles, d'expulsion fondée sur un titre foncier conférant des droits non contestés ou sur un bail écrit, assorti d'une clause résolutoire dont les conditions sont réunies, de réparation du dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne (pour ce qui est des frais et dépenses justifiés nécessités par les soins d'urgence et limités exclusivement aux frais de transport ou de transfert, aux frais pharmaceutiques, médicaux et d'hospitalisation), de salaire non contestés.

Le législateur a par ailleurs la possibilité pour le juge d'ordonner l'exécution provisoire en dehors des matières énumérées lui dans ce texte et dans les textes antérieurs<sup>22</sup>.

La portée de l'énumération de l'article 3 fait débat. Pour certains cette énumération est limitative<sup>23</sup>, pour d'autres elle n'est pas limitative<sup>24</sup>. Mais la thèse de l'énumération limitative emporte notre adhésion. Car, les indices de la non exhaustivité d'une énumération sont la mise au début de l'énumération de la formule « *entre autres* », « *notamment* » ou des formules similaires, ou l'utilisation des points de suspension à la fin de l'énumération. Toutefois, à l'analyse de ce texte, la philosophie qui fonde l'exécution provisoire reposerait sur deux éléments :

- la préservation de la vie qui peut être en dangers s'il faille attendre une décision ayant force de chose jugée pour agir. On peut y ranger les créances alimentaires, les créances de réparation de dommages physique nécessitant les soins d'urgence, les créances de salaires.

<sup>22</sup> Article 4(1) « *lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et qu'elle a été prononcée en dehors des cas prévus à l'article 3 ci-dessus...* »

<sup>23</sup> AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p.5 « *En définitive, tout porte à croire que contrairement à l'opinion de la haute juridiction, les cas d'exécution provisoire sont limitativement énumérés par la loi* » ; YOUANA YUOGO, à propos de la loi du 29 décembre 1989, Juridis Info, n° 3 spécial, pp. 28-37 ; TWENGEMBO dans son commentaire de la loi n° 92/008, Juridis Info, n° 12 spécial, p. 77 et s., les deux derniers cités par le premier dans sa note. Cour d'appel de l'Adamaoua à Ngaoundéré, Arrêt n°08/DE du 21 septembre 2016, inédit. « *l'article 3 de la loi n° 92/008 du 14 aout 1992 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice ... énumère de manière exhaustive les cas d'ouverture à la mesure d'exécution provisoire...* »

<sup>24</sup> TJOUEM (A-D), « *L'exécution des décisions de justice en droit camerounais* », op. cit., p. 433.

- La lutte contre les recours dilatoires en présence des situations non contestées. On peut ranger les créances contractuelles exigibles, l'expulsion fondée sur un titre foncier conférant des droits non contestés ou sur un bail écrit.

L'on peut alors comprendre pourquoi le législateur à l'article 4 alinéa 1 de la loi envisage la possibilité de l'exécution provisoire en dehors des cas prévus à l'article 3. En effet, la philosophie qui anime les cas énumérés à l'article 3 peut être décelée dans un cas qui n'a pas été énuméré dans ce texte. Seulement, le juge saisi aura les mains libres de l'accorder ou non suite à une demande alors que pour les cas énumérés à l'article 3, le juge peut ordonner d'office l'exécution provisoire. Cette position est d'ailleurs aussi celle de la Cour Suprême du Cameroun<sup>25</sup>.

Enfin, la loi a déclinée sans ambiguïté la procédure de défense à exécution provisoire.

## 2- Les incohérences de la loi n° 92/ 008 du 14 aout 1992.

L'examen de la loi n° 92/008 ne permet pas à l'analyste de se retenir d'observer sa mauvaise rédaction. Lorsqu'on prend l'alinéa 1 de son article 2, l'on décèle un problème qui se trouve dans l'expression « ..., l'exercice d'une voie de recours, à l'exception du pourvoi devant la Cour Suprême, ... ». L'utilisation de l'expression « voie de recours » sans un qualificatif légitime que l'on puisse retenir ici aussi bien les voies de recours ordinaires qu'extraordinaires. Cela induirait comme conséquence logique la reconnaissance de l'effet suspensif à l'opposition, à l'appel, à la tierce opposition, au recours en révision. Or il est de tradition que seules les voies de recours ordinaires<sup>26</sup> sont en principe suspensifs d'exécution<sup>27</sup>, les voies de recours extraordinaires<sup>28</sup> ne sont en principe pas suspensifs d'exécution<sup>29</sup>; des exceptions existant de part et d'autres<sup>30</sup>. Une rédaction améliorée de ce texte retiendrait une formule du genre : « (1) En matière non répressive, l'exercice d'une voie de recours ordinaire, suspend l'exécution de la décision de justice attaquée.

<sup>25</sup> C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994 « Attendu qu'il résulte de ces textes (faisant référence aux articles 3 et 4 de la loi n° 92/008) qu'il n'est pas interdit au juge d'ordonner l'exécution provisoire en dehors des cas y expressément prévus... ». Lex lata n°6, décembre 1994, p. 3

<sup>26</sup> L'opposition et l'appel.

<sup>27</sup> Selon l'article 539 du Code de procédure civile français, le délai prévu pour l'exercice d'une voie de recours ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

<sup>28</sup> La tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation.

<sup>29</sup> Selon l'article 579 du Code de procédure civile français, Le recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l'exercer ne sont pas suspensifs d'exécution si la loi n'en dispose autrement.

<sup>30</sup> Pour ce qui est des exceptions à l'effet suspensif des voies de recours ordinaire, on peut citer tous les cas d'exécution provisoire de droit ou ordonnée. Pour ce qui est des exceptions à l'impuissance des voies de recours extraordinaire à suspendre l'exécution de la décision qui en est frappée, on peut citer l'effet suspensif du pourvoi en cassation en matière de divorce et de séparation de corps consacré par l'article 248 al. 6 du code civil.

(2) *L'exercice d'une voie de recours extraordinaire, ne suspend l'exécution de la décision de justice attaquée que si une disposition légale le prévoit. »*

Par ailleurs, la rédaction de l'article 4 de cette loi crée une catégorie sui generis d'exécution provisoire. En effet, l'exécution provisoire a une *summa divisio* : l'exécution provisoire de droit ou d'office, et l'exécution provisoire facultative ou ordonnée. L'exécution provisoire de droit ou d'office est prescrite par le législateur. Elle n'a vocation à admettre de défenses à exécution provisoire que si le législateur le prévoit expressément, en vertu du principe de séparation des pouvoirs qui ne permet pas au juge de neutraliser la volonté du législateur. L'exécution provisoire facultative est laissée à l'appréciation du juge qui a la liberté de l'ordonner ou pas. Elle a vocation à admettre les défenses à exécution provisoire, ce qui est conforme au principe du double degré de juridictions. Or, la nature de l'exécution provisoire des cas énumérés par cette loi n'est pas clairement perceptible. Il y'a autant d'arguments qui militent pour la qualification d'exécution facultative que d'exécution de droit.

Pour la qualification d'exécution provisoire facultative, l'on peut retenir l'usage du verbe pouvoir conjugué au présent de l'indicatif qui précède l'énumération faite par l'alinéa 1 de l'article 3. L'expression « ... *le tribunal saisi peut ...ordonner ...* » traduit une faculté et non une obligation. De même, le fait que ce verbe ne soit pas accompagné de l'expression « *sur demande* », légitime aussi bien l'ordonnance sur demande d'une partie que l'ordonnance d'office par le juge de cette mesure sans une demande d'une partie.

En faveur de la qualification d'exécution provisoire de droit, l'on peut invoquer d'une part l'énumération des matières qui laisse croire que le législateur veut leur accorder un statut particulier. Plus déterminant est le rattachement des cas énumérés au bloc de l'exécution provisoire de droit quant au régime des défenses à exécution provisoire. En effet, les dispositions de l'article 4 rattachent les cas énumérés à l'article 3, au bloc de l'exécution provisoire de droit quant au régime des défenses à exécution provisoire. En disposant que « *lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et qu'elle a été ordonnée en dehors des cas prévus à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'Appel, sur demande de la partie appelante, ordonne les défenses à exécution provisoire de la décision.* », l'article 4 alinéa 1 établit une différence de régime entre les cas énumérés à l'article 3, et ceux qui n'y sont pas énumérés et qui ne relèvent pas de l'exécution provisoire de droit, mais plutôt relèvent en fait de l'exécution provisoire facultative. L'alinéa 2 du même article abonde dans le même sens en disposant que « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou lorsqu'elle est fondée sur les matières énumérées à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'Appel rejette la demande de défenses à exécution*

*provisoire de la partie appelante si la demande a un caractère manifestement dilatoire.* ». Les dispositions de cet article opèrent donc une assimilation des matières énumérées à l'article 3 aux cas d'exécution provisoire de droit, quant à l'admission ou non des défenses à exécution provisoire<sup>31</sup>. En effet, en conférant aux cas énumérés à l'article 3 la possibilité de l'exclusion des défenses à exécution provisoire, on pourrait y voir de nouveaux cas d'exécution provisoire de droit.

Mais le vrai problème est que cette disposition dilue la portée juridique des cas d'exécution provisoire de droit qui, normalement n'ont pas vocation à être suspendus<sup>32</sup> alors qu'ici, seule une demande de défense à exécution provisoire manifestement dilatoire est de nature à être rejetée. La volonté du législateur dans cette rédaction semble être double : premièrement, que les cas énumérés à l'article 3 constituent l'extension du domaine de l'exécution provisoire de droit. Deuxièmement, on devrait y voir l'approbation par le législateur de la pratique jurisprudentielle, qui ordonnait déjà les défenses à exécution provisoire dans des cas d'exécution provisoire de droit ; pratique décriée par une partie de la doctrine<sup>33</sup>.

Pour sortir de cette incertitude sur la nature de l'exécution provisoire de cette loi, deux voies alternatives sont possibles : la reformulation de l'article 3, ou celle de l'article 4. La rédaction de l'article 3 alinéa 1 prendrait cette nouvelle forme : « *Par dérogation aux dispositions de l'article 2 (1) ci-dessus, en cas de décision contradictoire ou réputée contradictoire, l'exécution provisoire est de droit dans les cas ci-après : ...* ». Quant à la reformulation de l'article 4, le législateur aurait consacré l'alinéa 1 de l'article à fixer le lecteur sur la nature de l'exécution provisoire des cas énumérés à l'article 3. Cela lui aurait permis écourter la rédaction des alinéas 2 et 3. On aurait alors l'alinéa 1 qui disposerait que : « *Les cas énumérés à l'article 3 ci-dessus relèvent de l'exécution provisoire de droit* ». L'alinéa 2 disposerait que « *Lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit, la Cour d'Appel, sur demande de la partie appelante, ordonne les défenses à exécution provisoire de la décision.* ». L'alinéa 3 quant à lui disposerait que « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit, la Cour*

<sup>31</sup> Dans le même sens, TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 434.

<sup>32</sup> Dans le même sens, TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 437 AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p. 5 ; VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd. 1981, n° 814.

<sup>33</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 437 AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p. 5 ; VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd. 1981, n° 814.

*d'Appel rejette la demande de défenses à exécution provisoire de la partie appelante si la demande a un caractère manifestement dilatoire. ».*

## **B- Les droits spécifiques de l'exécution provisoire.**

Page | 115

La référence aux droits spécifiques se justifie par le fait que les dispositions recensées ici sont tirées des textes n'ayant pas pour objet l'exécution provisoire des décisions de justice. Dans ces différents textes, le législateur se contentait juste de préciser que la décision à intervenir dans la matière traitée bénéficiera de l'exécution provisoire. Ces dispositions sont éparées (1), et aux antipodes du droit commun de l'exécution provisoire (2).

### **1- Une énumération éparse.**

Les textes éparés qui consacrent l'exécution de droit sont pour certains hérités de la colonisation, d'autres produits par le législateur post colonial. La législation héritée de la colonisation est plus abondante que la législation post coloniale. On la recense principalement dans deux textes : le Code de procédure civile et commerciale et le Code civil.

Pour ce qui est du Code de procédure civile et commerciale, l'on peut évoquer l'article 116 al. 5 qui consacre l'exécution provisoire pour les jugements sur la récusation des experts, l'article 181 al. 3 qui consacre la même mesure pour les ordonnances rendant exécutoire une taxe de frais en cas de désistement, l'article 185 qui consacre la même mesure pour les ordonnances de référé, l'article 438 qui consacre la même mesure pour les jugements sur demandes d'obtention des pièces détenues par des tiers, l'article 446 qui consacre la même mesure pour les jugements sur demande à fin de compulsoire<sup>34</sup>. Une partie de la doctrine<sup>35</sup> soutient que l'article 154 du Code de procédure civile et commerciale et l'article 235 du code civil accordent aux ordonnances sur requête l'exécution provisoire de droit. A la lecture de ces textes<sup>36</sup>, cet argument n'emporte pas adhésion. En effet le texte du code de procédure civile relève du titre quatorzième du livre premier, titre qui traite des règlements de juges en cas de

<sup>34</sup> Il s'agit d'une demande formée par une personne dans le cours d'une instance, en vue de se faire délivrer expédition ou extrait d'un acte dans lequel il n'a pas été partie.

<sup>35</sup> TJOUEN (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », p. 430.

<sup>36</sup> L'article 154 du code de procédure civile et commerciale dispose : « Sur le vu des demandes formées dans différents tribunaux, il sera rendu, sur requête, jugement portant permission d'assigner en règlement, et les juges pourront ordonner qu'il sera sursis à toutes procédures dans lesdits tribunaux. »

L'article 235 du code civil dispose : « Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait des observations qu'il croit convenables, ordonne au bas de la requête que les parties comparaitront devant lui au jour et heure qu'il indique, et commet un huissier pour notifier la citation. »

litispendance. Le texte du code civil quant à lui fait référence à l'ordonnance autorisant à citer en conciliation les époux qui s'engagent dans la procédure de divorce.

Pour ce qui est du Code civil, on peut citer son article 238 al. 4 qui consacre l'exécution provisoire pour les ordonnances de non conciliation entre époux engagés dans une procédure de divorce, l'article 307 al. 1 qui consacre la même mesure pour les ordonnances de non conciliation entre époux engagés dans une procédure de séparation de corps<sup>37</sup>.

La législation post coloniale est rare en la matière, certainement parce que législateur post colonisation a voulu regrouper les cas d'exécution provisoire de droit dans une seule loi depuis 1974, avec la loi n° 74/6 du 16 juillet 1974 portant exécution provisoire des décisions judiciaires en matières non répressives. L'on peut tout de même citer l'article 76 al. 4 de l'Ordonnance n° 81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques<sup>38</sup> qui consacre l'exécution provisoire pour les jugements sur demandes de pension alimentaire en cas d'abandon de famille<sup>39</sup> ; l'article 146 du Code du travail qui consacre la même mesure pour les jugements en matière de conflit individuel de travail<sup>40</sup>. L'article 32 de l'acte uniforme OHDA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution<sup>41</sup>.

## 2- Un contenu aux antipodes du droit commun de l'exécution provisoire.

Les formules utilisées tant par la législation héritée de la colonisation que par la législation post coloniale ne sont pas harmonisées d'une part, et sont en contradiction avec le texte qualifié de droit commun de l'exécution provisoire d'autre part.

S'agissant du manque d'harmonie, chaque texte y va avec son vocabulaire. L'article 116 alinéa 5 du Code de procédure civile et commerciale dispose que « *Le jugement sur la récusation sera exécutoire nonobstant appel* ». L'article 181 alinéa 3 du Code de procédure civile et commerciale dispose que « *cette ordonnance si elle émane du tribunal de première instance sera exécutée nonobstant opposition ou appel, elle sera exécutée nonobstant opposition si elle émane de la cour d'appel* ». L'article 185 du Code de procédure civile et

<sup>37</sup> L'article 307 al. 1 étant l'application à la séparation de corps des articles 236 à 244 du code civil qui traitent du divorce. C'est en cela que l'ordonnance de non conciliation qui y intervient bénéficie de l'exécution provisoire de droit.

<sup>38</sup> « *Le jugement rendu, (...), est exécutoire par provision nonobstant opposition ou appel...* »

<sup>39</sup> Il faut regretter le fait que ce texte parle de l'épouse abandonnée par son mari comme si l'épouse ne pouvait pas abandonner la famille, et même qu'elle ne pouvait être la plus nantie du couple.

<sup>40</sup> « *Le jugement peut ordonner l'exécution immédiate nonobstant opposition ou appel, et par provision...* »

<sup>41</sup>

commerciale dispose que « *Les ordonnances sur référé (...) seront exécutoire par provision (...) Elles ne seront pas susceptibles d'opposition (...) L'appel sera jugé d'urgence.* ». L'article 438 du Code de procédure civile et commerciale dispose que « *Le jugement sera exécutée nonobstant opposition ou appel* ». L'article 446 du Code de procédure civile et commerciale dispose que « *Le jugement sera exécutoire nonobstant appel ou opposition* ». L'article 238 du Code civil dispose que « *L'ordonnance sera exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel (...).* ». L'Ordonnance n° 81/02 est péremptoire : « *Le jugement rendu, (...), est exécutoire par provision* », alors que le code du travail laisse une faculté : « *Le jugement peut ordonner l'exécution immédiate nonobstant opposition ou appel, et par provision...* ».

Dans les autres cas à l'exception du dernier, on est indubitablement en présence d'exécution provisoire de droit, alors que dans le dernier cas, le doute est permis. Comme la loi n° 92/008, le Code du travail utilise le verbe pouvoir conjugué au présent de l'indicatif.

Pour ce qui est de la contradiction, l'article 3 alinéa 1 de la loi n°92/008 réserve l'exécution provisoire à la « *décision contradictoire ou réputée contradictoire* », alors que certains des textes cités notamment les articles 181, 438 et 446 du Code de procédure civile et commerciale ainsi que l'article 76 de l'Ordonnance n° 81/02 reconnaissent à la décision à intervenir le caractère exécutoire « *nonobstant opposition ou appel* » ; or l'opposition est le recours ordinaire contre une décision rendue par défaut. Comment résoudre ce conflit ? Qu'advierait-il si un jugement par défaut en matière sociale ordonnait son exécution provisoire ? Le Tribunal de première instance de Ngaoundéré a déjà eu à rendre un jugement par défaut assorti de l'exécution provisoire<sup>42</sup>. Le défendeur ayant interjeté appel, la Cour d'appel de l'Adamaoua a esquivé ce débat mais a ordonné les défenses à exécution provisoire au motif que le jugement querellé a ordonné l'exécution provisoire « *sur l'ensemble des condamnations prononcées contre la requérante en violation de l'article 3 de la loi n° 92/008 qui limite cette mesure aux salaires dus et accessoires de salaires non contestés par les parties au contrat de travail* »<sup>43</sup>. En matière de référé, la Cour d'Appel du Centre ordonne souvent les défenses à exécution provisoire en cas de décision par défaut assortie de l'exécution provisoire<sup>44</sup> sur le visa de l'article 3 alinéa 1 de la loi n° 92/008 et spécialement l'exigence du caractère contradictoire ou réputé contradictoire de la décision assortie de l'exécution provisoire. L'on devrait invoquer en guise de principe de solution, l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

<sup>42</sup> TPI Ngaoundéré, Jugement n° 23/ SOC du 04 mai 2016, inédit.

<sup>43</sup> CA Adamaoua, Arrêt n° 04/DE du 17/5/2017, inédit.

<sup>44</sup> CA Centre, Arrêt n° 85/DE du 05/3/2020, inédit. Dans le cas d'espèce, le requérant n'avait même pas visé l'article 3 alinéa 1 et la nature par défaut de l'ordonnance attaquée. Mais la Cour l'a évoqué d'office.

Ainsi, la loi n°92/008 constituant le droit commun de l'exécution provisoire, et l'article 146 du Code du travail étant une disposition spéciale, c'est la disposition spéciale qui devrait l'emporter. Mais cette argumentation juridiquement correcte n'est ni juste, encore moins équitable. L'exécution provisoire est déjà une faveur accordée au plaideur qui a gain de cause en instance, puisque cette décision est exposée à la reformation devant la juridiction d'appel. S'il faut lui accorder cette faveur alors même que son vis-à-vis n'a pas eu l'occasion de plaider sa cause, cela paraît excessif et même injuste.

Au demeurant, il est important pour la sécurité juridique du justiciable que le législateur mette un terme à cette cacophonie en recensant tous les cas débouchant à l'exécution provisoire dans un seul texte cohérent

## **II-LA CONTROVERSE SUR LA PERCEPTION DUALE DU CARACTERE DE L'EXECUTION PROVISOIRE DES ORDONNANCES**

Le caractère de l'exécution provisoire des ordonnances pose le problème de la portée de celle-ci. La question centrale qui se pose ici de savoir si les défenses à exécution provisoire sont à admettre pour tout type d'exécution provisoire ? La réponse à cette question connaît des nuances selon que l'on considère la position du législateur, de la doctrine, ou de la jurisprudence. Alors que doctrine et législateur admettent une exécution provisoire à double détention (A), la jurisprudence rejette cette idée (B).

### **A- L'admission d'une exécution provisoire à double détention.**

Il s'agit de la thèse qui soutient que la portée de l'exécution provisoire devrait varier suivant que l'on est en présence d'une exécution provisoire de droit, ou d'une exécution provisoire facultative. Cette thèse est l'œuvre de la doctrine (1), mal formulée par le législateur (2).

#### **1- La thèse doctrinale d'une exécution provisoire à double détention.**

La thèse doctrinale d'une exécution provisoire à double détention professe que l'exécution provisoire de droit ne devrait pas pouvoir être neutralisée par une décision du juge, alors que l'exécution provisoire facultative devrait pouvoir l'être. Les auteurs sont unanimes sur le fait que l'exécution provisoire facultative puisse être arrêtée par les défenses à exécution

provisoire<sup>45</sup>. En revanche, les positions sont divergentes quant à la faculté de neutralisation de l'exécution provisoire de droit par les défenses à exécution provisoire.

Une partie de la doctrine est catégorique sur l'exclusion des défenses à exécution provisoire, pour les cas d'exécution provisoire de droit<sup>46</sup>. La principale raison avancée est qu'autoriser la neutralisation de l'exécution provisoire dans une matière relevant des cas d'exécution provisoire de droit « *serait permettre au juge de remettre en cause le principe même d'une exécution provisoire de droit qui, par nature ne peut être discutée* »<sup>47</sup>.

Une autre partie de la doctrine n'admet qu'exceptionnellement les défenses à exécution provisoire pour les cas d'exécution provisoire de droit<sup>48</sup>. Ici le principe est que, pour les cas d'exécution provisoire de droit, les défenses à exécution provisoire sont exclues. La raison en est que l'exécution provisoire de droit se justifie « *par une présomption irréfragable d'urgence et attachée à une décision en raison de sa nature* »<sup>49</sup>. Pour les cas d'exécution provisoire de droit, les défenses à exécution provisoire sont exceptionnellement admises si et seulement s'il y'a abus, ou si l'exécution provisoire envisagée présente des conséquences prévisibles et irréparables pour la victime<sup>50</sup>. Mais l'on peut poser à ce courant la question de savoir si l'abus ou les conséquences prévisibles et irréparables de l'exécution provisoire pour la victime, annule la « *présomption irréfragable d'urgence* » dont jouit la décision bénéficiant de l'exécution provisoire de droit ?

L'exclusion des défenses à exécution provisoire dans les cas d'exécution provisoire de droit devrait emporter adhésion, par respect à deux sacrosaints principes en droit à savoir le principe de la séparation des pouvoirs et le principe du parallélisme des formes. Le principe de séparation des pouvoirs ne permet pas au législateur de prendre une loi pour régler un litige pendant devant les juridictions. Il interdit en retour au juge de faire échec à la volonté du législateur. Admettre les défenses à exécution provisoire dans les cas d'exécution provisoire de droit revient à permettre au juge de faire échec à la volonté du législateur. Le principe de

<sup>45</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit.

AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p.6;

YOUANA YUUEGO, à propos de la loi du 29 décembre 1989, Juridis Info, n° 3 spécial, pp. 28-37 ; TWENGEMBO dans son commentaire de la loi n° 92/008, Juridis Info, n° 12 spécial, p. 77 et s.

<sup>46</sup> AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p. 5 ; BAUGAS, l'exécution provisoire. Etude pratique de jurisprudence, Paris, 1958 ; LOYER-LAHRER, l'exécution provisoire, Gaz. Pal. 1982.I. doctrl154

<sup>47</sup> VINCENT, GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd. 1981, n°814.

<sup>48</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 437.

<sup>49</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », ibid.

<sup>50</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », ibid.

parallélisme des formes voudrait que ce soit l'autorité à qui est reconnu le droit d'accorder un privilège, soit celle à qui appartient le droit de retirer le privilège initialement accordé. Admettre les défenses à exécution provisoire dans les cas d'exécution provisoire de droit revient à permettre au juge de retirer au justiciable, un privilège qui lui a été accordé par le législateur.

Ce principe doit être assorti d'une exception. L'exécution provisoire de droit devrait pouvoir être exceptionnellement neutralisée par les défenses à exécution provisoire dans le cas où le premier juge a manifestement violé sciemment ou par ignorance la loi, dans la décision intervenant dans une matière bénéficiant de l'exécution provisoire de droit. La pratique donne quelques exemples : des décisions par défaut dans lesquelles le juge ordonne l'exécution provisoire<sup>51</sup> ; des décisions dans lesquelles le juge viole des règles de compétence, (cas d'un juge de référé ayant statué pour modifier les modalités d'exercice du droit de visite des enfants nés d'un couple telles que prononcées par le jugement de divorce n°2316/DCL rendue le 15 novembre 2018 par le TPD de Yaoundé Centre-Administratif)<sup>52</sup>, ou (cas d'un juge de référé ayant statué pour accorder des mesures provisoires relevant de la compétence exclusive d'une juridiction n'appartenant pas à l'ordre judiciaire)<sup>53</sup>. Il est tout de même nécessaire que cette exception puisse être consacrée expressément par la loi pour que le sacrosaint principe de la séparation des pouvoirs ne souffre d'aucune violation. A ce titre, l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi n° 97/018 du 07 août 1997<sup>54</sup> pourrait être modifié en ces termes : « *lorsque (...), la Cour d'appel n'ordonnera les défenses à exécution provisoire que si le premier juge a manifestement violé la loi par sa décision.* ».

## **2- La volonté mal exprimée du législateur pour une exécution provisoire à double détente.**

<sup>51</sup> TPI de Ngaoundéré, Jugement n° 23/SOC, du 04 mai 2016, inédit, censurée par la Cour d'appel de l'Adamaoua mais pas pour ce motif Arrêt n° 04/DE du 17 mai 2017, inédit ; TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n° 726/REF, du 23 août 2018, inédit, censurée par la Cour d'appel du Centre pour ce motif Arrêt n° 60/DE du 20 février 2020, inédit ; TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n° 510/D, du 25 juin 2019, inédit, censurée par la Cour d'appel du Centre pour ce motif Arrêt n° 85/DE du 05 mars 2020, inédit ; TPI de Yaoundé Ekounou, Ordonnance n° 142/RO/CIV, du 23 avril 2019, inédit, censurée par la Cour d'appel du Centre pour ce motif Arrêt n° 86/DE du 05 mars 2020, inédit.

<sup>52</sup> TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n° 444/C, du 11 juin 2019, inédit, censurée par la Cour d'appel du Centre pour ce motif Arrêt n° 98/DE du 02 avril 2020, inédit.

<sup>53</sup> TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n° 0024/D/HH, du 14 janvier 2020, inédit, censurée par la Cour d'appel du Centre pour ce motif Arrêt n° 139/DE du 07 mai 2020, inédit.

<sup>54</sup> Version actuelle de ce texte : « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou lorsqu'elle est fondée sur les matières énumérées à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'appel rejette la demande de défense à exécution provisoire de la partie appelante si ladite demande a un caractère manifestement dilatoire.* »

Le législateur prend position expressément pour la thèse d'une exécution provisoire à double détente dans l'article 4 de la loi n° 97/018. L'alinéa 1 de ce texte dispose que « *Lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et qu'elle a été prononcée en dehors des cas prévus à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'appel, sur la demande de la partie appelante, ordonne les défenses à exécution provisoire de la décision.* ». l'alinéa 2 du même texte dispose que « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou lorsqu'elle est fondée sur les matières énumérées à l'article 3 ci-dessus, la Cour d'Appel rejette la demande de défenses à exécution provisoire de la partie appelante si la demande a un caractère manifestement dilatoire.* ». Par ce texte, la volonté du législateur pour une exécution provisoire à caractère distinct suivant qu'il s'agit de l'exécution provisoire facultative ou de l'exécution provisoire de droit est perceptible. Mais cette volonté est mal exprimée. D'abord, le législateur évite d'utiliser l'expression « *exécution provisoire facultative* », or c'est à ça qu'il fait allusion dans l'alinéa 1 en utilisant une formule kilométrique. En effet, lorsque le législateur de 1997 dans l'alinéa 2 énonce que « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit ...* », il s'agit des cas antérieurement prévus par la législation héritée de la colonisation comme devant bénéficier de l'exécution provisoire. Lorsqu'il continue en énonçant que « *...lorsqu'elle est fondée sur les matières énumérées à l'article 3 ci-dessus...* », il s'agit des matières auxquelles il veut faire bénéficier l'exécution provisoire. Les matières énumérées à l'article 3 s'unissent aux matières énumérées par la législation héritée de la colonisation, pour former le domaine de l'exécution provisoire de droit en droit camerounais. Le législateur a raté l'occasion qu'il avait de regrouper dans un seul texte, les différentes matières auxquelles il fait bénéficier l'exécution provisoire. Cela aurait simplifié la tâche aussi bien aux acteurs de la justice qu'aux chercheurs. Cette loi aurait alors été baptisée *loi fixant les dispositions relatives à l'exécution provisoire des décisions de justice.*

Par ailleurs, la formulation actuelle des alinéas 1 et 2 de cet article 4 semble transformer la Cour d'Appel en automate par les formules du genre : « *Lorsque ... la Cour d'Appel, ... ordonne les défenses à exécution provisoire de la décision* » ; « *Lorsque ... la Cour d'Appel, ... rejette la demande de défenses à exécution provisoire ...* ». Sauf méprise, la première formule signifie que lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et est ordonnée dans des cas non énumérés par le législateur à l'article 3, la Cour d'Appel n'a d'autre choix que d'ordonner les défenses à exécution provisoire sur demande de la partie appelante. Si cette interprétation est exacte, autant mieux affirmer le caractère absolu de l'effet suspensif de l'appel en ces matières. Cela ferait une économie de procédure à l'appelant, et d'audience à la Cour d'Appel. La deuxième formule reste muette sur l'attitude à adopter par la Cour d'Appel, lorsque la demande

de défenses à exécution provisoire de la partie appelante concerne une matière relevant de l'exécution provisoire de droit, demande n'ayant pas un caractère manifestement dilatoire. La Cour sera-t-elle tenue d'ordonner les défenses à exécution provisoire ? Une chose est certaine, l'argument a contrario interdit le rejet d'une demande qui n'a pas un caractère manifestement dilatoire. Cette lecture a d'ailleurs déjà été faite par une Cour d'Appel<sup>55</sup>.

Cet article 4 devrait être reformulé. L'on pourrait alors avoir une formule du genre : « Dans les matières où l'exécution provisoire n'est pas consacrée par la loi, la Cour d'Appel peut, sur demande de la partie appelante, ordonner les défenses à exécution provisoire.

*Dans les matières où l'exécution provisoire est consacrée par la loi, la Cour d'appel n'ordonnera les défenses à exécution provisoire que si le premier juge a manifestement violé la loi par sa décision. ».*

Cette reformulation aura alors le mérite d'une part d'harmoniser le régime de chacun des deux types d'exécution provisoire, d'autre part, de consacrer l'exception au caractère de l'exécution provisoire de droit qui en principe ne devrait pas être neutralisée par le juge.

## **B- Le rejet d'une exécution provisoire à double détente.**

Le rejet d'une exécution provisoire à double détente est l'œuvre de la jurisprudence. En effet, deux éléments distinguent l'exécution provisoire de droit de l'exécution provisoire facultative. Le premier élément de distinction est l'origine de la mesure. Le deuxième élément de distinction est la faculté de neutralisation de la mesure. La jurisprudence refuse d'opérer une distinction entre les deux types d'exécution provisoire. Elle prononce systématiquement l'exécution provisoire quel que soit le type (1), et neutralise l'exécution provisoire quelle qu'en soit l'origine (2).

### **1- Le prononcé systématique de l'exécution provisoire par les juridictions du premier degré.**

L'un des éléments qui distinguent l'exécution provisoire de droit de l'exécution provisoire facultative est l'origine de la mesure. Alors que l'exécution provisoire de droit émane

---

<sup>55</sup> CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 63/DE du 20 février 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif « qu'il serait imprudent de faire exécuter le jugement entrepris en ce que la situation juridique des parties étant susceptible de changer, le préjudice résultant d'une telle exécution serait irréversible », bien que l'arrêt reconnaît que « l'exécution provisoire litigieuse est de droit en ce que l'expulsion prononcée par le premier juge est fondée sur un titre foncier ; qu'en pareille hypothèse, l'article 3 alinéa 4 de la loi sus évoquée prescrit le rejet de la requête aux fins des défenses à exécution lorsqu'elle revêt un caractère manifestement dilatoire ».

du législateur et par conséquent n'a pas besoin d'être prononcée par le juge pour produire l'effet escompté<sup>56</sup>, l'exécution provisoire facultative émane du juge et a besoin d'être prononcée par ce dernier pour produire l'effet escompté. En effet, pour les cas où le législateur a consacré l'exécution provisoire, le plaideur n'a pas besoin de demander cette mesure<sup>57</sup>. Certains pensent que le tribunal n'a pas besoin de l'ordonner<sup>58</sup>, d'autres pensent que le tribunal peut l'ordonner même d'office<sup>59</sup>. Dans les matières où le législateur consacre l'exécution provisoire, celle-ci n'a pas besoin pour produire effet, ni à être demandée par le plaideur, ni à être ordonnée par le juge. Mais la pratique dans les prétoires est aux antipodes de cette position. Toutes les décisions des juridictions du premier degré ordonnent l'exécution provisoire, sans se soucier du fait que celle-ci est déjà consacrée par le législateur. Les formules utilisées varient d'une juridiction à une autre<sup>60</sup>, et même d'un juge à un autre au sein d'une même juridiction<sup>61</sup>.

La présence d'une des multiples formules recensées est-elle nécessaire dans la pratique ? La réponse affirmative s'impose dans l'hypothèse d'une exécution provisoire facultative, car c'est elle qui donne force exécutoire à la décision rendue. En revanche, la réponse semble devoir être nuancée dans l'hypothèse d'une exécution provisoire de droit, grâce à la décomposition d'une des multiples formules recensées. Relativement à la force exécutoire de la décision (« *disons notre ordonnance exécutoire...* »), la reprise par le juge du caractère exécutoire de la décision rendue est surabondante. Que cette formule soit dans le dispositif de la décision ou

<sup>56</sup> BAUGAS, l'exécution provisoire. Etude pratique de jurisprudence, Paris, 1958, p. 28 ; TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 434. AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, op. cit., p.6;

<sup>57</sup> Dans le même sens, BAUGAS, l'exécution provisoire. Etude pratique de jurisprudence, ibid. ; TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », op. cit., p. 434. AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, ibid.

<sup>58</sup> Dans le même sens, BAUGAS, l'exécution provisoire. Etude pratique de jurisprudence, ibid. ; AKAM AKAM (A.), note sous, C.S. Arrêt n°190/p du 18 aout 1994, ibid.

<sup>59</sup> TJOUE (A-D), « L'exécution des décisions de justice en droit camerounais », ibid.

<sup>60</sup> TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n°466/C/CE du 18 juin 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement* » TPI de Yaoundé-Ekounou, Ordonnance n°142/RO/CIV du 23 avril 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement* » ; TGI du Mfoundi, Ordonnance n°249 du 12 septembre 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement nonobstant toutes voies de recours* »

<sup>61</sup> TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n°466/C/CE du 18 juin 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement* » TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n°177/C du 28 février 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement nonobstant toutes voies de recours* » TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n°780/RO/C du 12 septembre 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire par provision, sur minute et avant enregistrement* » TPI de Yaoundé Centre-Administratif, Ordonnance n°726/REF du 23 aout 2018 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement nonobstant toutes voies de recours* » ;

TGI du Mfoundi, Ordonnance n°193 du 18 juillet 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement* » ; TGI du Mfoundi, Ordonnance n°130 du 16 mai 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement* » ; TGI du Mfoundi, Ordonnance n°249 du 12 septembre 2019 « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute avant enregistrement nonobstant toutes voies de recours* ».

pas, le greffe devrait y apposer la formule exécutoire dont a besoin toute décision de justice pour le recours à une exécution forcée, sur la base des dispositions légales qui prévoit en la matière, l'exécution provisoire. Relativement aux modalités d'exécution, l'on pourrait trouver une utilité à la présence de l'une des multiples formules recensées. L'on pourrait y voir un usage destiné à faciliter la tâche au greffe par rapport à la manipulation de la formule exécutoire. Ainsi, à l'aperçu de cette formule, le greffier n'a-t-il plus à chercher si la matière bénéficie d'une exécution provisoire de droit. L'on pourrait en outre y voir une autorisation accordée au greffe de prêter à l'agent chargée de l'exécution pour les besoins de cette dernière, la minute dont le greffe n'est pas autorisé de se dessaisir (« *disons notre ordonnance ...sur minute...* »). L'on pourrait enfin y voir une remise à plus tard accordée par le juge au plaideur, du paiement des droits d'enregistrement qui sont un impôt devant être payé avant l'exécution de la décision (« *disons notre ordonnance ...avant enregistrement...* »).

La multiplicité des formules laisse un sentiment de désordre dans un secteur qui par nature devrait être ordonné. La décomposition des formules faite ici présente trois éléments dont la présence est importante : la déclaration du caractère exécutoire de la décision rendue dans le cas où ce caractère n'est pas légalement consacré, l'autorisation d'utilisation de la minute pour l'exécution, et la dérogation à l'exigence du paiement préalable des droits d'enregistrement. Partant sur cette base, préférence devrait être portée sur la formule « *disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement* ». Car, les autres formules recensées intègrent des mentions surabondantes. La formule « *disons notre ordonnance exécutoire par provision, ... nonobstant toutes voies de recours* » contient un pléonasme. En effet l'exécution d'une décision d'instance susceptible de recours, se fait par provision ; et si elle est déclarée exécutoire par la loi ou le juge, cela suppose qu'elle peut être exécutée malgré la possibilité de recours et le recours contre elle.

## **2- La généralisation de la faculté de neutraliser l'exécution provisoire par les juridictions du second degré.**

La faculté de neutralisation de l'exécution provisoire est l'autre élément qui distingue l'exécution provisoire de droit de l'exécution provisoire facultative. Alors que l'exécution provisoire facultative peut être neutralisée sans problème, la neutralisation de l'exécution provisoire de droit par le juge pose quelques problèmes. Adhésion a déjà été faite à la thèse selon laquelle les défenses à exécution provisoire devaient en principe être exclues dans les cas d'exécution provisoire de droit, par respect au principe de la séparation des pouvoirs et celui du

parallélisme des formes. Mais que le principe d'exclusion des défenses à exécution provisoire devait être assorti d'une exception ; l'exécution provisoire de droit devant pouvoir être exceptionnellement neutralisée par les défenses à exécution provisoire dans le cas où le premier juge a manifestement violé sciemment ou par ignorance la loi, dans la décision intervenant dans une matière bénéficiant de l'exécution provisoire de droit. Les Cours d'Appel ont toujours adopté l'admission des défenses à exécution provisoire, dans les cas d'exécution provisoire de droit, en se fondant sur un texte qui leur servait de béquille. Dans une étude qui date de 1994, M. AKAM AKAM André, faisait remarquer que les juges d'appel accordaient souvent des défenses à exécution provisoire à propos des ordonnances de référé en se fondant sur l'article 4 de la loi n° 92/008 du 14 août 1992 fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice<sup>62</sup>. Que pour refuser les défenses à exécution provisoire dans la même matière, les juges d'appel n'avançaient pas comme argument leur incompatibilité avec l'exécution provisoire de droit, mais plutôt la violation du même texte.

La situation n'a pas changée avec le temps, mais une évolution est tout de même perceptible. Les juges d'appel continuent à ordonner les défenses à exécution provisoire dans les matières où l'exécution provisoire est consacrée par la loi. En matière d'ordonnance de non conciliation<sup>63</sup>, en matière de référé<sup>64</sup>, en matière d'expulsion sur la base d'un titre foncier<sup>65</sup>. Au regard de ces grossières erreurs des premiers juges dans les cas d'exécution provisoire de droit, force est d'admettre que l'exécution provisoire de droit devrait être neutralisée en présence

<sup>62</sup> CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 179/CC du 23 avril 1993.

<sup>63</sup> CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 71/DE du 05 mars 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif que « *le premier juge n'a pas déterminé le montant exact de la contribution du requérant dans l'installation de la requise* ».

<sup>64</sup> CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 139/DE du 07 mai 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif que le « *juge des référés est incompétent à connaître d'un différend portant sur des immeubles sus indiqués* » parce que non immatriculés. CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 89/DE du 02 avril 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif que le « *juge des référés a modifié les modalités d'exercice du droit de visite des enfants ... prononcées par le jugement de divorce n° 2316/DCL du 15 novembre 2018* » du TPD de Yaoundé Centre-Administratif. CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 46/DE du 06 février 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif que le « *juge des référés n'a pas effectué un transport judiciaire sur le site litigieux* » alors qu'il a « *débouté (le requérant) de son action en arrêt des travaux comme non fondée au motif qu'il n'a pas vu effectivement lesdits travaux* »;

CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 87/DE du 05 mars 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été refusées au motif que « *l'article 4 alinéa 2 de la loi sus évoquée (loi n° 97/018) prescrit le rejet de la requête lorsque l'exécution provisoire querellée est de droit et que les arguments développés par le requérant sont tel que celle-ci revêt un caractère manifestement dilatoire* ».

<sup>65</sup> CA du centre à Yaoundé, Arrêt n° 63/DE du 20 février 2020, inédit, où les défenses à exécution ont été ordonnées au motif « *qu'il serait imprudent de faire exécuter le jugement entrepris en ce que la situation juridique des parties étant susceptible de changer, le préjudice résultant d'une telle exécution serait irréversible* », bien que l'arrêt reconnaît que « *l'exécution provisoire litigieuse est de droit en ce que l'expulsion prononcée par le premier juge est fondée sur un titre foncier ; qu'en pareille hypothèse, l'article 3 alinéa 4 de la loi sus évoquée prescrit le rejet de la requête aux fins des défenses à exécution lorsqu'elle revêt un caractère manifestement dilatoire* ».

d'une violation flagrante de la loi par le premier juge. Seulement, corriger une violation de la loi par une violation de la loi ne semble pas être une bonne solution. Aussi serait-il utile que le législateur consacre expressément le principe de la non neutralisation de l'exécution provisoire de droit, ainsi que son exception.

### Conclusion

Il convient au moment où cette réflexion tire à fin de s'interroger sur les suites éventuelles de l'exécution provisoire. Car en effet, qu'elle soit de droit ou facultative ; l'exécution provisoire est fondée sur un titre provisoire, exposé à la reformation par une juridiction supérieure. Quel serait donc le sort de l'auteur d'une exécution provisoire dont le titre est reformé emportant la perte du droit provisoire qu'il a exécuté provisoirement ? Dans une précédente étude<sup>66</sup>, cette question a été abordée. L'article 32 al. 2 de l'acte uniforme OHDA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution dispose que l'exécution provisoire se fait « *aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part* ».

---

<sup>66</sup> BILLONG BILLONG (E.), *Le contentieux de l'exécution au Cameroun selon l'acte uniforme OHADA relatif aux voies d'exécution*, mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2003, pp 33-36.

## Le Télétravail au Maroc : entre vide juridique et pratique managériale des entreprises\*

*Telework in Morocco: between legal vacuum and corporate practices*

Par : Page | 127

**Hamza JABIR**

Doctorant en Droit Privé, LSJDD\* FSJES

Université IBN ZOHR- Agadir- Maroc

**Kamal LAGTATI**

Enseignant Chercheur, LSJDD FSJES

Université IBN ZOHR-Agadir- Maroc

### **Résumé :**

*Le télétravail est une pratique de plus en plus courante dans les entreprises, mais qui soulève des enjeux juridiques et managériaux importants. Cependant, même si le télétravail présente un risque important pour la vie privée des télétravailleurs, il contribue quoi qu'il en soit, à façonner de nouvelles organisations du travail et inspire des innovations sociales qui peuvent améliorer la productivité des entreprises et instaurer une nouvelle dynamique dans la relation de travail. L'enjeu principal pour les législateurs est de trouver un équilibre à la fois pour les employeurs et les employés dans le cadre de télétravail pour que chacun y trouve son compte. Au Maroc, il est devenu nécessaire et même urgent de mettre en place un régime juridique adapté au télétravail, afin de garantir les droits des salariés, de clarifier les obligations des employeurs et de faciliter la mise en place de cette pratique par les petits et moyens entreprises.*

**Mots clés :** Télétravail, pratique managériale des entreprises, vie privée, les droits des salariés, la relation de subordination.

\* L'article a été réalisé avec le soutien financier du CNRST dans le cadre du Programme de la Bourse d'Excellence

\* Laboratoire de Recherche en Sciences juridiques et Développement Durable (LSJDD).

**Abstract:**

*Telework is an increasingly common practice in companies, but it raises important legal and managerial issues. However, even if telework presents a significant risk for the private life of teleworkers, it contributes in any case to shape new work organizations and inspires social innovations that can improve the productivity of companies and establish a new dynamic in the work relationship. The main issue for legislators is to find a balance for both employers and employees in the context of telework so that everyone can find their own way. In Morocco, it has become necessary and even urgent to establish a legal regime adapted to telework, in order to guarantee employees' rights, to clarify employers' obligations and facilitate the implementation of this practice by small and medium-sized companies.*

**Keywords:** Telework, managerial practice of companies, private life, employees' rights, subordination relationship.



## Introduction

Depuis les années 70 et avec le développement accru des nouvelles technologies d'informations et de communications, le télétravail est devenu, un mode alternatif d'organisation de travail, notamment dans les pays industrialisés. L'utilisation des TIC a en effet, bouleversé les relations de travail et les a complexifiés du point de vue juridique. Il a transformé le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail et a bousculé les règles classiques applicables aux relations individuelles du travail<sup>1</sup>.

En effet, la pandémie Covid 19 a accéléré l'adoption du télétravail au sein des entreprises, car cela a permis de limiter les contaminations et de respect des réglementations limitent la circulation. Les activités sont limités et les employés de leurs part sont soumis à des réglementations limitent la circulation<sup>2</sup>. De plus de nombreux employés doivent jongler entre leurs obligations professionnelles et personnelles<sup>3</sup>. Ce qui a rendu le télétravail plus pertinent pour maintenir la continuité des activités des entreprises. En incitant leur personnel à travailler à distance et à utiliser des outils tels que la visioconférence, les services infonuagiques et les réseaux privés virtuels (VPN). Les entreprises qui avaient déjà des capacités du télétravail ou qui ont réussi à s'adapter rapidement, ont peu effectué une transition en douceur vers le télétravail et à maintenir leur niveau de production<sup>4</sup>.

Sur le plan juridique, le télétravail interroge sur sa réglementation. Ce nouveau mode de travail ne dispose pas d'un cadre juridique qui lui est propre. Le cadre normatif général encadrant le droit de travail a été façonné par une conception traditionnelle du travail marqué par une supervision et un contrôle direct de l'employeur au sein d'entreprises. A cet effet, les pratiques juridiques et managerielles doivent se rencontrer et évoluer ensemble afin de répondre aux défis relevés par ces nouveaux modèles de relations du travail dans la société de l'information.

Si le télétravail questionne le droit social, il remet surtout en question certaines pratiques de gestion, particulièrement en matière de management humain, en questionnant la règle des trois unités (de lieu, de temps et d'action) qui caractérise traditionnellement l'exercice de toute activité professionnelle et managériale. De ce bouleversement émerge certains enjeux socio-

<sup>1</sup> Emmanuel RAY, (J), (2010), *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Liaisons, 2010.

<sup>2</sup> OCDE (2020), Effets positifs potentiels du télétravail sur la productivité à l'ère post-COVID-19 : quelles politiques publiques peuvent aider à leur concrétisation ?, Éditions OCDE, Paris,

<sup>3</sup> OCDE (2021), *OECD Digital Economy Outlook 2020*, Éditions OCDE, Paris.

<sup>4</sup> NSEE (2020), Durée travaillée et travail à domicile pendant le confinement : des différences marquées selon les professions, INSEE Focus n° 207, 14 octobre 2020.

économiques et de gestion, tels que la conciliation entre vie privée et vie professionnelle (lorsque le travail pénètre l'espace et les temps privés), l'exercice du contrôle managérial ou encore la socialisation des travailleurs.

Le télétravail en manque de régulation répondant aux préoccupations du moment en matière de mobilité ou de qualité de vie, le télétravail s'impose aujourd'hui comme un mode d'organisation flexible du travail. Essentiellement pratiqué de manière informelle, il appelle des modes de régulation spécifiques, dans un cadre juridique renouvelé.

Le télétravail représente ainsi, des avantages indéniables aussi bien pour le salarié que pour l'entreprise qui grâce à cette organisation peut réaliser certaines économies, notamment celles liées aux couts des locaux et de transport. Il lui permet également de s'ouvrir au réseau mondial Internet même si cette ouverture la rend vulnérable. En contrepartie, l'entreprise doit assumer de nouvelles responsabilités et adopter des comportements loyaux et transparents afin de préserver la vie privée des salariés.

L'objectif de cette étude est de soulever l'ensemble de ces problématiques tout en essayant d'y apporter des réponses. Sera traité dans une première partie le cadre juridique du télétravail en droit marocain. Quant à la deuxième partie, elle traitera des enjeux managériaux du télétravail et les nouvelles obligations et responsabilités de l'employeur et de salarié dans le cadre ce mode d'organisation de travail.

## I- LE REGIME JURIDIQUE DU TELETRAVAIL AU MAROC

L'utilisation permanente des technologies de l'information et de communication dans l'entreprise a changé le schéma classique de relations individuelles du travail et conduit à l'émergence d'un nouveau mode d'organisation du travail, qui porte désormais le nom du « *Télétravail* », que nous allons essayer de la définir (A), on précisant ses aspects juridiques (B).

### A- Définition du télétravail

Le télétravail en tant que mode d'organisation de travail suppose des changements organisationnels au sein de l'entreprise, en utilisant les nouvelles technologies d'information et de communication. Il permet aux entreprises de moderniser l'organisation du travail et aux salariés de concilier entre la vie professionnelle et la vie sociale<sup>5</sup>. En effet, la notion du

<sup>5</sup> BARBEY (M), Sophie CLAVERIE (M) et Julie JARRY (J) « Les nouveaux modes d'organisation du travail », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2009, n° 6

télétravail n'a été définie de manière assez claire qu'en 1994, par le français Thierry BRETON, dans son rapport sur « *le télétravail en France* ». Selon lui, le télétravail suppose la réunion de trois conditions ; il faut d'abord qu'il y ait de la distance entre le lieu d'exécution du travail et du lieu où le fruit de ce travail est attendu<sup>6</sup>. Ensuite, le donneur d'ordre (employeur) ne doit pas avoir la possibilité de contrôler ou surveiller physiquement l'exécution de la prestation par le salarié. Enfin, ce mode de travail suppose l'utilisation des nouvelles technologies de communication. Il en résulte que, le télétravail est une organisation nouvelle permettant l'exécution d'une prestation à distance au moyen des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), et qui peut être, soit au domicile de salarié, soit dans d'autres lieux. Il est important de noter que le lien de subordination qui constitue la pierre angulaire de tout contrat de travail classique, n'est pas remis en cause, et cela pour la simple raison que le télétravail à domicile peut s'inscrire dans un rapport salarial de droit commun.

L'Accord Cadre Européen signé le 16 juillet 2002 a défini le télétravail comme « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat du travail et dans laquelle, un travail, qui aurait pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces lieux de façon régulière* »<sup>7</sup>. En d'autres termes le télétravail implique l'utilisation des technologies d'information pour permettre à un travailleur d'exécuter la prestation du travail en dehors des locaux de son employeur de manière régulier, dans le cadre d'un contrat de travail<sup>8</sup>.

De son côté, l'organisation International de travail, a mis en évidence dans un rapport daté de 1990, qui étant donné la multiplication croissante des réseaux de communications et les nouvelles formes de travail, il est difficile de donner une définition commune du télétravail. Toutefois, certaines analystes identifiant trois principaux critères conceptuels à cet égard ; le mode d'organisation, le lieu d'exécution et la technologie employée.

En France, c'est depuis 2012 que, le code du travail est réformé par ordonnance et les possibilités d'accès au télétravail sont considérablement encadrées. L'article L1222-9 du Code du travail a défini ainsi le télétravail comme « *Le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de*

<sup>6</sup> BOURRIE –QUENILLET (M), « Droit, Communication électronique et gestion des relations du travail » *acte de colloque, Droit gestion des affaires*, Faculté SJES de Rabat-Agdal Samedi 19 mai 2007.

<sup>7</sup> L'Accord Cadre Européen signé en 16 juillet 2002 sur le télétravail.

<sup>8</sup> DJOLO (M), L'analyse du régime juridique relatif au télétravail au regard de l'accord-cadre européen s'y réfèrent.

*l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication*<sup>9</sup>». Cependant, Le télétravail peut être mis en place dans l'entreprise de trois manières différentes. Par accord collectif, ou bien par charte, ou bien par simple accord entre l'employeur et le salarié. En principe, si des délégués syndicaux sont présents dans l'entreprise, il est généralement recommandé de négocier un accord collectif avec eux pour mettre en place sur le télétravail. Cet accord collectif doit être signé par des délégués syndicaux, ainsi que par l'employeur ou son représentant.

Le télétravail peut aussi être mis en place par le biais d'une charte d'entreprise élaborée par l'entreprise-employeur après consultation du Comité social et économique. Mais s'il y a des délégués syndicaux dans l'entreprise, la charte ne pourra être mise en place que dans l'hypothèse où une négociation sur le télétravail a été engagée entre l'employeur et les délégués syndicaux, mais qu'elle a échoué et qu'il n'a pas été possible d'aboutir à un accord. Enfin, si aucun accord n'a pas été signé avec les partenaires sociaux, et en l'absence de charte mise en place dans l'entreprise, le télétravail peut être mis en place par accord entre l'employeur et le salarié, sans négociation collective ou établissement de charte. Cependant, dans ce cas, il est important de s'assurer que cet accord respecte les dispositions légales et réglementaires en matière de télétravail et les conventions collectives éventuelles applicables dans l'entreprise.

Le code de travail français a été modifié également par l'ordonnance n°2017/1387, du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, appelée aussi l'ordonnance « *Macron* ». Cette dernière a introduit des règles spécifiques pour encadrer le recours au télétravail et a précisé les obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité des salariés travaillant à distance. Elle a également clarifié les modalités de négociation d'un accord collectif sur le télétravail et a élargi le champ d'application des règles relatives à l'aménagement du temps de travail pour les salariés travaillant à distance<sup>10</sup>.

Contrairement au législateur français, législateur marocain n'a pas définie la notion du télétravail et les dispositions en vigueur ne prévoient pas les conditions de recours à cette organisation du travail, ni les modalités de son application. Même si le législateur a évoqué la question de travail à domicile dans le code de travail, cette notion ne correspond pas à la notion

<sup>9</sup> Article 46 de la loi n°2012-387 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. Cette loi a complété le code de travail français et a créé notamment les articles L.1222-9 à -11 du Code du travail.

<sup>10</sup> BRETON (T), (1993), *Le télétravail en France. Situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, La documentation française.

de télétravail, tel qu'elle est reconnu aujourd'hui. Il est à noter que, si dans le secteur privé, le législateur marocain n'a prévu aucune disposition relative au télétravail, dans le secteur public, le ministre de l'économie, des finances et de la réforme de l'administration a publié en 15 avril 2020, c'est –à-dire au cours de la pandémie Covid 19, un guide du télétravail pour les administrations publiques. Il est à noter également qu'une loi est en cours de préparation et qui va réglementer le télétravail au sein de la fonction publique au Maroc<sup>11</sup>.

La plupart de définitions proposées ne sont en fait que des tentatives de précision d'un « *concept simple mais flou* ». Le concept de télétravail sous-entend toujours la distance géographique et l'utilisation des Nouvelles technologies d'information et de communication (NTIC). Mais un problème émerge dès que l'on tente de savoir ce que recouvre la distance et ce que l'on entend par utilisation des NTIC. La situation n'est en effet pas la même si, pour être reconnu comme télétravailleur, il faut se trouver perpétuellement ou non à distance. En outre, la réponse à la question : à distance de qui (ou de quoi) ? Peut être très variable et l'est d'autant plus qu'aujourd'hui la flexibilité et la mobilité sont devenues des préceptes organisationnels.

Il convient de noter que le télétravail représente une nouvelle manière de travailler qui répond à un enjeu de développement durable en nous incitant à repenser notre manière de considérer le travail. Pour les salariés habitués à travailler dans leurs locaux, le télétravail permet d'éviter les déplacements domicile-travail quotidiens, ce qui peut contribuer à limiter le nombre élevé des déplacements professionnels effectués chaque année, ainsi qu'à réduire l'impact environnemental lié au travail. En plus, le télétravail peut aider à réduire les émissions de gaz à effet de serre qui sont générées par nos espaces de travail, tels que la climatisation, le chauffage, la construction et l'entretien des bâtiments de bureaux.

### **B- La relation employeur – salarié dans le télétravail**

Le télétravail est considéré comme une innovation organisationnelle de plus en plus demandée pour être intégrée dans le marché d'emploi. Et cela en raison de sa capacité à changer la façon dont les entreprises fonctionnent et interagissent avec leurs employés. Il permet aux travailleurs d'exécuter une activité professionnelle, en tout ou en partie, à distance-c'est-à-dire, hors des abords immédiats de l'endroit où le résultat de ce travail est attendu et en dehors de

---

<sup>11</sup> Le projet de décret réglemente tous les aspects relatifs à la possibilité de travailler à distance pour les cadres et les fonctionnaires de l'administration publique en plus des conditions à respecter le cas échéant.

toute possibilité physique pour le donneur d'ordre de surveiller l'exécution de la prestation au moyen des NTC.

Pour que les obligations qu'imposent le droit commun et les lois du travail s'appliquent au télétravailleur, encore faut-il qu'une relation employeur-salarié soit reconnue. Le salarié est toute personne qui travaille pour un employeur moyennant une rémunération<sup>12</sup>. Ainsi, pour qualifier la relation employeur – salarié un contrat de travail doit lier les parties. Le code de travail marocain, définit le contrat de travail comme « *celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige pour un temps limite et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur* »<sup>13</sup>. Trois éléments essentiels se dégagent de cette définition : un travail, une rémunération et un lien de subordination. Le premier élément, le travail consiste en une activité productive ou créatrice nécessaire à l'accomplissement d'une tâche. Le deuxième élément, la rémunération doit être comprise dans un sens large : elle ne se limite pas au salaire, mais inclut également les primes de rendement, les avantages sociaux, les indemnités de déplacement et toute autre forme de gains<sup>14</sup>.

Le troisième élément, le lien de subordination est l'élément le plus caractéristique du salariat. Il est plus difficile à déceler et s'infère de plusieurs indices dont, la capacité de pouvoir imposer des mesures disciplinaires. Cet élément soulève plusieurs difficultés lorsqu'il s'agit du télétravail, avec le dépassement des modèles classiques d'organisation du travail, modèles qui plaçaient l'établissement industriel au cœur de l'organisation, les rapports de direction et de contrôle entre l'employeur et le salarié sont plus difficilement décelables. C'est dans ce sens, qu'un auteur<sup>15</sup> propose le vocable « *télé subordination* », pour rendre compte de cette subordination qui s'opère à distance, en utilisant les outils informatiques. Cette technique à notre sens, poussera les entreprises à modifier leurs processus de gestion, et de contrôle envers leurs salariés, sans que cela ait nécessairement pour effet de leur permettre une grande autonomie professionnelle.

A cet effet, nous pouvons constater que le télétravail répond aux trois éléments définissant un contrat de travail, et que l'utilisation des TIC (lorsqu'il respecte la vie privée des salariés) est loin d'avoir fait basculer la relation employeur – salarié, vers une relation plus égalitaire entre

---

<sup>12</sup> Article 6 de code du travail marocain.

<sup>13</sup> Article 15, 16 du code du travail marocain.

<sup>14</sup> Christophe RADE, (2002), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. Social* 2002.26.

<sup>15</sup> Morin (F), « Nouvelles technologies et la télé subordination du salarié », *Relations industrielles*, vol. 55, no 4, 2000, p. 725, [En ligne], [id.erudit.org/id/éru051355ar] (3 septembre 2012).

deux entrepreneurs indépendants. Il n'y a pas lieu généralement de considérer le télétravail hors du contexte de travail salarié. Le télétravailleur salarié est placé sous la subordination juridique de l'employeur et entré donc dans les dispositions habituelles du code de travail. Bien que plusieurs travailleurs pratiquent le télétravail, quiconque s'adonne au télétravail ne devient pas forcément travailleur autonome<sup>16</sup>. De même, un salarié « délocalisé » travaillant à distance par le biais des TIC, ne devient pas pour autant maître d'ouvrage, de telle sorte qu'il acquiert le statut de travailleur autonome lui faisant perdre la qualité de salarié au sens du droit commun<sup>17</sup>.

En outre, les employeurs doivent respecter les heures de travail convenues et ne pas s'attendre à ce que les salariés soient disponibles en dehors de leurs heures de travail normales. Autrement dit, les salariés ont droit à une vie privée en dehors de leur travail, même s'ils travaillent à domicile. Ce droit des salariés s'inscrit dans le cadre de ce que la doctrine a appelé, « droit à la déconnexion », qui vise à protéger les salariés contre l'hyper connectivité et le stress liée à l'utilisation des technologies de communication en dehors des heures de travail. Ce droit peut être négocié dans un accord collectif entre l'employeur les représentants de personnel. Cet accord doit préciser les modalités d'exercice de droit à la déconnexion et les moyens mis à disposition des salariés pour y parvenir. L'accord peut notamment prévoir des mesures telles que la désactivation automatique des outils numériques en dehors des heures de travail ou la mise en place des plages horaires durant lesquelles les salariés ne sont pas tenus de répondre aux sollicitations professionnelles.

En droit marocain, le dispositif juridique spécifique du télétravail est encore absent, Quelles seraient les dispositions applicables dans la mesure où le travail à exécuter est effectué par télétravail et que l'employeur met à la disposition de son salarié les moyens techniques nécessaires à l'exécution de sa prestation de travail ? Notons également que, le télétravail peut être imposé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de gestion et de direction face un salarié qui doit exécuter son contrat de bonne foi. L'obligation générale de bonne foi s'applique autant au salarié qu'à l'employeur y compris en contexte des relations collectives de travail conventionnés. Cette obligation ne devrait pas être modifiée par le télétravail.

## II-LES ENJEUX JURIDIQUES ET MANAGERIAUX DU TELETRAVAIL

<sup>16</sup> TASKIN (L), « Les enjeux du télétravail pour l'organisation », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. 42, n° 1, 2003, p. 81.

<sup>17</sup> *Ibid*, P. 81

Le télétravail offre aux salariés, comme aux employeurs – entreprises, une plus grande souplesse de gestion répondant à l'évolution industrielle actuelle qui recherche la flexibilisation de l'outil de production (B). Toutefois, le travail à distance rompt avec l'organisation traditionnelle du travail, qui se trouve alors bouleversée, et peut parfois porter atteinte à la vie privée du salarié (A).

#### A- Le télétravail et la vie privée de télétravailleur

La tertiarisation croissante des activités, ainsi que l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication, ont bouleversé l'équilibre entre l'intimité et la carrière des salariés. Pour beaucoup d'entre eux, comme pour beaucoup d'employeurs, il est désormais normal qu'il y ait de la vie personnelle au travail, et du travail dans la vie personnelle. L'influence croisée du développement de certaines méthodes « managériales » invasives et d'un contexte économique difficile a eu pour conséquence de rendre toujours plus difficile l'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle.

La protection de la vie privée des salariés au temps et au lieu du travail est nécessaire, mais pas absolue. Le pouvoir de direction et de surveillance de l'employeur doit pouvoir trouver sa juste place. En brouillant, la frontière entre la vie professionnelle et vie personnelle, le télétravail pose un défi à l'égard du droit au respect de la vie privée de salarié<sup>18</sup>. Une reconnaissance étendue du droit à la vie privée du salarié en situation du télétravail ne risque-t-elle pas de contrecarrer effectivement l'exercice légitime de pouvoir de contrôle de l'employeur ?

Il est à noter que, si les techniques de vidéosurveillance ne peuvent pas passer inaperçues des salariés, l'outil informatique permet quant à lui d'organiser une surveillance invisible. Il laisse en outre des traces et il est ainsi possible de décrire précisément des profils et le type d'activité exercée. En ce sens, le concept « *vie privée* » ne s'entend pas ici au sens traditionnel « *vie cachée, tranquille* », il s'agit plutôt de la maîtrise par le salarié de l'information qui circule à son propos et du contrôle de son image informationnelle. Le télétravail peut être à l'origine de diverses atteintes à la vie privée telles que le pistage électronique des salariés, la collecte des données personnelles, l'interception illicite de

---

<sup>18</sup> ROSIER. K et GILSON. S (2011), "La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication" in *La 127<sup>e</sup> vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011.

messages adressés, la diffusion ou le re-routage d'un message sans le consentement de son auteur ou encore la réalisation de copies illicites<sup>19</sup>.

Pour éviter que les entreprises soient tentées de surveiller les activités de leurs salariés à leur insu, certaines obligations s'imposent à elles :

Page | 137

- Une information préalable des institutions représentatives du personnel sur les procédés de cybersurveillance mis en place ;
- Une information préalable individuelle des salariés sur les dispositifs de contrôle de leur activité ;
- Une déclaration de transactions automatisées de données à caractère personnel ;
- Le respect de la vie privée et de secret des correspondances personnelles du salarié.

Il est donc impératif pour l'entreprise d'édicter des règles d'utilisation et de contrôle dans son règlement interne et/ ou dans les chartes d'utilisation.

Dans un arrêt, la cour de cassation a précisé la place accordée à la vie privée sur le lieu du travail et définit ce qui relève d'un usage personnel de l'outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur. Elle a affirmé que : « *Les dossiers et fichiers créés par un salarié par l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence* »<sup>0</sup> .

En outre, elle constitue également une atteinte à la vie privée du télétravailleur, le fait par une entreprise d'avoir fait intervenir l'administrateur réseau qui a accès à l'ensemble des données des salariés de l'entreprise dans leur exercice fonctions. Toutefois, l'entreprise dans ce cas est soumise à l'obligation de confidentialité sous peine d'avoir sa responsabilité pénale engagée, en cas de divulgation de contenu d'un courrier personnel d'un salarié.

Il est important de noter que, que la loi marocaine n°08-09 relative au traitement des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel, prévoit plusieurs dispositions pouvant constituer des normes qui pourraient concerner un télétravailleur. Cette loi encadre la collecte, la détention, la communication de fait renseignement personnel, c'est-à-dire tout renseignement qui concerne une personne physique et qui permet de l'identifier. Elle prévoit également que l'employeur ayant recueilli les données personnelles doit prendre les mesures de

<sup>19</sup> DROLET (J) & LEBNAN (K), (2013). Les défis du télétravail à l'égard de la vie privée du télétravailleur. *Les Cahiers de droit*, 54(2-3), 303–336.

sécurité propres à assurer la protection de ces données et vérifier que ceux-ci ne seront plus utilisés une fois que l'objet du dossier a été accompli. De même, ces données ne pourront être communiquées à des tiers qu'à une fin pertinente, sous réserve des exceptions prévues expressément par cette loi. Ce faisant, le télétravail est susceptible de constituer une occasion pour que des tiers aient accès à de tels renseignements, ce qui pourrait éventuellement engager la responsabilité de l'entreprise employeur.

Au-delà des obligations de droit commun vis-à-vis de l'ensemble des employés, l'entreprise-employeur est tenu dans le cadre de télétravail de s'assurer de respect des mesures de sécurité renforcées pour garantir la sécurité des systèmes d'informations et des données traités. Aussi, l'employeur doit également garantir la confidentialité et l'intégrité des communications et des informations échangés via des outils de visioconférence, en utilisant des logiciels de cryptage, en fournissant les codes d'accès sécurisés et en mettant en place des politiques de mot passe solides. L'entreprise employeur doit fournir également des formations de sécurité aux employés à distance sur les protocoles de sécurité, les mesures de protection des données et les règles de communications. Les travailleurs à distance doivent être conscients des menaces de sécurité et être en mesure d'appliquer les mesures de sécurité adéquates pour protéger les informations sensibles de l'entreprise.

En effet, Le respect de la vie privée est donc un processus de contrôle de frontière. À partir du moment où le salarié fait l'objet d'une surveillance, il peut ressentir une perte de contrôle, ce qui est une forme d'intrusion dans sa vie privée. Il existe pourtant de bonnes raisons pour surveiller le comportement des salariés dans le télétravail<sup>20</sup>. En effet, la surveillance est mise en place au sein des entreprises non seulement pour améliorer la performance ou la productivité mais également pour se prémunir contre les risques que les salariés pourraient faire courir à l'entreprise employeur, aux tiers et à leurs collègues ou à eux-mêmes par leurs comportements. Le contrôle et la surveillance des salariés en télétravail peuvent donc être justifiés dans certaines circonstances par rapport à ce double objectif de protection de la vie privé de salarié et d'amélioration des résultats de l'entreprise<sup>21</sup>. Elle peut, par exemple, viser à assurer la protection du salarié travaillant dans un contexte dangereux, à éviter les vols ou les

<sup>20</sup> Pontier, M. (2014). Télétravail indépendant ou télétravail salarié : quelles modalités de contrôle et quel degré d'autonomie. La Revue des Sciences de Gestion, 1(265), 31-39.

<sup>21</sup> Bibby, A. "On vous suit ! Contrôle et surveillance électronique au travail", rapport de l'UNI, UNI/GS/06-2006/0035/FR

fraudes, ou encore à améliorer la qualité des produits et des services mais elle ne doit cependant pas empiéter sur le respect de la vie privée<sup>22</sup>.

La surveillance pose le problème des frontières entre vie privée et vie professionnelle, faisaient ainsi remarquer que si les messages professionnels peuvent être envoyés le soir, durant les week-ends ou pendant les vacances, cela donne des arguments pour considérer qu'un message personnel peut être envoyé pendant le temps de travail<sup>23</sup>. La frontière entre vie professionnelle et vie privée est brouillée du fait d'un accès à Internet souvent plus performant au bureau et de la nécessité de terminer parfois son travail chez soi, ce qui ne permet plus de savoir à quel moment la journée de travail se termine réellement. Le respect de la vie privée pose donc également la question de l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée<sup>24</sup>.

Les employeurs doivent, donc être vigilants quant à la collecte, l'utilisation et la conservation des données personnelles des salariés en télétravail. Ils doivent mettre en place des mesures de sécurité appropriées pour protéger ces données, telles que l'utilisation de réseaux privés virtuels (VPN) pour sécuriser les connexions à distance, la mise en place de protocoles de sécurité pour l'accès aux données et la mise en place de politiques de confidentialité claires. Les salariés en télétravail doivent également sensibilisés à l'importance de la protection de leurs données personnelles. Ils doivent être informés des mesures de sécurité mises en place par l'employeur et être encouragés à utiliser des mots de passe forts, à ne pas partager leurs informations de connexion et à signaler toute activité suspecte.

### **B- L'impact du télétravail sur la culture managérielle des entreprises**

Les enjeux économiques actuels sont marqués par la recherche de la flexibilité en raison de la mondialisation de l'économie considérée comme « *une capacité d'adaptation sous la double contrainte de l'incertitude et de l'urgence* »<sup>25</sup>. Dans le cadre de travail ordinaire, les salariés se rassemblaient dans les entreprises afin d'y réaliser leurs missions et participer au processus de production sous la direction et le contrôle de l'employeur. La division entre le travail et le capital était alors stricte. Mais le télétravail à, au contraire, la particularité d'amener le travail au plus proche des travailleurs, il s'agit donc d'une évolution de cette équation capitaliste. Ce nouveau rapport au travail a été mis en place progressivement, et renforcé par le

<sup>22</sup> Alge B.J. (2001). "Effects of Computer Surveillance on Perceptions of Privacy and Procedural Justice", *Journal of Applied Psychology*, vol. 86, n° 4, p. 797-804.

<sup>23</sup> Friedman B.A. et Reed L.J. (2007). "Workplace Privacy: Employee Relations and Legal Implications of Monitoring Employee E-mail Use", *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol. 19, p. 75-83.

<sup>24</sup> Dumas, M., & Ruiller, C. (2014). Le télétravail : Les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ? *Management & Avenir*, 8(74), 71-95.

<sup>25</sup> EVERAERE (C) (1997), *Management de la flexibilité*, paris : *Economica* : 148.

développement du numérique et la tertiarisation des activités qui ont donné lieu à des métiers et à des missions tout à fait réalisable à distance<sup>26</sup>.

De nos jours, le télétravail est considéré comme un processus envisageable pour assurer la promotion de la flexibilisation de l'outil de production au sein des entreprises en permettant un ajustement du temps et de l'espace de travail. Ainsi, la recherche d'accroissement de la productivité et de développement de la performance et ses corollaires : l'efficacité, et l'efficience, sont devenues les priorités des entreprises. Afin de s'adapter à la conjoncture économique actuelle et réaliser leurs objectifs, les entreprises recherchent plus de flexibilité. Le télétravail devient alors une alternative visant à rendre le travail plus flexible<sup>27</sup>. Il participe au renouvellement de la relation salariale en améliorant les conditions de travail par une meilleure conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle. Le télétravail permet à l'entreprise de son côté, de réaliser des bénéfices supplémentaires, en raison de la diminution de certains coûts et d'un meilleur rendement de ses salariés, lorsqu'ils travaillent à distance.

En effet, ce le travail à distance ou le télétravail, modifie les modes classiques d'organisation de la gestion des ressources humaines, notamment sur le plan manageriel. Du fait de la distance, le manager ne peut contrôler les télétravailleurs de la même façon que les autres salariés. La distance renouvelle clairement la relation managériale. Par conséquent, les stratégies qui en découlent doivent être renouvelées afin de répondre à ces nouvelles exigences. Même si le télétravail accroît l'autonomie du télétravailleur, il ne fait pas échapper ce dernier à un contrôle à *posteriori* des tâches accomplies de la part de son supérieure hiérarchique. La liberté dont bénéficie le télétravailleur se fonde sur l'organisation de son temps, de son travail et sur la maîtrise du lieu où la mission est accomplie, mais elle ne porte nullement sur le contenu de la tâche réalisée. Le télétravailleur n'a plus une obligation de présence et de contraintes horaires, mais une obligation de résultat. Les méthodes managériales doivent être repensées et le manager doit non seulement être formé pour les accomplir, mais également être capable de s'adapter à cette nouvelle forme de gestion. Le management est en effet un élément clé dans la mise en place du télétravail : celui-ci doit se fonder à la fois sur la

---

<sup>26</sup> TASKIN (L) (2006), « Télétravail : Les enjeux de la déslocalisation pour le management humain », *Revue Interventions économiques*, vol. 34, 2006.

<sup>27</sup> SALMONK K (K) (2012). Le télétravail, ou comment concilier productivité et flexibilité. Point de vue sur le télétravail : 1-6 : [http://www.kurtsalmon.com/uploads/2013\\_point%20de%20vue\\_CIOA\\_teletravail.pdf](http://www.kurtsalmon.com/uploads/2013_point%20de%20vue_CIOA_teletravail.pdf)

fixation d'objectifs précis et l'obtention des résultats concrets. Pour que cette équation puisse se réaliser, elle doit prendre racine sur une conception du travail flexible et mobile<sup>28</sup>.

Traditionnellement, les relations managers et managés se sont développés sur une supervision reposant sur trois piliers : visibilité de la qualité du travail, quantité du travail, et interaction entre le décideur et l'exécutant. Avec le développement des techniques du télétravail, les entreprises sont invités à repenser les stratégies classiques de management qui reposent sur visibilité du travail et la présence physique et nécessaire du manger pour interagir avec le managé. Avec le télétravail, le management moderne voit les TIC se répondre et l'individu peut tendre vers d'avantage d'autonomie au sien de son organisation : le contrôle peut maintenant s'affranchir de la dimension spatiale du travail, le contrôle traditionnel évolue pour laisser la place à une supervision réalisé aux moyens d'outils informatiques.

Le Télétravail ou le travail à distance renvoient beaucoup à la problématique du management d'équipes virtuelles. Le passage au télétravail remet en cause les modes de coordination habituels des équipes<sup>29</sup>. La supervision directe et le lien de subordination perdent leur efficacité, car l'autorité ne peut plus s'exercer simplement à la voix et au regard. L'ajustement mutuel ne peut plus s'appuyer sur le substrat d'échanges informels qui se déroulaient « naturellement » lorsque les salariés étaient réunis dans un même lieu<sup>30</sup>. Les nouvelles technologies restituent en partie une capacité d'interaction dans le collectif de travail, mais d'une façon plus structurée. Cela impose de construire d'autres modes de régulation, tant en ce qui concerne la conduite des équipes que la gestion des personnes.

Aujourd'hui, le télétravail répond à des attentes de plus en plus fortes des travailleurs vis-à-vis de leurs conditions de travail. Le télétravail répond ainsi à un enjeu de souplesse organisationnelle du temps de travail et de meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle. Le télétravail est emblématique des changements que nous vivons quant à la conception du travail et du lieu de travail<sup>31</sup>.

En effet, le télétravail bouscule la manière traditionnelle de contrôler le travail par la rupture des unités spatiales, temporels et d'action du télétravail. Cela constitue l'un des

---

<sup>28</sup> BOBILLIER-CHAUMON (M) (2003) « Évolutions techniques et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité », *Le travail humain*.

<sup>29</sup> D. BEER A (D) (2000), « L'essor du télétravail », *Actualités prospectives, Futuribles*, n° 250, février 2000.

<sup>30</sup> FRANK (E). GILBER (P) (2007), *Manager le travail à distance : l'expérience du télétravail dans une grande entreprise industrielle*, L'Harmattan | « Marché et organisations » 2007/2 N° 4 | pages 167 à 188

<sup>31</sup> *Ibid*, P 167 à 188.

principaux freins au développement du télétravail dans de nombreuses organisations en raison de la perte de pouvoir des managers via le contrôle. Avec le travail à distance, le manager et le télétravailleur doivent apprendre à fonctionner à distance avec ce mix entre contrôle et autonomie<sup>32</sup>.

En revanche, la nature flexible du télétravail permet aux managés d'évoluer vers des modes du travail où ils bénéficient davantage d'autonomie qu'auparavant. Comme cela a été souligné par un auteur « *le télétravail, a le potentiel de faire évoluer les structures hiérarchiques et d'affaiblir le contrôle centralisé des télétravailleurs*<sup>33</sup> ». En d'autres termes, le télétravail, bouleverse bien la conception classique du travail et son contrôle. Il implique un management « *autre* » que le management présentiel. Dans le cadre d'une relation du télétravail, il est essentiel de passer d'une définition d'objectifs descendante à une co-définition d'objectifs. Cela permet de poser les bases de la relation de confiance entre manager et managé. Relation de confiance dont le fonctionnement doit être précisée pour qu'une relation de réciprocité émerge entre le subordonné qui produit son travail à distance et le manager « *entreprise* » qui fait preuve de reconnaissance envers le télétravailleur. Cela permet la création d'un lien sain entre manager et managé. Ce lien est indispensable à une pratique du télétravail qui n'est pas source d'isolement ou de perte d'esprit d'équipe pour le télétravailleur. Dans le cas contraire, le risque que le télétravailleur se sente abandonné est fort et risque de conduire à un désengagement important. Or le désengagement des managés présente un risque non négligeable pour l'entreprise- employeur<sup>34</sup>.

La redéfinition de ce lien entre manager et managé semble comme une clé du télétravail pour éviter le délitement au niveau organisationnel avec les employés qui peuvent se sentir désengagés s'ils ne sont pas suffisamment accompagnés. Le télétravail doit être synonyme d'une amélioration des conditions du travail, non l'inverse.

## Conclusion

---

<sup>32</sup> Dambrin. (C) (2004) « How does telework influence the manager-employee relationship? », *International Journal of Human Resources Development and Management*.

<sup>33</sup> Clément RACT, Les nouvelles pratiques managériales associées au télétravail L'émergence du télétravail et ses implications managériales dans les entreprises en France, Mémoire de Master en management, KEDGE BUSINESS SCHOOL.

<sup>34</sup> Taskin (L) (2003) Les enjeux du télétravail pour l'organisation. Reflets et perspectives de la vie économique, pages 81 à 94. [https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2003-1-page81 .htm? contenu = article](https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2003-1-page81.htm?contenu=article).

Même s'il n'existe pas d'un cadre juridique particulier ou, à tout moins certains dispositions particulières, à l'égard du télétravail en droit marocain, cela n'a pas empêché son développement au sein des entreprises marocaines. De surcroît, il faut espérer que cette absence ne fera pas en sorte que, le télétravail prenne la place de manière à rendre sans objet la protection que certaines lois offrent au droit à la vie privée. Cependant, les avantages du télétravail ne devraient occulter le fait qu'il pourrait être opportun de prévoir un encadrement contractuel à son exercice : pensons notamment aux moyens du contrôle de la prestation du travail, à l'endroit et à la manière dont celle-ci devra être faite et aux outils à privilégier, tout en s'assurant que ceux-ci sont sécurisés et que cette charge revient à l'employeur plutôt qu'au salarié.

Cependant, l'absence de réglementation spécifique du télétravail peut poser des problèmes pratiques pour les employeurs et les employés, notamment en matière de contrôle de l'exécution de la prestation du travail, de protection des données, de responsabilité en cas d'accident de travail et de prise en charge des frais professionnels.

Notons également que, même si le télétravail présente un risque important pour la vie privé du télétravailleur, il contribue quoi qu'il en soit, à façonner de nouvelles organisations du travail et inspire des innovations sociales, qui peuvent améliorer la productivité des entreprises et instaurer une nouvelle dynamique dans la relation de travail. Le challenge est alors de faire en sorte de trouver un équilibre à la fois pour les employeurs et les employés dans le cadre du télétravail pour que chacun y trouve son compte.

Enfin, il est donc important que le législateur marocain prenne en compte les spécificités du télétravail et élabore une réglementation adaptée pour encadrer cette forme de travail à distance, afin d'assurer une meilleure protection des droits des travailleurs et une meilleure sécurité juridique pour les employeurs.

**Spécificités des organismes caritatifs en Droits internes britannique et camerounais : un éclairage pour la diaspora africaine**

*Specificities of charities in british and cameroonian internals Laws: enlightenment for the african diaspora*

Page | 144

Par :

**ENOGA Laurent François**

Docteur/Ph.D en Droit privé

Université de Yaoundé II (Cameroun)

**Résumé :**

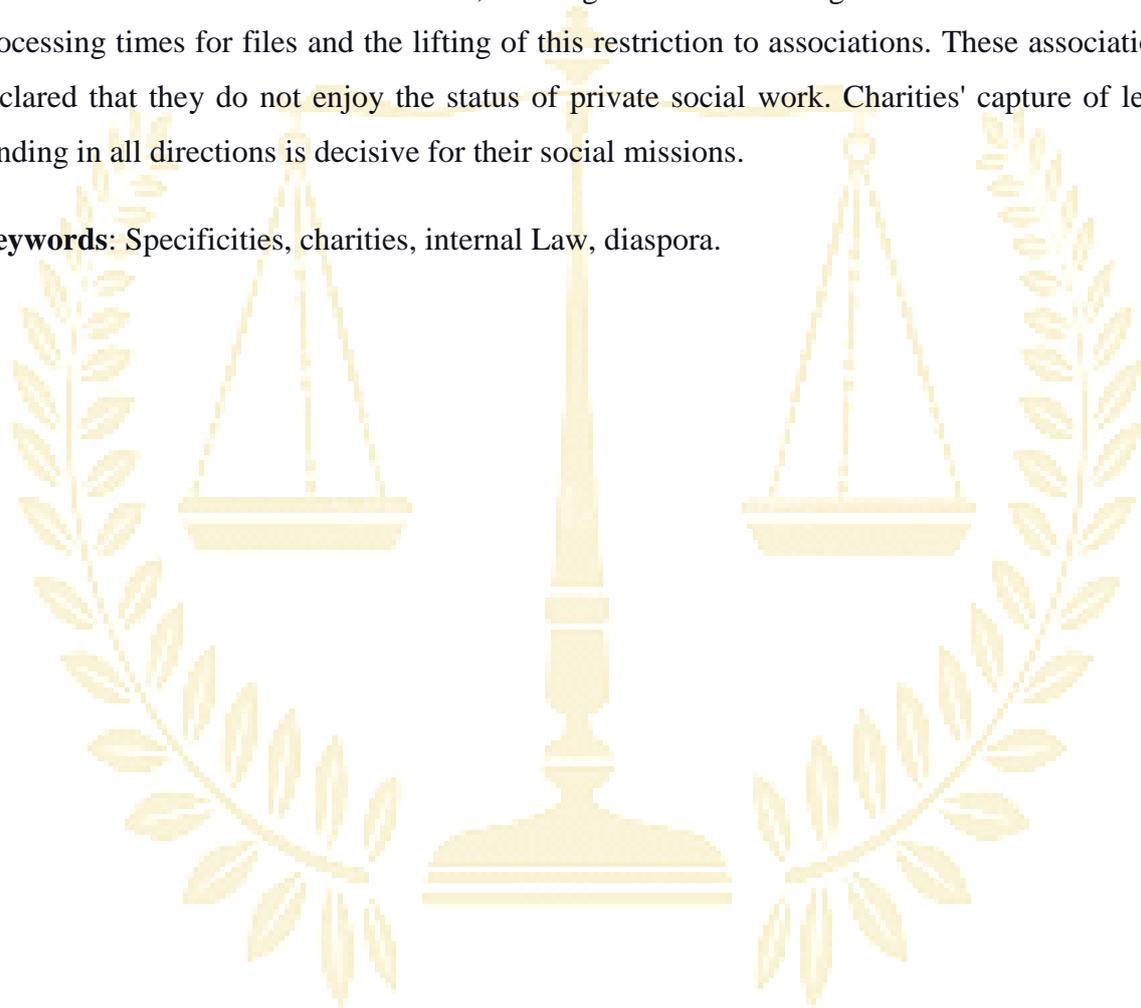
*Les organismes caritatifs sont des structures de bienfaisance poursuivant des missions d'intérêt général sous le contrôle de l'État. Les Droits internes étudiés admettent qu'ils sont constitués à finalité non lucrative, en supplantant l'insuffisance ou l'absence d'intervention de l'État dans des secteurs spécifiques et des localités données. Comme l'étude le mentionne, les législateurs britannique et camerounais ont créé au-delà de leur densité, des cadres juridiques permissifs aux sociétés, en leur reconnaissant la qualité d'organismes caritatifs d'utilité publique ou d'utilité sociale. Avec l'implication de la diaspora camerounaise à l'étranger, le législateur est interpellé sur la question des délais de traitement administratif des dossiers et la levée de cette restriction aux associations déclarées ne jouissant pas du statut d'œuvre sociale privée. La captation des financements licites tous azimuts est déterminante pour leurs missions sociales.*

**Mots-clés :** Spécificités, organismes caritatifs, Droit interne, diaspora.

**Abstract:**

*Charitable organisations* are structures that carry out missions of general interest under the control of the State. Internals Laws studied admit that they are constituted for non-profit purposes, substituting for the insufficiency or absence of state intervention in specific sectors and given localities. As the study mentions, british and cameroonian legislators have created, beyond their density, legal frameworks. These legal frameworks are permissive for companies that recognise their quality as charitable organisations of public utility or social utility. With the involvement of cameroonians abroad, the legislator is challenged on the administrative processing times for files and the lifting of this restriction to associations. These associations declared that they do not enjoy the status of private social work. Charities' capture of legal funding in all directions is decisive for their social missions.

**Keywords:** Specificities, charities, internal Law, diaspora.



## Introduction

Au Royaume-Uni de Grande Bretagne, la littérature révèle que c'est probablement à l'aune du 17<sup>e</sup> siècle à la faveur de la publication du « *Charitable Uses Act* » de 1601<sup>1</sup> que fut consacré le statut d'organismes caritatifs, structures habilitées à intervenir en faveur des indigents, des personnes vulnérables et des nécessiteux dans le cadre spécifique des missions de responsabilité sociale, en intégrant des valeurs puritaines. Un siècle plus tard, avec l'accroissement des missions des organismes caritatifs et leur maîtrise des questions sociales dont entre autres la pleine implication dans l'offre de prestations sociales en faveur des pauvres victimes de l'exode rural du fait de la politique d'industrialisation du pays, la problématique mondiale de l'impérialisme engendrant le phénomène regrettable d'esclavage dans lequel la Grande Bretagne était impliquée avec d'autres puissances occidentales, le champ d'actions des organismes caritatifs s'est élargi pour intégrer le plaidoyer<sup>2</sup> en faveur des libertés<sup>3</sup>, du respect des droits humains<sup>4</sup> et la collecte des fonds d'entraide<sup>5</sup>. Par la suite, certaines œuvres caritatives comme la *Child Emigration Society* se sont engagées dans la création des écoles agricoles avec pour finalité de conduire progressivement les enfants maltraités victimes de l'émigration forcée, vers l'autonomie entrepreneuriale en pratiquant l'agriculture, l'entraide et le respect de soi<sup>6</sup>. Au fil du temps, la prise en compte des droits humains et l'appropriation des libertés constitutionnellement consacrées ont conduit au *Human Rights Act*<sup>7</sup> tout en préservant les acquis traditionnels de la *Magna Carta*<sup>8</sup> et du *Bill of Rights*<sup>9</sup>. Aussi, les missions de la commission des organismes caritatifs se sont renforcées ainsi que l'accroissement quantitatif des organismes de bienfaisance de droit britannique.

<sup>1</sup> Par la Reine Elizabeth 1<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> Au moyen des réunions de masse et des campagnes publiques de sensibilisation.

<sup>3</sup> C'est entre autre le mouvement anti-esclavagiste impulsé par la *Birmingham Ladies Society for the relief of Negro Slaves* qui entraîna plus tard la vague d'émancipation des esclaves noirs dans les colonies Britanniques. D'autres mouvements poursuivirent cette quête des libertés à l'instar du groupe *Save the Children*.

<sup>4</sup> Les réformes de la Loi de 1834 sur les pauvres, la création des organisations d'entraide enregistrées au sein de la commission royale au cours des années 1870 et qui créèrent de milliers d'emplois semi-qualifiés en sont des illustrations inoubliables. Lire dans ce sens SAVAGE (O.) et PRATT (B.), « The history of UK civil society », *Briefing paper*, INTRAC, n°38, 2013, pp.3-5.

<sup>5</sup> Par le canal des dons d'une partie des salaires, des boutiques de charité sous l'impulsion de la célèbre philanthrope Dr Bonardo.

<sup>6</sup> BOUCHER Ellen, « Enfance et race dans l'empire britannique. La politique d'émigration juvénile vers la Rhodésie du sud », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, n°14, 2014, p.8-9.

<sup>7</sup> De 1998.

<sup>8</sup> De 1297.

<sup>9</sup> De 1689.

Comme pour la majorité des pays africains<sup>10</sup> nouvellement indépendants et qui ont hérité des acquis législatifs coloniaux avant d'envisager leur adaptation aux réalités locales, le législateur camerounais a successivement modernisé son arsenal juridique pour écarter la loi française régissant plus généralement les associations<sup>11</sup> au moyen de la loi fédérale de 1967<sup>12</sup>. Puis, à la faveur du contexte démocratique des années 1990, une nouvelle loi a été adoptée<sup>13</sup> quelques semaines après l'avènement de la réglementation sur les modalités d'octroi des secours de l'Etat aux indigents et aux personnes nécessiteuses<sup>14</sup>. C'est elle qui demeure d'application pour les organisations caritatives associatives avec ses modifications subséquentes. Pour parfaire les vides de l'arsenal juridique existant, le travail du législateur s'est poursuivi à la fin des années 1990 par l'adoption du statut des organisations non gouvernementales<sup>15</sup>, puis du mécénat<sup>16</sup>. Fort de cet arsenal juridique novateur en son temps, les organismes caritatifs se déploient sous le contrôle de l'Etat au Cameroun, et à certains moments, la dimension non lucrative de leurs activités se chevauche avec l'implication dans des activités lucratives questionnant ainsi la qualification ou non de commercialité de fait ou apparente.

Dans une certaine mesure, quand l'on considère l'implication significative des organismes caritatifs dans le monde très souvent déployés sous la forme d'organisations non gouvernementales<sup>17</sup> et d'associations, on peut les considérer comme des acteurs majeurs faisant

---

<sup>10</sup> Pour le cas sénégalais à titre d'illustration, la volonté du législateur s'est marquée par l'adoption de la Loi n°68/08 du 26 mars 1968 modifiant le chapitre II relatif aux associations du livre VI du Code des Obligations civiles et commerciales et réprimant la constitution d'associations illégales, puisque le régime juridique des associations précédemment consacré s'avérait « inadapté à la situation de pays sous-développé ». Lire dans ce sens MATHIAM Joseph, rapport de la 1<sup>re</sup> session extraordinaire de la 3<sup>e</sup> législature, 1968, pp.1-6.

<sup>11</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet de 1901 relative au contrat d'association.

<sup>12</sup> Loi n°67/LF/19 du 12 juin 1967 sur la liberté d'association.

<sup>13</sup> Loi n°90/053 du 19 décembre 1990 relative à la liberté d'association au Cameroun.

<sup>14</sup> Décret n°90-1516 du 26 novembre 1990.

<sup>15</sup> Loi n°99-14 du 22 décembre 1999 régissant les ONG.

<sup>16</sup> Loi n°2003/13 du 22 décembre 2003 relative au mécénat et au parrainage.

<sup>17</sup> Au sens de BRUNEL Sylvie, les ONG sont initialement considérées comme des mouvements citoyens fortement impulsés au plan mondial à la fin de la Guerre froide pour apporter divers soutiens aux populations européennes meurtries par les crises du fait des guerres mondiales, avant d'étendre leur implication vers le tiers monde dans le cadre des luttes pour la décolonisation et l'accompagnement des initiatives en faveur du développement socio-économique du fait de « *la formidable inflation des financements* ». Cf. ONG et Mondialisation, non daté, pp.1-2, disponible en ligne sur <http://www.observatoire-humanitaire.org/fr/index.php?page=pays.php&id=GB>. Au-delà de ce champ d'intervention et surtout de leur implication dans le plaidoyer et la prise en charge des réfugiés issus des divers mouvements migratoires dans le monde, les ONG apparaissent dans une mesure non négligeable comme des acteurs à part entière des politiques migratoires « ici et là-bas ». Cf. PEROUSE de Montclos (M-A.), « ONG humanitaires et politiques migratoires des États : une analyse financière et stratégique » *Revue française de géopolitique*, Coll. DAEDALOS, n°17, p.38.

partie du « Tiers secteur »<sup>18</sup> puisque leurs interventions se situent à côté de l'Etat comme des partenaires non négligeables de coopération<sup>19</sup>. Ce tiers secteur intègre aussi bien au Royaume-Uni de Grande Bretagne qu'au Cameroun des entreprises sociales fortement engagées dans une dynamique de citoyenneté active, pour pallier les insuffisances de services publics ou à l'absence d'intervention de l'Etat. Pour la doctrine, on devrait se pencher de plus près pour analyser les relations entre l'Etat et les œuvres caritatives faites en faveur des bénéficiaires<sup>20</sup> puisqu'elles créent aussi de milliers d'emplois non négligeables malgré leur ancrage dans le secteur non lucratif<sup>21</sup>.

Le modèle de fonctionnement des organismes caritatifs ne recherchant ni profits, ni gains, ni bénéfices constitue à proprement parler le but non lucratif<sup>22</sup>. Ce but représente fondamentalement le critère juridique des organisations poursuivant les missions d'intérêt général, en aidant les personnes défavorisées par l'amélioration de leurs conditions de vie, aussi bien au niveau national qu'international. D'ailleurs, plusieurs Africains de la diaspora s'orientent dans ce champ d'actions, soit pour s'entraider au sein de leurs groupes communautaires, soit alors dans un spectre local plus large touchant même leurs communautés du pays d'origine ou d'autres groupes spécifiques marginalisés. En réalité, l'orientation vers la finalité caritative n'est pas simplement un idéal car, le choix de la forme juridique la plus adaptée garantira en termes de pérennité, la volonté de constituer une organisation plus efficace<sup>23</sup>. Seulement, lorsqu'on ignore l'armature des textes et les spécificités juridiques des organisations caritatives, il est difficile de tirer parti des cadres juridiques et institutionnels. Telle semble la difficulté à laquelle les diasporas africaines du Royaume-Uni de Grande Bretagne sont confrontées.

<sup>18</sup> ROSENBLATT Camille, « Le Tiers Secteur au Royaume-Uni : historique, état des lieux et perspectives », *Les cahiers de la solidarité*, Coll. Working paper, 2013, p.6.

<sup>19</sup> Avec la persistance de la guerre Russo-Ukrainienne, un auteur a affirmé que « *Ce sont les associations caritatives et non l'Etat qui font face à la pauvreté. On retrouve des banques alimentaires un peu partout, dans les banques, les magasins, les supermarchés et beaucoup d'autres lieux publics ; mais les dons se font aujourd'hui plus rares.* » CARBY-Hall (J.), « La pauvreté au Royaume-Uni », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n°3, 2022, p.328.

<sup>20</sup> PEROUSE de Montclos (M-A.), « De l'impartialité des humanitaires et de leur perception par les bénéficiaires : les enjeux politiques de l'aide internationale au Burundi », *Autrepart*, n°39, 2006, p.39.

<sup>21</sup> Cf. LESTER Salamon et al., « Global civil society: dimensions of the nonprofit sector », *Johns Hopkins Center for Civil Society Studies*, 1999, p.29-30.

<sup>22</sup> Par opposition au «lucratif». Cf. Le Robert, Dictionnaire de Français, Paris, SEJER, 2018, p.267.

<sup>23</sup> Manchester Community Central, *Factsheet 9, choosing a legal structure*, 10GM, 2022, p.1.

Pour la diaspora camerounaise qui parvient à lever des financements au profit des associations de droit camerounais, il lui est encore difficile quand elle a perdu ses repères et son ancrage dans le pays, pour s'approprier les nuances du cadre juridique national qui lui paraît de toute évidence énigmatique au regard des contextes visiblement dissemblables et des pratiques institutionnelles peu orthodoxes. Dès lors, ne devrait-on pas apporter un éclairage de fond sur les textes indiqués plus haut afin d'encourager les structures caritatives dans leurs rôles et leur processus de développement même s'il faut regretter que certaines, au lieu d'œuvrer conformément à la réglementation, s'illustrent par des pratiques décriées tant par l'Etat, les bénéficiaires que les personnels exécutant les projets ? Ni en Grande Bretagne ni au Cameroun, les organismes caritatifs ne sont autorisés à porter atteinte à la sûreté de l'Etat, aux bonnes mœurs et à l'ordre public de quelque manière que ce soit. Au regard de ce paradoxe, la question centrale visée par cette réflexion est celle de savoir comment les Droits internes britannique et camerounais encadrent les organismes caritatifs et quelles en sont les démarcations fondamentales ? Cette interrogation revêt un intérêt à la fois pratique et pédagogique tant il est vrai que les diasporas africaines de Grande Bretagne, en tant qu'agents de développement constituent de puissants opérateurs dans la dynamique de solidarité internationale pour le continent africain. Elles ne maîtrisent pas toujours l'arsenal juridique même si l'engagement sociétal et le dynamisme d'agir en citoyens actifs demeurent présents. Certes dans les pays en développement, la dynamique citoyenne de solidarité nationale et internationale est faible puisque le niveau de pauvreté de la population inquiète<sup>24</sup>, et la situation des emplois demeure précaire. Comment donc un Etat ayant une population majoritairement démunie peut-il l'inciter à créer des organismes caritatifs pour « mendier » en collectant des ressources çà et là alors même que les initiateurs sont limités financièrement pour porter durablement leurs initiatives ? Pis encore quand il est observé que les promoteurs ou plusieurs de leurs membres ignorent manifestement l'encadrement juridique des organismes caritatifs dans lesquels ils s'engagent et les facilités institutionnelles.

A l'observation du flux de la diaspora camerounaise présente en Grande Bretagne ainsi que de son implication dans les organismes caritatifs parfois très peu structurés qui s'étendent au Cameroun, la nécessité d'apporter un éclairage sur la préoccupation centrale semble importante puisqu'il apparaît certain, que les structures caritatives sont des organismes variés poursuivant un but non lucratif (I) et dont la constitution est soumise à des procédures

---

<sup>24</sup> Lire dans ce sens EASTERLY (W.), *Les pays pauvres sont-ils condamnés à le rester ?*, Paris, Nouveaux Horizons, 2008, pp.10-12.

particulières (II). L'appropriation des spécificités méconnues dans les systèmes britannique et camerounais insuffleront sans doute une dynamique de recadrage des insuffisances que l'on observe au double plan législatif et règlementaire, tant il est vrai que le mouvement caritatif britannique a des siècles d'avance sur son homologue camerounais. L'étude sans pour autant les exclure comme organismes caritatifs, ne s'appesantira pas sur les structures confessionnelles bien qu'elles soient admises dans les différents cadres juridiques.

## I- DES ORGANISMES VARIÉS A BUT NON LUCRATIF

S'il est une évidence observée, c'est bien que les législateurs britannique et camerounais ont institué que les organismes caritatifs poursuivent principalement un but non lucratif consacré pour l'intérêt général. Une lecture d'élaboration des textes juridiques du Royaume-Uni de Grande Bretagne et du Cameroun concernant les organismes caritatifs laisse transparaître manifestement la polysémie du but non lucratif (A) et la disparité des formes juridiques consacrées (B).

### A- La polysémie<sup>25</sup> du but non lucratif

Assez élaborée, très dense et précise, la loi encadrant les organismes caritatifs en Angleterre nous convainc de la clarté du législateur britannique (1) tandis que, la simplicité dont fait montre le législateur camerounais de 1990 illustre une certaine superficialité (2).

#### 1- La clarté du législateur britannique

En observant d'emblée la densité et l'épaisseur de la législation britannique sur les organisations caritatives, on est arrivé au constat que ce dernier a fait usage de la technique de la large explicitation juridique. Cette technique à notre sens est en réalité la méthode qui consiste à insérer de manière dense, précise et approfondie, un ensemble de dispositions juridiques qui renseignent le plus un domaine particulier, permettant aux utilisateurs et au public d'être suffisamment renseigné. C'est en effet cette technique qui a été utilisée aussi bien par le législateur britannique dans le *Charity Act* de 2011<sup>26</sup> que le législateur canadien. D'emblée, au

<sup>25</sup> La polysémie est le caractère d'un mot qui a plusieurs sens. Elle s'exerce au niveau de la différence de sens et au niveau de l'ambiguïté de la notion représentée. Cf. GUINCHAT (C.) et SKOURI (Y.), *Guide pratique des techniques documentaires*, Coll. « Universités Francophones », Paris, EDICEF/AUPELF, 1996, p.123.

<sup>26</sup> Dite Loi de 2011 relative aux organismes de bienfaisance en Grande Bretagne et au pays de Galles, qui contient à elle seule 250 pages. L'homologue canadien utilisant la même technique de la large explicitation juridique a élaboré en 2009 un texte de 178 pages, dite Loi canadienne des organisations à but non lucratif.

lieu d'utiliser l'expression « but non lucratif », le législateur Britannique retient la qualification « fins de bienfaisance ».

Au terme des dispositions des paragraphes 2 et 3 du chapitre 1 du *Charity Act*, le concept « fins de bienfaisance » renvoie aux finalités poursuivies dans le but d'intérêt général<sup>27</sup> qui convergent vers la poursuite des objectifs visant les dimensions socio-éducative, environnementale, économique, religieuse, culturelle, scientifique, humanitaire ou tout autre champ connexe. Techniquement, le but de bienfaisance se rattache à la protection sociale en vue d'améliorer les conditions de vie des personnes visées, l'aide ou l'assistance sociale. Il s'agit donc des personnes qui apportent par un soutien financier ou divers, un appui pour améliorer le bien-être des couches vulnérables ou nécessiteuses. De manière précise, le but de bienfaisance s'étend aux actions visant globalement la promotion, la prévention et l'avancement sociétal en lien avec :

- La réduction de la pauvreté, la citoyenneté, le développement communautaire ;
- L'éducation, la religion, la santé ou le sauvetage de vies ;
- Les arts, la culture, le patrimoine, la science, l'industrie, le commerce ;
- Le sport amateur, le bien-être animal ;
- Les droits humains, la résolution des conflits ou la réconciliation, la promotion de l'harmonie religieuse ou raciale, l'égalité et la diversité ;
- L'efficacité des forces armées de la Couronne ou de l'efficacité des services de police, d'incendie et de sauvetage ou des services ambulanciers ;
- La protection ou l'amélioration de l'environnement ;
- Les conditions de vie des personnes à besoins spéciaux, vulnérables en raison de leur jeunesse, de leur âge, de leur mauvaise santé, de leur handicap, des difficultés financières ou d'autres désavantages.

---

<sup>27</sup> En Droit britannique, cette expression encore qualifiée d'intérêt public ne se présume pas en raison des choix d'activités identifiées par les fondateurs de l'organisme de bienfaisance (art.4 al.2). Pour que l'exigence d'intérêt général d'un objectif soit considérée, il faudrait que l'orientation des finalités poursuivies s'inscrive expressément et en conformité aux références du paragraphe 3 de la loi (art.4. al.3). Le législateur a d'ailleurs rappelé dans ce sens à l'article précité que «...toute référence à l'intérêt public est une référence à l'intérêt public tel qu'il est entendu aux fins de la loi relative aux organismes de bienfaisance en Angleterre et au Pays de Galles.» Dans le Droit camerounais, les missions d'intérêt public auxquelles peuvent se rapporter les organisations poursuivant un but non lucratif « sont définies en fonction des priorités fixées par les pouvoirs publics, notamment dans les domaines juridique, économique, social, culturel, sanitaire, sportif, éducatif, humanitaire, en matière de protection de l'environnement ou de promotion des droits de l'Homme.» Cf. article 3 de la Loi n°99/014 du 22 décembre 1999 régissant les ONG.

De ce qui précède, lorsque des administrateurs décident de créer un organisme de bienfaisance, ils doivent démontrer que l'organisation est établie en tant qu'organisme de bienfaisance, en apportant des clarifications sur le lien précis entre les interventions effectuées et la manière dont elles sont dirigées vers la réalisation des buts exclusivement caritatifs d'intérêt public tels que reconnus par la loi. Tous les administrateurs capables, âgés au moins de 18 ans révolus<sup>28</sup> doivent maîtriser leurs différents rôles et responsabilités.

## 2- Une superficialité apparente du législateur camerounais

De manière expresse, le but non lucratif qui est principalement poursuivi par des organismes caritatifs n'a pas été défini par le législateur camerounais reconnaissant la liberté d'association<sup>29</sup> comme droit constitutionnel. Mais, en considérant la définition de « l'association » donnée à l'article 2 de la Loi de 1990<sup>30</sup>, on peut comprendre que dans l'esprit du législateur camerounais, le fait pour une personne physique ou morale d'œuvrer librement sans rechercher de profit est effectivement un but de bienfaisance, philanthropique et donc non lucratif. Il faut pour cela que le but poursuivi soit constitutionnellement admis et juridiquement licite<sup>31</sup>. En Droit camerounais, le but lucratif s'étend à tous les domaines autorisés et, cette superficialité apparente dissimule une ouverture fondamentale du cadre juridique, offrant aux

<sup>28</sup> Le législateur canadien réserve le droit de fondateurs aux personnes morales et aux personnes physiques n'étant pas frappées d'incapacités, ayant au moins 18 ans et, qui n'ont pas fait l'objet d'une faillite. Cf. Art. 6 al.2 de la loi suscitée. Aussi, dans le Règlement DORS/2011-223 du 06 octobre 2011 portant règlement sur les organisations à but non lucratif de régime fédéral au Canada, il est indiqué à l'article 126 (1) concernant l'incapacité des administrateurs, l'exclusion de la catégorie de dirigeants d'un organisme de bienfaisance, des incapables, des personnes de moins de 18 ans, des personnes ayant le statut de failli et des personnes morales. En plus, il convient de préciser que pour servir comme administrateur, le régulateur fédéral n'exige pas la condition d'adhésion en qualité de membre.

<sup>29</sup> Cf. Loi n°90/053 du 19 décembre 1990, modifiée par la Loi n°99-011 du 20 juillet 1999.

<sup>30</sup> Qui dispose que « L'association est la convention par laquelle des personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager les bénéfices. » A la lecture de cet article, la mise à disposition à titre gratuit des biens meubles ou immeubles par des membres pour des besoins de constitution ou de développement de l'organisation à but non lucratif déclarée n'est pas admise, même si elle est tolérée en pratique. Il suffit de se référer à l'article 11 de la loi de 90 qui précise que « *Hormis les associations reconnues d'utilité publique, aucune association déclarée ne peut recevoir ni subvention des personnes publiques, ni dons et legs des personnes privées.* » Donc, les administrateurs ou les dirigeants de l'association uniquement déclarée, doivent acquérir à titre onéreux tout ce qui rentre dans le patrimoine de l'association (art.10). Mais cependant, si l'association en plus de sa déclaration jouit de l'autorité préalable d'œuvre sociale privée obtenue près le Ministère des Affaires Sociales, elle peut acquérir et posséder des biens à titre gratuit et onéreux. Qu'ils soient mis à disposition par ses membres ou des personnes externes, à titre de don, de legs et éventuellement de subventions, les articles 18, 19 et 20 du Décret n°77 *infra* le reconnaissent.

<sup>31</sup> L'article 4 de la Loi disqualifie tout but contraire aux bonnes mœurs, à l'unité nationale, à l'intégrité nationale, à la sécurité territoriale ou qui serait de nature à porter atteinte à la forme républicaine de l'Etat. Ceci étant, une organisation de bienfaisance constituée avec pour finalité rentrant de le cadre des interdictions ne peut être autorisée ou déclarée au Cameroun. Voilà pourquoi, l'autorité administrative (Préfet) chargée de recevoir les dossiers de demandes de déclaration d'existence et d'autorisation s'assure de la conformité des textes, de l'objet et de la qualité des fondateurs (art.7).

associations des rampes de la possibilité d'entreprendre, puisque l'acte d'entreprendre n'est pas fermé aux seules organisations poursuivant un but lucratif et cela, dans des secteurs et branches d'activités économiques. Il suffit de se référer à la loi fondamentale des PME<sup>32</sup> et d'y prêter une attention à l'esprit du législateur camerounais, qui dispose en substance qu'« XE "loi" est considérée comme PME XE "PME" , toute entreprise, quel que soit son secteur d'activité, qui emploie au plus cent (100) personnes et dont le chiffre d'affaires XE "affaires" annuel hors taxes n'excède pas trois (03) milliards de francs CFA». L'utilisation de la formule « toute entreprise » et du groupe de mots « quel que soit son secteur d'activité » est fortement évocatrice<sup>33</sup>. Il est même admis à titre d'illustration qu'une organisation à but non lucratif est éligible pour demander l'agrément de structure privée d'incubation d'entreprises<sup>34</sup>. Toutefois, cela doit se faire à condition que la finalité initiale de l'organisation constituée sous forme associative n'aboutisse pas au partage des bénéfices<sup>35</sup>. C'est bien là le respect de la liberté d'association et d'entreprendre consacrée en Droit camerounais des organisations caritatives. Ce point de vue rejoint celui du législateur communautaire OHADA qui définit l'entité à but non lucratif comme « toute organisation, poursuivant un but désintéressé, et dont les ressources éventuellement générées par l'activité servent au fonctionnement et à la réalisation de son objet social.»<sup>36</sup> D'ailleurs dans cette catégorie, le législateur OHADA admet les associations, les ordres professionnelles, les organismes dont l'objet social est porté sur la gestion ou l'administration des projets sous financement des bailleurs multilatéraux, bilatéraux à caractère public ou privé<sup>37</sup>.

Au-delà de ce qui précède, si l'on se réfère à la triangulation de plusieurs textes, on est tenté de dire que le Droit interne camerounais admet les organismes de bienfaisance puisqu'il est favorable aux activités visant des finalités non lucratives et le mécénat d'entreprise. Cette démarche de recours à la disparité des textes sur des matières complémentaires est à proprement parlé la technique de combinaison de l'arsenal juridique qui particularise le législateur national. Loin d'un éparpillement de dispositions juridiques pertinentes sur les organismes caritatifs, c'est sans doute en raison de l'effet de nécessité qu'imposait le contexte des années 1990 qui a

<sup>32</sup> Loi n°2010/001 du 13 avril 2010 relative à la promotion des PME.

<sup>33</sup> Le déterminant quantitatif indéfini « toute » qui accompagne la notion « entreprise » dans cette définition fournie par l'article 3 de la Loi des PME est inclusif et non limitatif. Le législateur a voulu ainsi ouvrir le champ de l'entrepreneuriat à toute personne animée par le désir d'entreprendre soit pour une fin sociale, soit principalement pour une fin économique.

<sup>34</sup> Cf. Art.3 de l'Arrêté n°00003/MINPMEESA du 13 juillet 2021 précisant la forme, les éléments de contenu de l'acte d'agrément des structures privées d'incubation et les conditions de son renouvellement.

<sup>35</sup> Art.2 de la Loi sur la liberté d'association susmentionnée.

<sup>36</sup> Cf. art. 2 de l'AU OHADA du 22 février 2023 relatif au système comptable des entités à but non lucratif.

<sup>37</sup> Cf art. 2 *op cit*.

conduit progressivement à la législation progressive et éparse. Mais qu'à cela ne tienne, concernant le mécénat, il est légalement consacré<sup>38</sup> et ouvert aussi bien aux associations qu'aux entreprises poursuivant un but lucratif. Une fondation peut aussi initialement se constituer comme mécène<sup>39</sup>. En effet, en se référant à la définition donnée par l'article 3, le mécénat renvoie à une « *action volontaire et non lucrative, menée par une personne physique ou morale dans un intérêt autre que celui de l'exploitation d'une entreprise.* » Au sens de cet article, le mécénat est une action de charité totalement désintéressée, mieux qui ne vise pas une quelconque rentabilité, un enrichissement par la donation ou la libéralité qui est faite à un ou à des tiers. D'ailleurs, en examinant les termes de l'article 9, les mécènes sont tenus d'orienter leurs fins de bienfaisance vers des œuvres à but non lucratif, poursuivant l'intérêt général et ayant un caractère particulier<sup>40</sup>. Sur cette orientation d'intérêt public et du spectre de certains champs d'actions de l'œuvre caritative, les législateurs britannique et camerounais se rejoignent. Mais sur certaines questions de mœurs sensibles aux nouveaux droits humains, le législateur camerounais reste conservateur tout en prônant entre autre la laïcité, la diversité culturelle, la démocratie, la paix et légalité.

### **B- Les disparités liées aux formes juridiques**

Du point de vue du droit comparé, on peut s'interroger, au regard des deux systèmes juridiques évoqués, si le domaine caritatif est réservé exclusivement aux organismes poursuivant un but non lucratif. La réponse à une telle préoccupation est effectivement négative puisque, au-delà du principe de rattachement du but lucratif aux organismes non sociétaires (1), les entreprises caritatives sont admises de part et d'autre (2). Toutefois, en raison de la rareté des ressources financières à un moment donné du cycle d'exploitation, les organismes caritatifs peuvent se retrouver dans la nécessité de réaliser à titre accessoire des revenus caritatifs sans pour autant se détourner des objectifs caritatifs principaux. Une telle orientation intégrant des activités commerciales pourrait être considérée pour certains, comme une déviation d'utilité de bienfaisance entraînant *mutatis mutandis* des incidences fiscales. En pratique, comment cette situation est-elle perçue par le législateur ? Faut-il pour les administrateurs en difficulté financière laisser crouler leur organisme en pleine tension de trésorerie, au prétexte qu'il leur est fondamentalement interdit de pratiquer des activités commerciales sous le régime

<sup>38</sup> Cf. Loi n°2003/13 du 22 décembre 2003 relative au mécénat et au parrainage.

<sup>39</sup> Cf. articles 11 et suivant de la loi suscitée.

<sup>40</sup> Philanthropique, social, éducatif, humanitaire, scientifique, sportif, culturel, artistique, touristique, défense de l'environnement naturel, diffusion du bilinguisme, des langues nationales et de la culture.

d'organisme caritatif ? Ce questionnement est au cœur même de certaines ambiguïtés managériales qui entravent la vitalité, la viabilité et la pérennité des organismes caritatifs parfois riches en compétences humaines mais financièrement sous perfusion extérieure et exposés à l'anatocisme du crédit.

### 1- Le rattachement du but caritatif aux organismes non sociétaires

Au Cameroun, les organismes poursuivant un but non lucratif et donc caritatifs sont dévolus à ceux constitués sous forme associative, d'ordres professionnels, d'organisations non gouvernementales, de fondations d'utilité sociale<sup>41</sup>, de fondations œuvrant dans le mécénat<sup>42</sup> et d'organisations déclarées d'utilité publique<sup>43</sup>. Fondamentalement, ces organisations caritatives peuvent être confessionnelles<sup>44</sup>, non confessionnelles et étrangères<sup>45</sup> ayant reçu l'autorisation d'établissement au Cameroun par Arrêté du Ministère de l'administration territoriale au terme

<sup>41</sup> Pour le pouvoir réglementaire camerounais, l'utilité sociale se rapporte aux initiatives portées par des organisations poursuivant des œuvres sociales privées. En termes de définition, une œuvre sociale privée renvoie à l'ensemble des activités portées entre autre par une association autorisée, « en vue d'apporter une aide matérielle et morale ou un encadrement éducatif à des personnes de tout âge, sexe ou race, aux familles ou aux groupes afin de promouvoir leur épanouissement » Cf. art.2 du Décret n°77/495 du 07 décembre 1977, fixant les conditions de création et de fonctionnement des œuvres sociales privées au Cameroun. C'est le Ministre des Affaires sociales qui délivre une autorisation préalable aux postulants à l'initiative sociale après avis du Ministre de l'administration Territoriale (art.5 de la loi *op cit*). En France, l'utilité sociale désigne « l'apport des organisations de l'économie sociale et solidaire et justifier ainsi leur traitement particulier (en terme de fiscalité ou de subventions publiques).» Cet apport en termes d'initiatives sociales est fait à travers l'implication d'un organisme caritatif fournissant une sorte de réponse aux solutions recherchées par un groupe ou une communauté en difficulté, et dont la prise en charge de l'Etat est absente ou insuffisante. Cf. RODET Diane, « Les définitions de la notion d'utilité sociale », *Revue Economie et Solidarité*, vol. 39, n°1, 2008, pp.164-165.

<sup>42</sup> La réserve émise par l'article 8(2) de la Loi relative au mécénat concerne l'interdiction des « actions et pratiques qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, de fausser la concurrence ou de porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. » Cela sous-entend que les initiatives de mécénat ne doivent pas viser subtilement à favoriser des associations créées sous l'égide de la théorie de l'écran, et qui en réalité au moyen de ses canaux de distribution stratégique organisent l'évasion des biens reçus pour les mettre à disposition des fonds de commerce des membres ou de leurs associés. C'est une forme de concurrence déloyale car, ces articles se retrouvant dans le commerce ont été détournés de leur affectation et finalité. Il en est de même des actions des mécènes visant à appuyer de quelque manière des initiatives dites caritatives mais qui en réalité visent la propagande des mœurs prohibées par le législateur camerounais et qui sont de nature à créer des troubles à l'ordre public. Par contre, une entreprise de production industrielle de matériaux divers, peut, au lieu de détruire les rebus et les objets ratés de sa chaîne de fabrication, les offrir moyennant la délivrance d'une attestation de réception à un organisme caritatif. Ainsi, ce pourra être déductible du résultat imposable, suivant les dispositions de la loi des finances. Lire dans ce sens l'article 9 de la loi n°2003 précitée.

<sup>43</sup> Par acte réglementaire, le législateur a prévu cette possibilité pour les associations caritatives qui œuvrent effectivement et de manière déterminante dans le champ des priorités du gouvernement. Cf. articles 11 à 13 du décret n°77 suscité et art.32 de la loi de 1990.

<sup>44</sup> Cf. art.22 à 31 de la loi de 1990.

<sup>45</sup> C'est-à-dire celles qui « quelle que soit la forme sous laquelle ils peuvent se présenter, les groupements possédant les caractéristiques d'une association, qui ont leur siège à l'étranger ou qui, ayant leur siège au Cameroun, sont dirigés en fait par des étrangers ou dont plus de la moitié des membres sont des étrangers ». Cf. article 15 de la loi n°90/053. Sur la base de cette définition, les acteurs de la diaspora camerounaise ayant obtenu d'autres nationalités dans leurs pays d'établissement, qui militent dans des associations légalement créées sous l'égide des lois étrangères et, qui décident d'ouvrir des représentations nationales de ces organismes caritatifs, ne pourront le faire que sous le régime de l'autorisation préalable (articles 16-17) de la loi de 1990.

d'une procédure rigoureuse de vérification documentaire et d'audition des dirigeants responsables de la structure, avec l'implication du Ministère des relations extérieures<sup>46</sup>. C'est donc dire que fondamentalement, toute personne physique ou morale, poursuivant un but non lucratif conforme aux priorités du gouvernement a toutes les chances de voir sa demande de constitution d'une œuvre caritative aboutir au Cameroun. Les guichets administratifs de facilitation sont selon les cas, la Préfecture du lieu d'établissement, le Ministère de l'administration Territoriale, le Ministère des Relations Extérieures et le Ministère des Affaires Sociales. Une fois les autorisations administratives obtenues, les fondateurs et dirigeants sont tenus de respecter leurs obligations légales et réglementaires<sup>47</sup>, en mettant en œuvre leurs plans d'actions, tout en se détournant de la recherche de profit comme base principale de leur intervention. Puisque, les actes de commerce ressortissent fondamentalement du domaine commercial et donc, doivent être accomplis essentiellement par des professionnels commerçants. Il ne revient pas aux membres fondateurs ou aux dirigeants des structures caritatives de s'y engager de manière ostensible ou déguisée.

Du point de vue de la législation britannique, les organismes caritatifs sont appelés organismes de bienfaisance, et les membres ne peuvent expressément se partager les ressources issues des activités caritatives<sup>48</sup>. En effet, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du *Charity Act*, un organisme de bienfaisance est défini comme une institution qui est « établie à des fins de bienfaisance seulement » et qui « est soumise au contrôle de la juridiction de la Haute Cour dans l'exercice de sa compétence à l'égard des organismes de bienfaisance ». Ainsi, en termes de typologie des organismes de bienfaisance envisageable, le législateur admet dans cette catégorie les organismes non constitués en société dont le revenu annuel est supérieur à 5 000 livres, ceux dont les revenus sont inférieurs à 5 000 livres comme c'est le cas des groupes communautaires,

---

<sup>46</sup> Conformément à l'article 16 sus dit, le Ministre des relations extérieures doit émettre un avis conforme à la demande d'autorisation.

<sup>47</sup> Au niveau social (affiliation du personnel à la CNPS et versement des cotisations sociales), au niveau comptable (tenue des inventaires, tenue d'une comptabilité conforme, déclaration statistique et fiscale), au niveau administratif (organisation du système de gouvernance, transmission des rapports annuels, notification des modifications survenues dans l'organisation et le fonctionnement, soumission aux missions de contrôle), au niveau financier (mobilisation des ressources pour les activités, reporting financier de gestion, mise en place de procédures financières). Aussi, pour bénéficier des facilités fiscales, les dirigeants ou les fondateurs de l'organisation caritative doivent solliciter auprès du service des impôts de rattachement, le changement du régime simplifié d'imposition (RSI) pour migrer vers le hors régime d'imposition (HRI).

<sup>48</sup> Par rapprochement au Droit canadien, contrairement à ce qui est permis aux administrateurs des organisations à but lucratif qui se partagent les bénéfices, le législateur est restrictif étant donné que les missions caritatives doivent se poursuivre soit par l'organisation, soit alors par l'entreprise d'un de ses partenaires associés direct poursuivant ses activités et dont les besoins en renforcement des capacités organisationnelles est réel. Dans ce sens, l'article 34(1) de la loi de 2009 suscitée dispose que « *Les bénéfices, les biens et l'appréciation des biens de l'organisation ne peuvent être distribués, directement ou indirectement, à ses membres, administrateurs ou dirigeants qu'en conformité avec la présente loi ou en vue de la promotion de ses activités.* »

des clubs locaux et des associations de volontaires. Fondamentalement, les organismes non constitués en société sont donc des regroupements de personnes poursuivant des intérêts communs, menant des activités communes dans le cadre d'un groupe ayant une dénomination connue, mais dont la personnalité juridique distincte n'est pas encore établie. En termes d'implication, ce statut précaire de l'organisation caritative limite sa possibilité de contracter légalement, et ses administrateurs sont personnellement responsables dans le cadre de leur gestion, des dettes générées et des risques encourus<sup>49</sup>.

Au sens de l'article 10 de la loi de 2011, les exclusions de la qualité d'organismes caritatifs concernent les corporations ecclésiastiques, les conseils diocésains des finances, les fiducies des biens. D'ailleurs, d'un point de vue comparatif, pour le législateur canadien, le spectre d'activités des organisations à but non lucratif autorisées à exercer sur l'étendue du territoire<sup>50</sup> ne peut s'étendre aux activités commerciales<sup>51</sup>, aux activités réservées aux établissements d'enseignement ou d'encadrement des professions<sup>52</sup>. Celles-ci sont formellement interdites aux organismes sans but lucratif.

En termes d'exigences comptables, les fiduciaires des organismes caritatifs non sociétaires sont obligés de tenir des registres comptables<sup>53</sup> qui retracent toutes les transactions et les opérations effectuées périodiquement, de manière sincère et exacte. Aussi, tous les documents comptables doivent être conservés « pendant au moins 6 ans à compter de la fin de l'exercice financier de l'organisme de bienfaisance dans lequel ils sont établis »<sup>54</sup>. Concernant le suivi et le contrôle financier des organisations caritatives à faibles revenus qui sont rattachées

---

<sup>49</sup> Ce statut juridique précaire d'organisation non constituée la disqualifie souvent auprès de certains bailleurs de fonds dans des appels à projets spécifiques. D'où la nécessité de ne pas trop s'éterniser dans cette forme qui est quelque peu limitative. Voir le cas du *Comic Relief Community Fund*.

<sup>50</sup> Art. 16(2) de la Loi de 2009 sur les organisations à but non lucratif. D'ailleurs, à l'alinéa 3, le législateur reconnaît la capacité d'extraterritorialité de l'organisation poursuivant un but non lucratif, sous réserve du respect des lois du pays étranger d'exercice.

<sup>51</sup> L'article 3 (3) de la loi suscitée dispose clairement que « *Les organisations ne peuvent se livrer aux activités des banques, des associations régies par la Loi sur les associations coopératives de crédit, des sociétés ou sociétés de secours régies par la Loi sur les sociétés d'assurances ou des sociétés régies par la Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt.* »

<sup>52</sup> Art. 3(4) de la loi suscitée.

<sup>53</sup> Article 130 de la Loi de 2011.

<sup>54</sup> Article 131 (2) de la Loi suscitée. Cette obligation demeure d'actualité même si avant le terme de six ans, l'organisation caritative se trouverait en état de cessation d'activités. Ceci est explicitement mentionné dans les dispositions de l'article 132 (3) *in fine* qui précise que « *à moins que la Commission ne consente par écrit à ce que les documents soient détruits ou autrement éliminés.* ». Enfin, l'article 133 autorise les fiduciaires au terme d'un exercice, de tenir en lieu et place d'un état des comptes, un état de l'actif et du passif ainsi qu'un compte de reçus et de paiements. Cette option n'est valable selon l'article *Op.cit.* que « *Si le revenu brut d'un organisme de bienfaisance au cours d'un exercice financier ne dépasse pas 250 000 pounds.* »

à une grande organisation de bienfaisance, l'examen des comptes de gestion n'est pas une exigence fondamentale mais, elle l'est *a contrario* pour l'organisation mère de rattachement<sup>55</sup>. Toutefois, si les comptes bancaires d'une organisation caritative sont dormants ou encore qu'un bailleur de fonds donné n'arrive pas à prendre attache avec une organisation qui l'a antérieurement contacté et dont un projet aurait reçu un intérêt en vue du financement, ce bailleur peut prendre attache avec la « *Charity Commission* » pour le transfert des fonds. En l'espèce, cette dernière peut instruire le bailleur de fonds de transférer directement le financement à une autre organisation de bienfaisance qu'elle aura indiquée et qui poursuit les mêmes finalités<sup>56</sup>, et dont les fiduciaires informés ont confirmé et approuvé que cette opération soit faite au profit de leur organisme de bienfaisance.

Du point de vue fiscal, l'expérience du système britannique est intéressante en pratique pour le législateur camerounais et les acteurs de la diaspora qui ne sont pas familiers aux spécificités propres au modèle d'organisations caritatives. En pratique, il est admis au Royaume-Uni de Grande Bretagne et au pays de Galles que les impôts sont payés sur les dépenses non caritatives, c'est-à-dire des charges en termes d'investissement qui n'ont rien à voir avec les objectifs caritatifs de l'organisme. Donc, au moment d'effectuer la déclaration des revenus près les services fiscaux (HMRC), ces derniers peuvent après examen documentaire, estimer à tout moment les dépenses non caritatives imposables, et inviter les administrateurs à l'acquiescement des impôts y relatifs. Concernant la qualification commerciale ou non des activités des organismes caritatifs, certaines règles spécifiques doivent être prises en compte par les gestionnaires de l'organisme caritatif, tout en considérant que pour les services du fisc britannique, les biens donnés à un organisme caritatif qui se retrouvent plus tard vendus à des tiers, l'opération ne peut être considérée comme un commerce<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Cf. article 152 de la Loi de 2011.

<sup>56</sup> Cf. article 107 de la Loi de 2011. A l'alinéa 3 de cet article, il est précisé expressément que « *La commission peut préciser dans une instruction en vertu du paragraphe (2) tout autre organisme de bienfaisance ou les organismes de bienfaisance quelle juge appropriés, compte tenu, dans un cas où les fins de l'organisme de bienfaisance concerné sont connues de la Commission...* » Toutefois et au sens de l'article 108 (3), l'opération peut être interrompue avant le transfert « *S'il apparaît à la Commission que le ou les comptes en question sont ou ne sont plus dormants, elle doit révoquer toute instruction qu'elle a déjà donnée à l'institution à l'égard de l'organisme de bienfaisance concerné en vertu de l'article 107(2).* »

<sup>57</sup> Raison pour laquelle en Angleterre, certains organismes caritatifs à but non lucratif aménagent des espaces des boutiques ou des magasins caritatifs qui exposent et vendent divers articles faits par les personnes à besoins spéciaux dans le cadre des programmes de valorisation de leurs compétences par l'apprentissage des petits métiers (couture, cordonnerie, bricolage, artisanat, etc.). Ici, les ventes à des fins accessoires réalisées ont pour seul objectif d'amortir les frais engendrés par la formation pour poursuivre l'œuvre au profit d'un public nombreux. Sauf que dans la tenue des registres comptables et des pièces justificatives, les articles achetés par l'organisme caritatif et vendus sont considérés comme faisant partie des actes de commerce et donc, les bénéfices commerciaux sont imposables distinctement.

Envisageons d'abord la règle de la non-imposition pour affectation commerciale des biens ou des services. Lorsqu'un organisme de bienfaisance génère à titre accessoire, sans risques importants et de manière non régulière des bénéfices sur le commerce pour soutenir sa mission sociale caritative, il n'est pas imposable, à moins que le niveau de revenus annuels générés par cette activité commerciale prétendue auxiliaire préoccupe le fisc. Dans l'hypothèse où les services fiscaux décident d'appliquer les impôts sur l'activité accessoire, ce ne sera que sur les bénéfices générés. Si l'activité commerciale dans laquelle s'adonne un organisme caritatif vise l'accroissement des revenus pour utiliser l'argent obtenu pour l'accomplissement des objectifs caritatifs, ce commerce est imposable sur tous les revenus. Si par contre l'activité commerciale effectuée vise à collecter des fonds nécessaires pour l'organisme de manière occasionnelle et non principale, qu'il n'y ait pas d'autres possibilités pour le moment, sans que les administrateurs ou les dirigeants fassent une focalisation sur le seuil du chiffre d'affaires à atteindre pour couvrir les charges d'exploitation, les revenus générés par l'activité commerciale ne devraient être imposés. Donc, l'activité commerciale de l'organisme caritatif doit ne viser que la recherche d'un supplément d'argent sans exposer les actifs permanents de la structure à des risques importants<sup>58</sup>.

Au-delà de la première règle, une autre règle est celle de la non-imposition des biens expressément donnés à des fins commerciales. Exceptionnellement, il peut arriver qu'un donateur mette à la disposition d'un organisme de bienfaisance des biens pour les vendre ou les louer afin de collecter des fonds pour soutenir l'œuvre caritative. En pratique, les services fiscaux britanniques ne considèrent pas que ces opérations sont à proprement commerciales puisque les biens affectés ont été donnés ou mis à disposition avec pour intention soit la location, soit la vente. En pareille hypothèse, il n'y a pas fiscalisation des revenus obtenus puisque étant dénués du caractère de bénéfices commerciaux, et donc disqualifiés de tout prélèvement au titre d'impôt sur les sociétés et de taxe sur la valeur ajoutée<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Comme c'est souvent le cas par le placement des actifs sociaux comme garanties pour en tirer des profits, ou contracter des crédits, voir même les dilapider quand bien même les donateurs savent que ces biens servent la cause caritative.

<sup>59</sup> Toutefois, en dehors des réparations mineures effectuées en cas de défectuosité ou de non fonctionnalité optimale, du nettoyage, du tri des objets ou des articles de qualité, l'organisme de bienfaisance bénéficiaire ne doit pas procéder à des améliorations substantielles ou à des transformations des biens reçus pour en tirer un meilleur avantage ou un meilleur prix. Aussi, dans le cadre des opérations de vente ou de location, les services fiscaux britanniques recommandent que ces opérations commerciales soient réalisées au moyen des ventes aux enchères caritatives, ou des caravanes caritatives d'achats ouverts au grand public, aux personnes handicapées, aux personnes qui bénéficient d'autorisations d'accomplir des prestations spécifiques, ou soit par les intermédiaires de boutiques caritatives.

## 2- L'admission des organismes sociétaires à but caritatif

D'emblée en Droit britannique, les sociétés de bienfaisance encore appelées « *Charitable companies* » sont reconnues et autorisées d'exercice aussi bien en Angleterre que dans le pays de Galles. Cette catégorie d'organisations a été envisagée<sup>60</sup> comme des entreprises juridiquement constituées à des fins non lucratives et assujetties à l'obligation de divulguer de manière claire et lisible, leur statut « d'organisme de bienfaisance ». Au Royaume-Uni de Grande Bretagne, cette indication doit être portée en « anglais » sur tous les documents et les moyens de communication de l'entreprise afin d'informer le public mais, dans le pays de Galles, la société doit mentionner en Gallois le mot « *elusen* » ou « *elusenol* » qui renvoi à « entreprise charitable ». En cas d'omission de cette mention, les administrateurs de la société s'exposent aux poursuites pénales<sup>61</sup>. De manière formelle, le législateur britannique oblige les administrateurs dont les entreprises caritatives ont déjà été enregistrées au sein de la *Charity commission*, de requérir systématiquement l'autorisation préalable avant de procéder à toute modification de son objet social et donc de ses statuts<sup>62</sup>.

Du point de vue de leur typologie, les organismes caritatifs sociétaires peuvent être incorporés sous les formes « *Company Limited by Guarantee* » (CLG)<sup>63</sup>, « *Charitable Incorporated Organisation* » (CIO)<sup>64</sup>, « *Community Interest Company* » (CIC)<sup>65</sup>. En réalité, dans la législation britannique, les entreprises caritatives sont créées au registre des sociétés et accomplissent par devant la commission des organismes de bienfaisance les formalités d'enregistrement au répertoire public, au terme desquelles un numéro leur est affecté comme « *Charitable Incorporated Organisations* ». Toutefois, il peut arriver que les associés constituent normalement leur société et l'enregistrent d'abord auprès de la commission des

<sup>60</sup> Se rapporter dans ce sens aux articles 193 et suivants du *Charity Act*.

<sup>61</sup> Au sens des dispositions de l'article 194 du *Charity Act*.

<sup>62</sup> Cf. art.198 du *Charity Act*.

<sup>63</sup> La spécificité de la « *Company Limited by Guarantee* » tient au fait que leur constitution est relativement simple pour les membres fondateurs qui font le choix de réinvestir tous les profits générés dans l'entreprise. Lorsque cette catégorie de société a le statut caritatif, elle surfe à la fois sur le Droit des sociétés consacré par la Loi de 2006 et le droit des organismes de bienfaisance consacré par le *Charity Act* de 2011. Pour les aspects se référant à la constitution d'un CIO, se référer aux dispositions des articles 206 à 210 du *Charity Act*.

<sup>64</sup> Ce type de société peut être constitué soit sous la forme d'une fondation caritative dans la mesure où les membres choisissent de restreindre ou de limiter l'adhésion, ou soit sous la forme associative dans le cas où les fondateurs sont animés par la volonté d'élargir l'adhésion à plusieurs personnes qui devront participer à la mission sociale. Qu'importe la forme de CIO, la condition de revenu minimum annuel n'est pas applicable.

<sup>65</sup> La société d'intérêt communautaire par essence est proprement une SARL qui œuvre pour répondre aux besoins des membres de la communauté qu'elle sert. Même si les fondateurs orientent leurs activités dans le champ caritatif, cette catégorie ne peut pas officiellement obtenir la qualité d'organisme de bienfaisance à moins d'être transformée en CIO car, il existe de manière autonome une instance spécifique d'enregistrement, de régulation et de contrôle : le *CIC Regulator*.

organismes caritatifs pour acquérir le statut d'organisation de bienfaisance. C'est cette dernière du point de vue légal, qui est habilitée avec l'accord du procureur général, à solliciter auprès du responsable du registre des sociétés, le rétablissement de l'enregistrement de ladite société avec inscription en qualité de société caritative<sup>66</sup>.

Au terme des dispositions combinées des articles 205 et 206 de la Loi de 2011, les organismes caritatifs constitués en société sont des personnes morales remplissant les critères cumulatifs de détention des statuts, d'un bureau principalement établi au Royaume-Uni de Grande Bretagne et comptant un ou plusieurs membres adhérents. D'office, lorsqu'une société acquiert après inscription au registre public de la commission le statut d'organisme de bienfaisance constitué, la totalité des biens meubles ou immeubles affectés par les membres sociétaires fiduciaires est incorporée et comptabilisée dans le patrimoine de celle-ci<sup>67</sup>. S'il advenait pour quelques raisons que ce soit<sup>68</sup> un contentieux judiciaire entre une société caritative constituée et un tiers, la requête introduite par la société pourrait être rejetée par le tribunal si cette dernière n'a pas clairement divulgué son statut d'organisme de bienfaisance dans ses documents, dissimulant ainsi la finalité de ses actions<sup>69</sup>.

En Droit camerounais, les organismes sociétaires à but caritatif sont admis à côté des associations, des ONG, des structures à but humanitaire, conformément à la Loi relative au mécénat et au parrainage suscitée. C'est le cas des fondations d'entreprise, qui sont définies par le législateur comme une « *personne morale créée par une ou plusieurs entreprises qui lui affectent de manière irrévocable des biens en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général à but non lucratif.* »<sup>70</sup> Ainsi, une entreprise peut bénéficier du statut d'œuvre sociale privée dès lors qu'elle n'est pas déficitaire du point de vue de sa trésorerie, et qu'elle apporte une aide matérielle et morale aux nécessiteux, pour satisfaire leurs besoins d'épanouissement en termes de résilience à la vulnérabilité auxquels ils sont confrontés.<sup>71</sup>

Du point de vue du statut d'œuvre sociale, pour revêtir cette qualité, l'entreprise doit solliciter l'autorisation du Ministre des Affaires sociales, dès lors qu'elle remplit les conditions

---

<sup>66</sup> Au sens de l'article 203 (1) il est indiqué que « *La Commission peut présenter une demande en vertu de l'article 1029 de la loi de 2006 sur les sociétés (demande de rétablissement au registre des sociétés) en vue de rétablir une société d'utilité publique au registre des sociétés.* »

<sup>67</sup> Voir article 210 (2) de la Loi.

<sup>68</sup> Perte financière, cession ou transfert de propriété des biens, non-respect des clauses contractuelles, etc.

<sup>69</sup> Article 213 de la Loi suscitée.

<sup>70</sup> Cf. Article 3.

<sup>71</sup> Cf. Art.2 du décret n°77 *supra*.

règlementaires<sup>72</sup>. En effet, dans le cas où il est établi qu'après au moins trois années de fonctionnement, l'entreprise revêtant le statut d'œuvre sociale privée a des preuves de son impact social de manière exceptionnelle au niveau régional ou national, elle peut par décret présidentiel être déclarée d'utilité publique.<sup>73</sup> Dans l'hypothèse où une entreprise d'utilité sociale de même qu'un organisme à but non lucratif veut expressément lever des fonds internationaux pour les besoins de son œuvre, elle doit au préalable obtenir l'autorisation du Ministère de l'Economie, de la Planification et de l'aménagement du Territoire, par le canal du Ministère des Affaires sociales.<sup>74</sup>

Concernant le statut de mécène, il est reconnu aux entreprises créées sous forme de fondation d'entreprise pour une durée d'au moins six ans<sup>75</sup>, poursuivant les missions d'intérêt général à but non lucratif telles qu'énoncées par l'article 9 de la loi n°2003 sur le mécénat<sup>76</sup>. Les avantages conférés<sup>77</sup> ainsi aux fondations d'entreprises caritatives sont assimilées en France aux mécènes jouissant de la « reconnaissance d'intérêt général » qui permet « d'accroître leur capacité juridique et de bénéficier ainsi de dons autres que les dons manuels. »<sup>78</sup> En termes d'obligations, le législateur camerounais oblige les fondations d'entreprises à recruter au moins un commissaire aux comptes et son suppléant, à tenir un bilan annuel, un compte de résultat annexé<sup>79</sup>, à communiquer à l'autorité administrative ses documents de gestion<sup>80</sup>.

## II- DES ORGANISMES SOUMIS AUX PROCÉDURES PARTICULIERES

Aussi bien en Droit britannique qu'en Droit camerounais, un organisme caritatif n'acquiert la personnalité juridique qu'au terme d'un processus de reconnaissance officielle,

<sup>72</sup> Qui sont énoncées aux articles 8 et 9 du décret *op cit*. Une telle procédure n'existe pas en France si l'on s'en tient aux propos d'un doctrinaire. Cf. COLAS Amblard, « Intérêt général, utilité publique ou utilité sociale : quel mode de reconnaissance pour le secteur associatif ? », *Revue internationale de l'économie sociale*, n°315, 2010, p.26.

<sup>73</sup> Cf. art.11 et 13 du décret *op cit*.

<sup>74</sup> Cf. Article 20 du décret n°77 suscité.

<sup>75</sup> Article 15 de la loi n°2003 suscitée. A l'expiration de ce délai, les fondateurs peuvent solliciter le renouvellement de l'autorisation. Cf. art.25 de la loi n°2003 suscitée.

<sup>76</sup> Il est vrai qu'en rapprochant le contenu de cette disposition à celle de l'article 238 bis du Code général des impôts Français, le législateur camerounais s'en est inspiré *in extenso*. Mais en dépit de cela, les exonérations consenties par l'Etat à une entreprise de mécénat Camerounaise revêtent en France au sens d'Amblard, le caractère des avantages octroyés aux organismes reconnus d'utilité publique. Pour cet auteur, « aucun texte ne définit les critères d'utilité publique, lesquels reposent exclusivement sur la pratique administrative et les avis rendus par le Conseil d'État. » COLAS (A.) suscité, pp.22, 24.

<sup>77</sup> Cf. les articles combinés 9 et 10.

<sup>78</sup> COLAS (A.) suscité, p.25.

<sup>79</sup> Art.23 de la loi n°2003 suscitée.

<sup>80</sup> Il s'agit notamment des rapports d'activités et rapports annuels du commissaire aux comptes Cf. art.24.

qui fait intervenir divers acteurs commis pour apprécier la pertinence, la conformité et la légalité de l'œuvre de bienfaisance. Ainsi, à certains stades des procédures administratives, les administrateurs des organisations poursuivant un but non lucratif ou caritatif en Grande Bretagne et au Cameroun se retrouvent devant des commissions spécialisées, habilitées à recevoir soit des demandes d'agrément, soit alors des demandes d'enregistrement. Ces procédures effectuées devant les commissions (A) pour des types particuliers d'organisations n'englobent pas tout le système car, d'autres demandes sont traitées en dehors des commissions (B).

### A- Les procédures devant des commissions spécialisées

Qu'il s'agisse du système britannique ou de celui camerounais, les organismes poursuivant un but caritatif ou des fins de bienfaisance connaissent des procédures devant des commissions spécialisées, remplissant des missions particulières. Il convient d'en examiner la teneur tour à tour pour le cas britannique (1) et le cas camerounais (2).

#### 1- Cas britannique

Instituée par le « *Charity Act* » de 2011 dans ses paragraphes 13 et suivant, la « *Charity Commission* » est l'organe qui connaît de la recevabilité des dossiers des organismes de bienfaisance (non constitués en société) créés dans le Royaume-Uni d'Angleterre ou dans le pays de Galles, et dont le revenu annuel est supérieur à 5000 *livres*. Toutefois, les organismes de bienfaisance constitués en sociétés<sup>81</sup> et revêtus du caractère caritatif doivent obligatoirement s'enregistrer auprès de la Commission quel que soit le revenu. D'emblée, au sens des dispositions pertinentes du paragraphe 15 de la Loi, la commission assume des fonctions générales en matière d'information, de recevabilité des dossiers, de facilitation de la structuration du cadre de gestion, du suivi des activités, du contrôle de gestion, du conseil et de l'orientation des activités des organismes de bienfaisance. Au regard des prérogatives de la Commission et du degré de confiance dont elle jouit, le législateur britannique n'a pas limité sa capacité d'action par le secret bancaire. L'article 109 (1) précise d'ailleurs dans ce sens qu'« *Aucune obligation de secret ou autre restriction à la divulgation (quelle que soit l'imposition) n'empêche une institution concernée de divulguer des informations à la*

---

<sup>81</sup> Dits « Organisations caritatives incorporées » abrégées CIO.

*Commission dans le but de permettre à la Commission de s'acquitter de ses fonctions en vertu des articles 107 et 108.»*

En conséquence, avant toute demande d'enregistrement, les requérants doivent avoir effectué au préalable la mise en place de l'organisation. Matériellement, la procédure d'enregistrement qui peut durer environ trois mois suivant le rythme d'enregistrement des données dans la plateforme s'effectue comme suit :

Page | 164

- Introduction d'une demande décrivant les circonstances particulières justifiant de la démarche ;
- Communication des coordonnées<sup>82</sup> de l'organisme de bienfaisance et de tout document probant aux sollicitations de la Commission ;
- Fourniture d'une copie du certificat de constitution et du mémorandum<sup>83</sup> ;
- Remplissage du formulaire d'enregistrement et inscription d'un numéro de référence.

Une fois que ces dossiers sont introduits<sup>84</sup>, la Commission examine la conformité des documents<sup>85</sup> à la législation avant de procéder à l'enregistrement si l'avis est favorable. Les requérants peuvent être sollicités tout au long du processus pour fournir des informations détaillées, vraies, claires et complètes<sup>86</sup>. Toutefois, il convient d'observer qu'il n'appartient pas à la Commission de discerner en fonction des objectifs déclarés dans le projet des statuts soumis, si l'organisation postulant poursuit effectivement ou non un but caritatif ou de bienfaisance. L'examen fait par la Commission se rapporte à la conformité, la clarté des finalités déclarées, ainsi que des circonstances qui motivent la demande d'enregistrement introduite par les administrateurs requérants de l'organisme de bienfaisance.

En cas de conformité de la demande d'enregistrement, la Commission informe les administrateurs de la décision d'approbation puis procède à l'inscription de l'organisme de bienfaisance dans le répertoire public dans les 48 heures qui suivent la notification. Le numéro d'enregistrement est ainsi transmis à l'administrateur principal et les responsables de

---

<sup>82</sup> Dénomination, contacts, noms et coordonnées des principaux administrateurs.

<sup>83</sup> Pour les organismes de bienfaisance constitués en société.

<sup>84</sup> En se référant au paragraphe 207 de la Loi, l'objet des demandes introduites par les CIO est relatif à la constitution et l'enregistrement auprès de la « *Charity commission* ».

<sup>85</sup> Projet des statuts intégrant les orientations du paragraphe 206, le règlement intérieur, les politiques sociales, les procédures de gestion, le formulaire de déclaration de fiduciaire signé par tous les fiduciaires et tout autre document jugé important par la Commission.

<sup>86</sup> Conformément aux dispositions du paragraphe 60 de la Loi de 2011, sont constitutifs d'infractions pénales toute déclaration mensongère et fausse.

l'organisme doivent le cas échéant prendre attache avec les services des impôts pour solliciter les allègements fiscaux conformément à la réglementation.

En cas de non-conformité du dossier, la Commission informe les requérants par avis motivé du rejet de leur demande<sup>87</sup>, ainsi que des suites de la procédure car, il est reconnu aux requérants le droit de contester la décision en sollicitant un nouvel examen interne pour revoir la décision. En l'espèce, le recours des requérants est introduit au moyen d'un formulaire sollicité auprès de la Commission et transmis au service en charge du règlement des litiges relatifs aux procédures d'enregistrement. *A priori*, toute demande de révision de décision de rejet doit être faite dans les meilleurs délais, soit dans les trois mois suivant la date de notification de l'avis de rejet de la Commission. En tout état de cause, si la Commission accepte de procéder au réexamen du dossier, une personne qui n'a pas pris part à la décision initiale examinera le dossier puis proposera une nouvelle décision de la Commission<sup>88</sup>.

S'il arrive qu'au terme du réexamen du dossier la demande soit à nouveau rejetée, les requérants peuvent saisir le tribunal de première instance pour contester la décision. Cette voie de recours juridictionnel est indiquée dans la mesure où, le Tribunal étant un organe juridictionnel indépendant, il a le pouvoir d'examiner à nouveau les décisions prises par la « *Charity Commission* » afin soit de les annuler, soit de solliciter des ajustements, soit enfin de les confirmer. Techniquement, la saisine du tribunal de première instance se fait au moyen d'un avis d'appel introduit dans les 42 jours suivant la date à laquelle la décision de rejet a été communiquée aux requérants. Dans la computation de ces délais, les week-ends et les jours fériés sont inclus. Passé ce délai, les requérants ont encore la possibilité de demander au tribunal une prorogation de délai mais, celle-ci pourrait être rejetée. En tout état de cause, l'enregistrement auprès de la commission ne confère pas *de juri* la personnalité juridique au point d'attribuer à l'organisation enregistrée une forme juridique particulière<sup>89</sup>. Cela ne le deviendra que si les administrateurs choisissent une des formes de sociétés incorporées la plus adaptée à leur vision d'efficacité.

## 2- Cas camerounais

Dans la pratique administrative camerounaise, les dossiers soumis généralement à l'avis du Ministre sont préalablement soumis à l'examen d'une commission ministérielle. Au terme

<sup>87</sup> Se référer dans ce sens au paragraphe 208 de la Loi.

<sup>88</sup> Conformément aux exigences du paragraphe 208 du *Charity Act*.

<sup>89</sup> Manchester Community Central, *Facsheet 9, choosing a legal structure*, 10GM, 2022, p.3.

de cette procédure, une autorisation ou un agrément est délivré. Dans le cas d'espèce, les dispositions textuelles visant les organismes caritatifs sollicitant l'autorisation réglementaire<sup>90</sup>, une reconnaissance présidentielle<sup>91</sup> ne mentionnent pas explicitement l'intégration d'une commission d'étude du dossier. Mais pour le cas des organismes caritatifs sous forme d'ONG ou d'association étrangère, des commissions spécifiques sont instituées.

Les procédures devant la commission technique<sup>92</sup> concernent les organisations non gouvernementales qui ont été clairement envisagées dans le décret n°2001/150/PM du 03 mai 2001 portant organisation et fonctionnement de la commission technique chargée de l'étude des demandes d'agrément et du suivi des activités des ONG. *Ab initio*, le législateur a indiqué<sup>93</sup> pour les associations régulièrement déclarées ou autorisées<sup>94</sup>, la liste des pièces du dossier de demande introduit au secrétariat du service du Gouverneur qui comprend<sup>95</sup> :

- une demande timbrée au tarif en vigueur<sup>96</sup> ;
- une copie du récépissé de la déclaration ou de l'acte d'autorisation ;
- un rapport d'évaluation des activités des trois dernières années au moins et le programme d'activités des trois prochaines années<sup>97</sup> ;

<sup>90</sup> Pour des œuvres sociales privées.

<sup>91</sup> Pour la reconnaissance d'œuvre d'utilité publique.

<sup>92</sup> Instituée par l'article 7 de la loi n° 99-14 du 22 décembre 1999 relative aux ONG.

<sup>93</sup> Suivant les termes de l'article 4 de la Loi n°99-14 du 22 décembre 1999.

<sup>94</sup> Qui mènent effectivement les activités statutaires depuis au moins 03 ans. Les associations unipersonnelles ne sont pas exclues de cette procédure. Cette vision des ONG est similaire à celle incarnée au Sénégal puisque conformément aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du projet de décret n°2015-145 du 04 février 2015 fixant les modalités d'intervention des ONG, elles sont considérées comme « *des associations ou organismes privés, régulièrement déclarés ou autorisés, à but non lucratif, ayant pour objet d'apporter leur contribution à la politique nationale de développement économique, social et culturel.* » Sauf que la particularité tient au fait que pour la procédure d'agrément, le demandeur doit avoir exercé ses activités depuis deux années à dater de sa création soit au Sénégal, soit dans le pays d'origine (art.5).

<sup>95</sup> En pratique, pour les besoins d'examen de la conformité des activités, il est souvent demandé aux postulants d'intégrer l'attestation de compte, les décharges des lettres de transmission des rapports d'activités, les photocopies des cartes nationales d'identité des responsables principaux, un plan de localisation. Dans le cas Sénégalais, le dossier constitué est déposé contre décharge au niveau de la préfecture du lieu d'établissement du siège social (art.6 du décret suscité).

<sup>96</sup> Usuellement, celle-ci est adressée par le(s) fondateur(s) ou son mandataire au Ministre de l'administration Territoriale sous le couvert du Gouverneur de la région du lieu d'établissement du siège social.

<sup>97</sup> Habituellement néanmoins, il est conseillé aux responsables des associations de joindre le rapport d'activité des trois dernières années et le rapport d'évaluation des activités depuis la création. Avec l'avènement de l'Acte uniforme OHADA relatif au système comptable des entités à but non lucratif, en attendant les indications administratives au besoin, il serait utile par soucis d'arrimage aux dispositions communautaires, que les états financiers annuels produits intègrent le jeu complet indiqués à l'article 4 en l'occurrence « *le bilan, le compte de résultat, le tableau des flux de trésorerie ainsi que les Notes annexes* » car, cela permettra de présenter une image sincère, fidèle de la situation financière des opérations effectuées et du patrimoine de l'organisme à la période de référence.

- un procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire tenant lieu d'assemblée constitutive de l'ONG ;
  - quatre exemplaires des statuts de l'ONG ;
- la dénomination, l'objet, le siège de l'ONG ainsi que les noms, professions et domiciles de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction.

Une fois saisi du dossier qui est étudié dans les 15 jours par les services du Gouverneur du lieu de dépôt, ces derniers doivent émettre un avis favorable<sup>98</sup> avant de le transmettre à la Commission ministérielle<sup>99</sup>. Pour l'examen du dossier, la commission ministérielle dispose à son tour d'un délai maximal de 30 jours pour émettre son avis motivé sur la demande d'agrément<sup>100</sup>. Encore faut-il qu'au moment de la transmission des dossiers au niveau du Ministère, que la période coïncide avec le calendrier de travail de la commission technique qui siège règlementairement au moins une fois trimestriellement, et en tant que de besoin<sup>101</sup>. Dans tous les cas, après avis technique de la Commission constaté sur la base des délibérations des procès-verbaux et des rapports de sessions établis, le législateur a réservé en dernier ressort l'examen des demandes d'agrément par le Ministre de l'administration Territoriale<sup>102</sup>. La décision d'agrément ou de rejet motivé du Ministre doit intervenir dans un délai plafond de 30

---

<sup>98</sup> En pratique, les services du Gouverneur prennent généralement attache avec l'association postulant pour informer les responsables des manquements du dossier. Ce n'est que lorsque les anomalies constatées ont été rectifiées par les membres de l'association et, que sur la base de conformité administrative le dossier est jugé recevable et pertinent, que l'avis favorable sera émis, pour la suite de l'examen de la demande par la commission d'agrément. Il ne faudrait donc pas s'attendre à ce qu'automatiquement, l'avis favorable soit donné de manière systématique. Techniquement, il est parfois difficile pour les services du Gouverneur de traiter avec célérité les dossiers introduits par des responsables des associations qui vivent à l'étranger ou dans des zones enclavées, et qui ne sont pas joignables sur la base des contacts portés sur le dossier. En pareille circonstance, va-t-on se plaindre des lenteurs administratives dès lors qu'il n'est pas possible de joindre une personne de l'association ? Il appartient donc au postulant de mentionner dans leurs dossiers, tout contact permettant de les joindre en cas de nécessité.

<sup>99</sup> Dans le cas sénégalais, il s'agit d'une commission interministérielle consultative qui examine les dossiers dans un délai maximal de 02 mois à compter de la date d'introduction de la demande d'agrément à la Préfecture (art.7 du décret suscitée).

<sup>100</sup> Cf. article 8 de la loi suscitée.

<sup>101</sup> Art.5 du décret n°2001/150/PM du 03 mai 2001, précisant l'organisation et le fonctionnement de la commission technique chargée de l'étude des demandes d'agrément et du suivi des activités des ONG. Dans tous les cas, les délais consacrés par le législateur de 99 doivent être respectés, ce d'autant plus que l'autorité règlementaire est constante sur ce principe, dans son rappel fait à l'article 2 du décret qui stipule que la commission « étudie les demandes d'agrément des ONG et rend un avis sur toute question y afférente dans le respect des délais fixé par la loi susvisée. »

<sup>102</sup> Cf.art.8 de la Loi.

jours dès réception des avis de la Commission<sup>103</sup>, auquel cas le « trou noir juridique »<sup>104</sup> créé par le silence prévaudra que l'administration a octroyé l'agrément d'ONG<sup>105</sup>.

Dans le fond, en cas de dépassement des délais préfixés de traitement des dossiers de demande d'agrément, la voie contentieuse reste ouverte du fait de la « mal-administration »<sup>106</sup> même si elle n'est pas expressément décrite comme dans le cas de la législation britannique. A ce titre, les requérants disposant de la lettre de décharge ou du bordereau de dépôt obtenu près le service du courrier du Gouverneur, il est facile de faire la computation des délais, pour constater ou non les lenteurs administratives, lesquelles sont susceptibles d'engendrer diverses conséquences<sup>107</sup>. S'il est admis qu'après les 75 jours le silence de l'administration<sup>108</sup> vaut octroi d'agrément, il semble toutefois que la formule « agrément réputé accordé »<sup>109</sup> ne peut prospérer que si les fondateurs ou promoteurs de l'association ne se sont pas comportés au regard de leurs agissements et négociations avec des tiers, comme s'ils avaient déjà reçu l'agrément d'ONG d'une part, et d'autre part, qu'en cas de relance expresse de l'administration pour s'enquérir de l'issue de la procédure, qu'ils n'aient pas reçu de réponse motivée et précise.

Les dossiers de demande d'autorisation<sup>110</sup> d'organisme caritatif d'utilité sociale sont transmis à la délégation régionale du lieu d'établissement puis, après examen dans le fond et la

<sup>103</sup> Puisque dans l'esprit du législateur tel que traduit dans les dispositions de l'article 9 de la Loi de 99, à compter de l'introduction du dossier de demande d'agrément dans les services du Gouverneur, constaté par décharge, le Ministre doit se prononcer dans un délai maximum de 75 jours.

<sup>104</sup> BRACONNIER (S.) et al., « Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir juridique », *JCP G*, n°51, 2013, p.2309.

<sup>105</sup> Dans le cas Sénégalais la règlementation est claire sur le scénario final. Le demandeur dont la demande d'agrément a été refusée dispose d'un délai de 02 ans avant d'introduire à nouveau sa demande. Même si cette précision nous est pertinente, dans le cas camerounais, un aménagement substantiel des délais ne devrait pas intégrer une telle marge d'abord parce qu'une œuvre caritative est une affaire de passion mais aussi éprouvante pour les organisations qui ont effectivement fourni des résultats probants sur la base des actions opérationnelles, ensuite, il faut bien admettre que si le motif de rejet est basé sur des éléments qui peuvent être ajustés à brève échéance, à quoi bon retarder le postulant pour qu'il ne postule pas à tout moment ?

<sup>106</sup> Lire dans ce sens LAVEISSIERE (J.), *Le silence de l'administration*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux 1, 1979, pp.326, 419-421.

<sup>107</sup> Perdre une opportunité de financement de projets par un bailleur de fonds ou de partenariat stratégique survenue 75 jours après introduction de la demande d'agrément restée sans suite quelconque. Il est tout de même judicieux de faire constater le dépassement de ce délai par huissier de justice.

<sup>108</sup> Implicitement indiqué à l'article 9(2) par la formule employée par le législateur « *faute pour le Ministre de notifier* » le rejet. On est là manifestement en face du « silence positif » ou du « silence qui vaudra accord » qui est formulé au profit des usagers du service public administratif pour pallier aux effets de l'inertie administrative. Lire dans ce sens DESPRAIRIES Armand, *La décision implicite d'acceptation en droit administratif français*, Thèse de Doctorat, Université Paris 1, 2019, p.1.

<sup>109</sup> Cf. art.9 de la loi.

<sup>110</sup> Comprenant une demande timbrée, un extrait de casier judiciaire datant de moins de trois mois du promoteur, un certificat médical du directeur, un rapport de présentation de l'œuvre avec organigramme, les plans et devis estimatifs des locaux visés par les services du ministère en charge des constructions (c'est le ministère du cadastre, des domaines et des affaires foncières en l'espèce), le projet des statuts et règlement intérieur, l'attestation de propriété, le contrat de bail ou l'acte de cession gratuite des locaux. Art.8 du décret n°77 *supra*.

forme, ils sont acheminés avec avis technique par les soins du délégué régional au Ministre des Affaires sociales pour autorisation. Deux séquences d'autorisations sont prévues par voie réglementaire suivant le niveau de maturation du projet d'œuvre sociale privée<sup>111</sup>. *Primo*, si le promoteur ne dispose pas encore de locaux adéquats suivant l'envergure de son projet, il lui est délivré un accord d'ouverture de principe sous forme de lettre<sup>112</sup>. *Secundo*, l'autorisation sous forme d'Arrêté ministériel est accordée de manière définitive, dès que le promoteur remplit effectivement les conditions documentaires exigées<sup>113</sup>, et que la commission ministérielle estime que le Ministre doit donner une suite favorable à la demande. Toutefois, il subsiste une grande zone d'ombre sur la question des délais administratifs de traitement du dossier. Rien n'est explicitement dit sur cet aspect laissant un vide susceptible de favoriser des lourdeurs administratives quand on sait bien comment, il peut être psychologiquement embarrassant de suivre les dossiers dans les administrations, alors même que ce qui anime les promoteurs recherchant la reconnaissance d'utilité sociale c'est la solidarité aux souffrances des défavorisés. Il est important pour l'autorité réglementaire de procéder à une révision en intégrant cette clause de délai puisqu'il est acquis sur la base de la pratique législative interne, que le législateur camerounais privilégie le silence positif dit silence accord. N'ayant pas donné plus de précisions outre que la liste des pièces du dossier de demande de reconnaissance d'utilité publique<sup>114</sup> de l'organisme caritatif, cela nous semble un acte discrétionnaire du Président de la république au terme d'une procédure non commissionnelle.

### **B- Les procédures non commissionnelles**

Il s'agit ici des procédures qui sont effectuées en dehors des commissions instituées. C'est-à-dire que les promoteurs ou les dirigeants des structures caritatives élaborent leurs dossiers et soumettent à une administration qui va faire examiner la recevabilité et la conformité

---

<sup>111</sup> Cf. art.7 du décret suscit.

<sup>112</sup> Celle-ci ne peut être considérée que comme autorisation provisoire. Il va falloir poursuivre l'initiative jusqu'à l'obtention de l'autorisation définitive.

<sup>113</sup> Enoncées dans les dispositions de l'article 9 du décret *ibid*, il s'agit d'une demande timbrée adressée au MINAS, le rapport sur l'état des locaux établi par les services compétents du Ministère chargé de la construction (Ministère du cadastre), le projet de budget de fonctionnement annuel, la liste des personnels administratifs et techniques d'encadrement ainsi que leurs dossiers (Curriculum vitae, extrait de casier judiciaire, extrait d'acte de naissance, certificat médical, rapport d'enquête de moralité, copies des diplômes), le récépissé de versement dans le compte bancaire de la structure du ¼ des dépenses annuelles de fonctionnement, une attestation d'assurance-incendie, un rapport du MINSANTE sur l'hygiène du milieu, un rapport d'expertise des services du MINAS concernant les équipements spécialisés et l'encadrement social. Ce dossier ne nous semble pas difficile à monter sauf que les délais de traitement ne sont pas indiqués dans le décret. Mais pour solliciter l'autorisation définitive, il faut déjà que le promoteur de l'organisme caritatif ait une structure quasiment opérationnelle.

<sup>114</sup> Cf. art.13 du décret n°77 *op cit*.

administrative par des personnes n'ont constituées en commission technique. Une distinction des procédures effectuées au Royaume-Uni de Grande Bretagne (1) de celles réalisées au Cameroun (2) mérite d'être faite puisque les contextes sont profondément différents.

### 1- Au niveau de la Grande Bretagne

Fondamentalement, certaines organisations de bienfaisance ne sont pas astreintes aux procédures devant la « *Charity commission* ». Il s'agit des petits organismes de bienfaisance non constitués en société, des organismes de bienfaisance exceptés<sup>115</sup>, des organismes qui sont situés en dehors de la Grande Bretagne, des succursales locales d'organismes de bienfaisance de grande importance et, les organismes de bienfaisance exemptés de la procédure d'enregistrement<sup>116</sup>. Cette formalité peut exceptionnellement être dérogée si de manière expresse, certains bailleurs de fonds exigent avant tout financement la fourniture du numéro d'enregistrement acquis auprès de la « *Charity Commission* »<sup>117</sup>.

En réalité, les petits organismes de bienfaisance non sociétaires qui sont basés en Grande Bretagne et dont les revenus sont inférieurs à 5000 livres doivent saisir les Commissaires du Revenu et des Douanes de Sa Majesté<sup>118</sup> pour s'enregistrer et solliciter des allègements fiscaux<sup>119</sup> au titre d'organisme de bienfaisance, permettant ainsi de demander des aides, des dons ou tout autre appui des institutions. Il est judicieux à cet effet d'envisager la saisine de ces commissaires *a posteriori* c'est-à-dire, après l'élaboration et la signature des statuts simplifiés par les membres fondateurs. Pour les petites organisations caritatives non constituées, la simplification du contenu des statuts est une exigence fondamentale car, tout membre adhérent doit être à mesure de lire rapidement et de comprendre simplement les termes utilisés<sup>120</sup>. En

<sup>115</sup> C'est le cas des groupes scouts, des guides, des fonds de bienfaisance des forces armées, des églises, des chapelles de certaines confessions chrétiennes ainsi que les fonds qui s'y rattachent.

<sup>116</sup> C'est le cas des musées, des galeries nationales, des universités anglaises, des fiducies d'académie et certains organes directeurs des écoles.

<sup>117</sup> Lire dans ce sens le guide d'application du *Comic Relief Community Fund* d'Angleterre 2022, dans les champs concernant la lutte pour la justice de genre, la santé mentale, l'épanouissement des enfants. Dans la dérogation admise ici, le Fonds exige du principal contact de l'organisation de fournir des documents permettant de justifier l'identité (permis de conduire valide, certificat de naissance britannique) et la localisation du siège social. Il peut s'agir d'une facture d'un service public (électricité, eau, gaz, taxe municipale, contrat de location) émise au cours des trois derniers mois.

<sup>118</sup> Il s'agit de la HM Revenue and Customs (HMRC).

<sup>119</sup> Tels qu'envisagés dans la partie 10 de la Loi de l'impôt sur le revenu de 2007.

<sup>120</sup> Les fondateurs qui ne savent pas comment rédiger ce document peuvent se faire assister par des juristes, à défaut ils peuvent consulter les modèles indicatifs proposés. Dans le fond, les dispositions qui doivent apparaître doivent mettre en évidence la dénomination, les objectifs, les bases d'organisation et de fonctionnement, les

réalité, si les membres fondateurs n'ont pas les compétences pour rédiger sous seing privé les statuts de leur organisme caritatif en raison de l'ignorance du Charity Act, ils peuvent solliciter les services d'un conseil dans ce sens pour faciliter la rédaction de leurs statuts et règlement intérieur, ainsi que les politiques sociales de gestion qui permettront d'encadrer le déploiement. Par ailleurs, le fait de n'avoir pas fait légaliser les textes de base de l'organisme caritatif n'exclut pas la possibilité de saisine du tribunal en cas de conflit car, en matière de « procédure caritative »<sup>121</sup>, les tribunaux d'Angleterre ou du pays de Galles ont compétence pour connaître des contentieux mettant en lien les organismes de bienfaisance pour des faits qui concernent leur administration ceci au moyen de la saisine faite par le procureur général<sup>122</sup>.

## 2- Au niveau du Cameroun

Plusieurs organismes de bienfaisance qui ne connaissent pas les procédures commissionnelles sont entre autre les associations déclarées et autorisées, les mécènes et les œuvres sociales sollicitant la reconnaissance d'utilité publique. Textuellement, pour créer une organisation caritative au Cameroun sous forme d'association déclarée, la Loi n°90/053 du 19 décembre 1990 n'a pas prévu l'exigence du recours à une commission d'agrément ou de traitement des dossiers de déclaration d'existence<sup>123</sup>. En effet, concernant les associations soumises au régime de la déclaration, il suffit simplement que les fondateurs introduisent un dossier de déclaration auprès des services de la Préfecture du lieu d'établissement. Dans l'article 6 de la loi suscitée, le législateur a indiqué que la demande<sup>124</sup> qui est accompagnée de deux exemplaires des statuts doit contenir des informations complètes<sup>125</sup>. En pratique, il est constant que les services préfectoraux recommandent aux fondateurs de joindre un plan de localisation du siège social, les photocopies des cartes nationales d'identité des membres du bureau et un procès-verbal de l'assemblée générale constitutive. Dans certaines localités du pays<sup>126</sup>, le

---

ressources, les signatures. Cf. The Charity commission for Northern Ireland, « *Model constitution for small unincorporated associations* », [www.charitycommissioni.org.uk](http://www.charitycommissioni.org.uk).

<sup>121</sup> *Charity proceedings* au sens de l'article 115 (8).

<sup>122</sup> La loi reconnaît aussi à la *Charity Commission* la possibilité d'ouvrir une procédure caritative au moyen d'une ordonnance d'ouverture lorsqu'elle n'est pas parvenue à régler un litige (cf. articles 114-115).

<sup>123</sup> Au Canada, lorsque les fondateurs l'ont préparé, le dossier est acheminé dans les services du Directeur du Registre qui va examiner et si tout est conforme, va délivrer un certificat de constitution à l'organisme caritatif une fois que le projet de statuts a été validé. L'organisation est donc réputée constituée et existe à compter de la date mentionnée dans le certificat qui fera systématiquement l'objet d'une publication officielle au public. Cf. art 276 de la Loi sur les organisations à but non lucratif précitée.

<sup>124</sup> Généralement timbrée.

<sup>125</sup> Se référer à cet effet à l'article 7(2).

<sup>126</sup> Comme c'est le cas dans l'arrondissement de Poli dans le département du Faro au Nord Cameroun.

dossier est transmis au niveau de la Sous-préfecture pour avis avant d'être approuvé par le chef du service de la vie associative de la préfecture puis, signature de l'Arrêté de déclaration d'existence par le Préfet.

Dans tous les cas, lorsque le dossier conforme est déposé<sup>127</sup>, le Préfet dispose de deux mois pour examiner la validité du dossier auquel cas, passé ce délai, la déclaration est présumée approuvée et l'autorisation d'exercice des activités est acquise, en dépit du silence de l'administration<sup>128</sup>. Même les associations reconnues d'utilité publique ne connaissent pas de procédures commissionnelles car, leur reconnaissance relève de la compétence exclusive du Président de la République<sup>129</sup>. L'autorité réglementaire n'a pas prévu de délai de traitement du dossier ce qui complexifie la procédure et n'offre pas une certaine visibilité aux promoteurs. Faut-il encourager cette imprécision dans les délais de traitement 45 ans après la publication du décret, tant il est vrai que l'importance de la reconnaissance consacre des avantages stratégiques pour l'œuvre sociale ? Manifestement, des avancées doivent se faire sur cette question.

Concernant les associations étrangères soumises au régime de l'autorisation, l'accord du Ministère de l'Administration Territoriale ne peut être délivré qu'après avis du Ministre des relations extérieures. C'est auprès des services de ce dernier que les dossiers sont déposés et, qui se charge de les étudier dans le fond et sur la forme<sup>130</sup>. En pratique, en plus des descentes de terrain auprès de la structure caritative, il est souvent procédé aux enquêtes de moralité approfondies des principaux responsables du bureau ou des mandataires des administrateurs devant assurer la gestion de l'organisme sur le territoire camerounais. Le rapport et l'avis technique produits à cet effet sont acheminés par les services du Ministère des relations extérieures au Ministère de l'Administration Territoriale. Dès lors, si ce dernier estime la demande d'autorisation fondée, une autorisation d'exercice est accordée à titre temporaire et soumise au renouvellement<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Contre décharge pour faciliter le suivi (article 7 al.1).

<sup>128</sup> Il faut déplorer tout de même que la loi sur la Liberté d'association n'a pas prévu explicitement la gestion du contentieux de déclaration d'existence des associations. Quel recours disposent les fondateurs de l'association en cas de rejet, de retard de traitement ? Rien n'est dit expressément par le législateur camerounais, contrairement aux clarifications procédurales apportées par le législateur britannique.

<sup>129</sup> Art.11 à 13 du décret n°77.

<sup>130</sup> En prenant en compte les modalités de l'article 16 (2) de la loi sur la liberté d'association.

<sup>131</sup> Art. 17 *ibid.*

Les structures caritatives qui sollicitent la création d'une fondation de mécénat doivent saisir le Préfet du lieu d'établissement au moyen d'un dossier réglementaire<sup>132</sup>. Dans le cas où l'autorisation est accordée, elle fait l'objet d'une publication au journal officiel de la République du Cameroun<sup>133</sup>. Aussi en cas du silence du Préfet deux mois après dépôt de la demande, le législateur affirme l'acquisition de l'autorisation mais qui doit être publiée au journal officiel<sup>134</sup>. En pratique, comment la publication au journal officiel pourrait-elle être faite quand on sait bien qu'un « soit-transmis » du Préfet doit être acheminé au responsable du journal officiel avec la copie de l'autorisation de la fondation d'entreprise ? Le requérant muni du constat d'huissier le fera-t-il à la place du Préfet ? La mise en œuvre de cette disposition légale nous semble matériellement difficile tant que l'autorité administrative ne s'est pas prononcée expressément. En dehors de la patience, il ne restera que la voie contentieuse dans le cas où le Préfet ne donne pas de suite à une relance des promoteurs de la fondation d'entreprise.

### Conclusion

En définitive, cette analyse nous a permis de constater que les spécificités des organismes caritatifs dans les Droits internes britannique et camerounais tiennent à la pluralité des formes juridiques et aux procédures particulières qui connaissent un encadrement juridique spécifique. Pendant que le législateur britannique reconnaît les organismes caritatifs non constitués, ils sont considérés comme informel en Droit camerounais et ne peuvent même pas être admis au même titre que les associations déclarées mais non reconnues d'utilité sociale et d'utilité publique, dans la course vers les subventions, les dons et les legs. Ils ne peuvent bénéficier non plus du régime fiscal des mécènes, des ONG et des œuvres sociales privées. Aussi, pendant que le législateur britannique privilégie la méthode de large explicitation juridique qui offre plus de densité et d'épaisseur aux textes relatifs aux organismes caritatifs, son homologue camerounais procède par approche différenciée de combinaison textuelle. En cela, les organismes caritatifs se déployant au Royaume-Uni de Grande Bretagne ont plus de facilités à se développer au regard de la permissibilité du cadre institutionnel à large spectre de financements, contrairement à celui camerounais qui n'offre pas les mêmes facilités.

En opérant comme des acteurs poursuivant des missions d'intérêt général, les organismes caritatifs inscrivent leur finalité vers la recherche du but non lucratif. C'est en cela

---

<sup>132</sup> Ce dossier comprend une demande timbrée, 03 exemplaires des statuts notariés et les justificatifs de la caution bancaire de garantie échelonnée sur six ans. Cf. art.14 à 17 de la loi n°2003 *op cit.*

<sup>133</sup> Art.12 de la loi *ibid.*

<sup>134</sup> Cf.art.12 *ibid.*

qu'ils sont tantôt désignés organismes de bienfaisance dans le système britannique, et tantôt œuvre sociale privée, ONG, oeuvre humanitaire ou encore philanthropique dans le système juridique camerounais. Par ailleurs, pour les deux législateurs, les organismes poursuivant un but lucratif peuvent acquérir le statut d'organismes de bienfaisance ou de fondation d'entreprise, à condition de se conformer aux exigences des cadres juridiques distincts. En termes d'exigences procédurales, les deux législateurs comparés ont consacré des procédures commissionnelles aboutissant soit à l'attribution d'un numéro d'enregistrement spécifique pour le cas britannique, soit à l'octroi d'une autorisation ou d'un agrément dans le cas camerounais. Sauf que pour ce dernier cas, la question des délais administratifs de traitement des dossiers laisse tantôt un vide juridique, tantôt un filet administratif de « silence accord » n'offrant pas assez de garanties pour se prévaloir de la pleine jouissance de la personnalité juridique d'organisme caritatif. En cela, le législateur camerounais doit évoluer dans sa position et l'autorité réglementaire dans sa pratique de régulation. Néanmoins, en privilégiant l'attractivité et un bon encadrement par des politiques, des pratiques administratives et un cadre juridique davantage soucieux du déploiement de la diaspora pour implémenter la solidarité internationale et la participation citoyenne à l'accomplissement des missions d'intérêt général, la mise en mouvement de la dynamique de coopération et d'établissement des organismes caritatifs précédemment créés en Grande Bretagne est possible au Cameroun car, le régime d'autorisation d'exercice d'activité étrangère est consacré. Il suffit de suivre les procédures tout en encourageant le législateur camerounais à la révision de son arsenal juridique frappé d'immobilité depuis une quarantaine d'années pour ce qui est de la réglementation des organismes caritatifs constitués en œuvre sociale privée et qui introduit la reconnaissance d'utilité publique. Aussi, l'entrée en vigueur le 22 février 2023 de l'Acte uniforme OHADA régissant la comptabilité des entités sans but lucratif constitue une évolution substantielle qui impose un arrimage des pratiques de gestion financière antérieurement faites.

Sans nul doute au terme de cette réflexion, il n'est pas facile pour la diaspora africaine et camerounaise en particulier de s'approprier ces subtilités juridiques pour tirer profit des opportunités de financement<sup>135</sup> et de déploiement de leurs regroupements communautaires au Royaume-Uni de Grande Bretagne. La tendance pourrait être inversée si les promoteurs africains de la diaspora s'approprient les instruments juridiques du *Charity Act* pour capitaliser

---

<sup>135</sup> Même si une certaine doctrine estime les financements sont très souvent affectés sur la base des considérations politiques, sécuritaires et économiques. ALESINA (A.) et Dollar (D.), « Who gives aid to whom and why? », *Journal of Economy Growth*, vol. 5, n°1, 2000, p.33-42.

des possibilités qu'offre l'environnement du Royaume-Uni de Grande Bretagne<sup>136</sup>. Il faut y arriver.



---

<sup>136</sup> Pour ROSENBLATT, « *Le gouvernement britannique affiche un fort soutien au développement de celles-ci (organisations de la société civile), mais également à l'ensemble des structures du Tiers Secteur.* », article précité, p.6.

## L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives

*The affectio societatis in the test of the one-person company: issues and perspectives*

**COULIBALY Adama Sel**

Page | 176

Doctorant en droit privé

Université Mohammed V de Rabat-FSJES-SOUISSI (Maroc)

Structure de recherche LARMODAD

**Pr. GUENBOUR Saida**

Enseignante-chercheur, Directeur de thèse

Université Mohammed V de Rabat- FSJES-SOUISSI.

### Résumé :

*La notion d'affectio societatis, intention de s'associer, ne figure pas formellement dans les articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales (AUSC), mais la jurisprudence retient l'affectio societatis parmi les critères de formation de la société commerciale. En plus de son maintien durant le cycle de vie de la société.*

*Ainsi, l'absence d'affectio societatis entrainerait un dysfonctionnement au sein de la société. Dans les cas extrêmes, le défaut d'affectio societatis peut donner lieu à une exclusion d'associé, ou la dissolution judiciaire pour justes motifs en cas de paralysie du fonctionnement de la société. Cette analyse jurisprudentielle de l'affectio societatis est partagée par une majorité de spécialistes en droit des sociétés. Or, la définition prétorienne de l'affectio societatis paraît inadaptée à la société d'associé ou actionnaire unique.*

*Cela conduit à s'interroger sur l'existence d'une affectio societatis dans la société unipersonnelle et le fondement de la fictivité de cette structure sociale. C'est tout l'intérêt de la présente étude.*

**Mots clés :** AUSCGIE, Société unipersonnelle, *Affectio societatis*, Société fictive.

**Abstract:**

*The notion of affectio societatis, intention to associate, does not formally appear under the articles 4 and 5 of the Uniform act on commercial companies (AUSC), but case law considers affectio societatis to be one of the criteria for the formation of commercial company. In addition to its maintenance during the life cycle of the company.*

Page | 177

*Thus, the absence of affectio societatis would entail a dysfunction within the company. In extreme cases, the lack of affectio societatis could lead to the exclusion of shareholder, or to judicial dissolution for just causes in the event of paralysis of the company's operations. This jurisprudential analysis of affectio societatis is shared by a majority of specialists in corporate law. However, the jurisprudential definition of affectio societatis does not seem to be adapted to the company formed by a sole shareholder.*

*This leads to the question of the existence of an affectio societatis in a one-person company and the basis for its fictitiousness. This is the focus of the present study.*

**Keywords:** AUSCGIE, One-person company, *Affectio societatis*, Fictive company.

## Introduction

La société unipersonnelle est omniprésente dans le paysage sociétaire de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). On n'y trouve la société anonyme unipersonnelle (SAU), la société par actions simplifiées unipersonnelle (SASU), la société à responsabilité limitée unipersonnelle (SARLU).

Page | 178

La forme unipersonnelle découle d'un acte unilatéral de volonté et non d'un contrat. Cela fait réagir certains auteurs qui estiment que la société unipersonnelle jette un discrédit évident sur la notion *d'affectio societatis*<sup>1</sup>. Car la notion serait indissociable de l'idée du groupement de personnes et du contrat<sup>2</sup>.

Cependant, la majorité de la doctrine considère *l'affectio societatis* comme un critère de validité de l'acte de société<sup>3</sup>. Il s'ensuit qu'elle doit également exister lors de la création de la société unipersonnelle<sup>4</sup>. En ce sens, pour Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *l'affectio societatis* existerait dans toutes les sociétés, y compris unipersonnelle<sup>5</sup>. Toutefois, ils estiment que son contenu varierait selon la forme de la société et les motivations des associés dans le pacte social<sup>6</sup>.

Concernant les articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), qui prévoient les modes de création de la société ; ils ne font aucune mention *d'affectio societatis*. Pourtant, la notion est bien connue des juristes de l'espace OHADA<sup>7</sup>. Puis que ce sont surtout la doctrine et la jurisprudence qui ont

<sup>1</sup> Cuisinier (V.), *L'affectio societatis*, LexisNexis Litec, 2008, n° 537. La locution *affectio societatis* serait féminin, note l'auteur (V. not., p.1, note infrapaginale n° 5.).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> TCHOTOURIAN (I.), *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, L.G.D.J, 2011, n° 979, p. 606.

<sup>4</sup> Mouthieu-NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2010, n° 332 ; même auteur, « *L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », 4 MAI 2018 <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/13339/l-apprehension-de-l-affectio-societatis-a-l-aune-des-articles-4-et-5-de-l-acte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-groupement-d-interet-economique>: le 22/11/2021 ; Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *La société anonyme unipersonnelle en droit OHADA, étude critique*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016, n° 183, p. 93 ; Cujatar-Rivière (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, n° 180, p. 138 ; même auteur, « *De l'EURL à la SASU ou du big-bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », LPA, 15 sept. 2000, n°185, p. 52.

<sup>5</sup> Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Litec, 2013, n° 149.

<sup>6</sup> *Ibid.* ; Vidal (D.), *Droit des sociétés, Manuel*, 5<sup>e</sup> éd. L.G.D.J. 2006, n° 63, p. 50.

<sup>7</sup> Mouthieu-NJANDEU (M.A) « *Notion de société commerciale* », *spéc.*, n° 23 à 25, p. 1264 et s. in *Encyclopédie du droit OHADA*, éd., Lamy, 2011, sous la direction de POUGOUE (P.-G.) ; POUGOUE (P.-G.), et KUATE TAMEGHE (S.-S), (dir.), *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, éd. L'Harmattan, 2010, p. 277 ; Mouthieu-NJANDEU (M.A), *op.cit.* ; Akam (A.A.), Bakreo (V.), *Droit des sociétés commerciales OHADA*, éd. L'Harmattan, 2017, n° 141, p. 85 et s.

conféré à l'*affectio societatis* ses lettres de noblesse<sup>8</sup>. Ils en font le troisième élément nécessaire à l'acte de société dans le silence du législateur<sup>9</sup>. D'où l'intérêt de la présente étude.

L'étude revêt un double intérêt, pratique et théorique. D'un côté, une jurisprudence constante considère qu'il n'y a pas de société sans *affectio societatis*<sup>10</sup>. De l'autre, la doctrine enseigne que l'*affectio societatis* serait nécessaire au moment de la création de la société et se perpétuerait aussi longtemps que dure la société<sup>11</sup>.

Il découle de ce qui précède, l'existence de l'*affectio societatis* dans toute société – unipersonnelle ou pluripersonnelle. Or, la doctrine est divisée sur l'existence de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle. Cette situation met en lumière le problème de la réalité de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle. Autrement dit : Existe-il une *affectio societatis* dans la société unipersonnelle ?

Une analyse critique permet d'apporter des éléments de réponse à notre problématique. Ainsi, notre analyse va porter successivement sur la notion d'*affectio societatis*, son rôle (I) et la controverse liée à son existence dans la société unipersonnelle (II). Nous signalons également que la présente étude, bien que portant sur le droit OHADA, nous allons faire recours à la jurisprudence française pour illustrer nos propos, en raison de la rareté de la jurisprudence OHADA en la matière.

<sup>8</sup> TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 2, p. 1.

<sup>9</sup> Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot (dernière mise à jour : 21 Septembre 2016), spéc., n° 32 - CA Paris, 16e ch. A., 10 mars 2004, n° 02-11.747, Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine : *JurisData* n° 2004-237210 ; Dr. sociétés 2004, comm. 193, 1re esp., note J. Monnet ; RJDA août-sept. 2004, n° 1002, p. 914 ; Rev., sociétés 2004, p. 733, obs. I. Urbain-Parleani.

<sup>10</sup> Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-12.337 ; G. Gibirila, note sous Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-12.337, Buffard c/Roidor : *JurisData* n° 1998-002766 ; Dr sociétés 1998 comm 122 ; JCP E 1998, pan p. 1383 ; JCP G 1998, IV, 2814 ; Bull. civ. IV, n° 203 ; Defrénois 1999, art. 36959, spéc. p. 420. – Cass. com., 27 juin 1966, n° 67-11.511, Lancien c/ Guérin : Bull. civ. 1966, III, n° 324. – Cass. com., 8 janv. 1969, n° 67-11.254, Rivière c/Bonneau : Bull. civ. 1969, IV, n° 11. – Cass. com., 19 mai 1969, n° 67-12.651, Lebufnoir c/ El Kedidi : Bull. civ. IV, n° 181. – Cass. 3e civ., 30 mai 1969, n° 67-12.723, Queret c/ Luyer : Bull. civ. III, n° 445 ; JCP G 1969, IV, 185. – Cass. com., 2 déc. 1969, n° 67-12.397, Lenoir c/ *Sté Friesche Plantaardappel Exporthandel* : Bull. civ. IV, n° 363. – Cass. com., 17 nov. 1970, n° 68-12.145, Sté Laurent-Bouillet c/ Banque populaire provençale : D. 1971, jurispr. p. 206 ; Rev. sociétés 1971, p. 533. – Cass. 1re civ., 9 juin 1971, n° 70-11.518, Roger Spitaels c/ André Spitaels : Bull. civ. 1971, I, n° 192 ; JCP G 1971, IV, 193. – Cass. 1re civ., 22 mars 1972, n° 71-10.127, Vidal c/ Pépin : Bull. civ. 1972, I, n° 95 ; JCP G 1972, IV, 118. – Cass. 1re civ., 28 juin 1972, n° 70-12.893, Ribot c/ Pezaud : *JurisData* n° 1972-000171 ; Bull. civ. I, n° 171. – Civ. 3<sup>ème</sup> 8 janvier 1975, Rev., soc., p. 301, note Balesni (I.). – Cass. 1re civ., 13 oct. 1987, n° 86-14.729, SARL CESR c/ Bozzano : *JurisData* n° 1987-701713 ; Bull. Joly 1987, p. 796, § 329 ; Dr. sociétés 1988, comm. 8. – Cass. 1re civ., 4 nov. 1987, n° 85-14.455, R. Duchaussoy c/ Ponce : *JurisData* n° 1987-002012 ; Bull. civ. I, n° 283 ; Dr. sociétés 1988, comm. 296 ; Gaz. Pal. 1988, p. 631, note J. Massip ; Rev. sociétés 1988, p. 525. – Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, n° 94-19.530, Couronne c/Szternberg : *JurisData* n° 1996-003622 ; Dr. sociétés 1996, comm. 225, note Th. Bonneau.

<sup>11</sup> Guyon (Y.) *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société*, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 124, p. 132 ; PETIT (B.), *Droit des sociétés*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2010, n° 35, p. 26 ; HILARION Alain BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, Ohadata D-05-33 (V. *affectio societatis*) ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 6, p.9 et s.

## I- L'AFFECTIO SOCIETATIS : UNE NOTION LIMITEE AUX SOCIETES PLURIPERSONNELLES

Les origines de la notion d'*affectio societatis* remonteraient à l'empire romain, notamment dans le « *Digeste* »<sup>12</sup>, sous la plume de Ulpian<sup>13</sup>. Et signifierait « *l'intention de s'associer* »<sup>14</sup>. En ce sens, elle servait à distinguer la société commerciale des situations voisines, telle que l'indivision<sup>15</sup>. En plus, elle constituait une des conditions de recevabilité de l'*actio pro socio* (en qualité d'associé)<sup>16</sup>.

La locution latine *affectio societatis* serait mystérieuse ; une commission de modernisation du langage judiciaire préconisa de la remplacer simplement par l'expression « *intention de s'associer* »<sup>17</sup>.

La notion d'*affectio societatis* ne figure pas dans l'AUSC ; cela signifierait qu'elle n'a pas reçu une consécration formelle du législateur africain. Pourtant, la tradition juridique en fait un élément de l'acte de société. Mais que signifie *l'affectio societatis* dans le droit positif actuel pour la jurisprudence et pour la doctrine ? Et quelle est son utilité ?

En effet, d'un point de vue purement prétorien, la notion d'*affectio societatis* semble conceptualisée. Mais *l'affectio societatis* demeure discutée au sein de la doctrine<sup>18</sup>. Nonobstant, la majorité des auteurs font du groupement un critère central de la notion (A). Ce faisant, les conséquences tirées de cette situation semblent limitées aux sociétés pluripersonnelles (B).

### A- L'*affectio societatis* et l'idée du groupement de personnes

L'idée du groupement est fondamentalement liée à la notion d'*affectio societatis*. On pourrait asserter que *l'affectio societatis* et l'idée du groupement sont les deux faces d'une seule

<sup>12</sup> Cuisinier (V), *op.cit.* n° 5, p. 10 ; Le *Digeste* est un recueil d'avis et de solutions doctrinales élaborées par les plus prestigieux juristes du III<sup>ème</sup> siècle après Jésus Christ, et figurant parmi les compilations justiniennes.

<sup>13</sup> *Ibid.* *Digeste*, Livre XVII, Titre II, « 31. Ulpianus lib. 30 ad. Sabinum », p. 508.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.* : « Dans le droit justinien, on exige que les contractants aient expressément, et non tacitement, manifesté la volonté de constituer un contrat de société, à défaut de quoi il y aurait un simple état d'indivision. Cette « *animus contrahendae societatis* », autrement dit cette intention de conclure un contrat de société, est surtout requise en raison des effets particuliers du contrat de société. A la différence des autres contrats, celui-ci a pour effet de faire naître des obligations équivalentes au profit et à la charge de tous les associés, dont l'inexécution est sanctionnée par une action unique, l'*actio pro socio* (en qualité d'associé). ».

<sup>16</sup> *Ibid.*, note infrapaginale n° 45 : « L'action *pro socio* présente certains caractères particuliers liés à la gravité de l'inexécution : en raison des relations fraternelles qui existe entre associés, celui qui n'exécute pas ses obligations commet un acte contraire à l'honneur, et s'il est condamné, il encourt l'infamie. La bonne foi est le fondement de cette action, elle-même appartenant à la catégorie des actions de bonne foi reconnues par le droit romain ».

<sup>17</sup> Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot (dernière mise à jour : 21 Septembre 2016), spéc., n° 3, où il est fait allusion à la circulaire du 15 septembre 1977 de la commission de modernisation du langage judiciaire.

<sup>18</sup> TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.* n° 3 et 4, p. 2 et. S. ; GALLOIS-COCHET (D.), « *Affectio societatis* - Encore *l'affectio societatis* ! » - *Droit des sociétés* n° 12, déc. 2013, repère 11 ; Akam (A.A.), Bakreo (V.), *op.cit.*, n° 142.

et même médaille. Cela ressort clairement de l'appréhension doctrinale (1) et jurisprudentielle de la notion (2).

### 1- La définition doctrinale de l'*affectio societatis*

Page | 181

Il est classique de distinguer au sein de la doctrine les conceptions classique et moderne de l'*affectio societatis*. De nos jours, la tendance consisterait à les jumeler en raison de leur complémentarité<sup>19</sup>.

Ainsi, dans l'approche classique, qualifiée d'objective, l'*affectio societatis* consisterait pour les associés à collaborer de manière volontaire et active, intéressée et égalitaire<sup>20</sup>. Alors que dans la conception moderne, qualifiée de subjective, l'*affectio societatis* est réduite à un élément psychologique et strictement individuel<sup>21</sup>. En ce sens l'*affectio societatis* se résumerait à un esprit d'union (intéressé) et une acceptation des risques liés à l'activité sociale<sup>22</sup>.

Il convient toutefois de préciser qu'on retrouve au sein de la doctrine plusieurs définitions de l'*affectio societatis*<sup>23</sup>. Cependant, toutes ces définitions prennent en considération l'idée du groupement que nous considérons comme le critère essentiel de l'*affectio societatis*.

Aussi, les partisans de l'*affectio societatis* en font l'expression du consentement des parties dans l'acte de société. Ils en font également un moyen pour distinguer l'acte de société des notions voisines<sup>24</sup>. Ils y voient enfin, la traduction d'une obligation de bonne foi dans les

<sup>19</sup> TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 981, p. 610 ; Shyyab (F.), *La société unipersonnelle*, Thèse, Université de Grenoble, 2012, p. 92 ; KESSER (G.), « L'objectivation de l'*affectio societatis* », *D.* 2004, p. 1305 ; El Mernissi (M.), *Traité marocain de droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Mena, 2020, n° 168, p. 61 et s.

<sup>20</sup> THALLER (E) et PERCEROU (J.), *Traité élémentaire du droit commercial*, éd. Rousseau et Cie 8<sup>e</sup> éd., 1931, n° 232 et s. l'*affectio societatis* « une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire » ; HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p. 761 ; MERLE (Ph.) et FAUCHON (A), *Droit commercial. Société commerciale*, 22<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2018/2019, n° 57, *Affectio societatis* « La volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune » ; Cuisinier (V), *op.cit.*, n° 269, p. 235 rapporte les éléments retenus par le professeur Guyon comme critère de l'*affectio societatis* à savoir : « la volonté de collaborer, la participation à la gestion, le parallélisme des intérêts et l'absence de subordination » ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 981, p. 610 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 97, p. 91 ; Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » *JCl. Sociétés* *Traité*, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, spéc., n° 8.

<sup>21</sup> Vidal (D.), *op.cit.*, n° 62, p. 49 ; De DERMOND (J.-M), « *Le spectre de l'*affectio societatis** », *JCP E* 1994, I 346, p. 183 ; Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *op.cit.*, n° 176 p. 90 ; Christophe (V.), *L'*affectio societatis**, DEA de droit des affaires, Université Robert Schuman Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg, 2002-2003.

<sup>22</sup> Vidal (D) : « *Affectio societatis et partage du risque d'entreprise* », *Rev., huiss.* 1993, 3 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 982, p. 610 : « l'*affectio societatis* est la volonté d'intégrer un groupement, doté ou non de la personnalité juridique, et dans lequel chacun collaborera activement avec les autres membres ou organes à la marche de l'affaire, à la réalisation d'un objectif économique nouveau et commun, en même temps que chacun contribuera aux risques de l'entreprise. ».

<sup>23</sup> Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » *JCl. Sociétés* *Traité*, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, n° 12 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 980, p. 609.

<sup>24</sup> *Ibid.* spéc., n° 8, La conception classique de l'*affectio societatis* par ses composants, notamment « Le caractère volontaire et actif permet de distinguer la société des états subis et non voulus, comme certaines indivisions et des divers contrats avec participation aux bénéfices où l'une des parties se borne à recevoir son pourcentage sans prendre aucune initiative. Le caractère intéressé fournit le critère de distinction de la société et de l'association, car

relations sociales<sup>25</sup>. La considération de la bonne foi a suffi pour que la jurisprudence s'intéresse à la notion.

## 2- La définition jurisprudentielle de *l'affectio societatis*

La jurisprudence a forgé sa propre conception de *l'affectio societatis* de manière claire et constante<sup>26</sup>. Cependant, pour éviter l'écueil de compilation d'arrêts. Nous évoquerons deux arrêts de principe pour illustrer la définition prétorienne de *l'affectio societatis*. Il s'agit entre autres, et respectivement des arrêts du 25 juillet 1949 et du 3 juin 1986 de la chambre commerciale de la Cour de cassation française.

Dans un premier temps, dans son arrêt du 25 juillet 1949 la Cour précise que « *le contrat de société exige comme conditions essentielles de sa formation, l'intention des parties de s'associer, les apports réciproques faits en vue de la constitution d'un fonds social, et la participation de chacun des associés aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise* »<sup>27</sup>.

Dans un deuxième temps, dans son arrêt du 3 juin 1986, elle retient que *l'affectio societatis* suppose que « *les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes* »<sup>28</sup>.

Il ressort clairement dans ces deux arrêts que *l'affectio societatis* suppose au moins deux personnes. En plus, les notions d'égalité et de collaboration constitueraient des critères fondamentaux dans les définitions tant jurisprudentielles que doctrinales<sup>29</sup>.

De ce qui précède, on peut affirmer que *l'affectio societatis*, du moins dans sa conception classique, est à tout point de vue limitée aux sociétés pluripersonnelles. Cette remarque est aussi

---

on peut se grouper dans un but autre que le partage des bénéfices. Enfin, le caractère égalitaire s'oppose à l'existence d'un lien de subordination entre associés. Envisagé comme une égalité de droit par le tribun Bouteville, ce caractère est simplement pris en compte comme une égalité dans la collaboration économique. ».

<sup>25</sup> Amiaud (A.), « *L'affectio societatis* », Mélanges Simonius, 1955, p. 1, pour l'auteur *l'affectio societatis* exige des associés « une obligation de bonne foi renforcée, une sorte de fraternité ».

<sup>26</sup> La formulation la plus courante de la jurisprudence serait la « *volonté de collaborer activement, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun* » Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 févr. 2006, pourvoi n° 04-15116 ; observation de Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 98, note 4, p. 60.

<sup>27</sup> Cass. com. 25 juillet 1949, JCP. 1950, II, note D. Bastian. Bien qu'elle n'ait pas expressément fait référence à *l'affectio societatis*, son ombre se profile indéniablement derrière l'expression « intention des parties de s'associer » utilisée par la Cour de cassation dans cet arrêt. V. Cuisinier (V), *op.cit.*, note infrapaginale n° 59.

<sup>28</sup> Cass. com. 3 juin 1986, Rev. Soc. 1986, p. 585, note Guyon (Y.), plus précisément, la chambre commerciale de la cour de cassation a sensiblement modifié cette définition en assimilant *l'affectio societatis* à une « intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun », V. Cass. com. 24 juin 2004, Rev. Soc. 2005, p. 131, note F.-X Lucas ; Bull Joly 2005, p. 295, § 49, p. 297, § 50, p. 297, § 52, note commune J. Vallassan ; Dr. sociétés 2004, comm. 163, obs. F.-G Trébulle ; Dr. et patrimoine 2004, p. 96, obs. D. Porrachia.

<sup>29</sup> Cuisinier (V), *op.cit.*, n° 269 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 12, note 81 « dans la jurisprudence, les juges du fond et de la Cour de cassation (...) parlent volontiers d'« intention de s'associer », de « volonté de s'associer » ou encore de « volonté de collaborer sur un pied d'égalité ».

valable pour la définition prétorienne. Dans cette perspective, *l'affectio societatis* n'existe pas dans une société constituée par un seul et unique associé ou actionnaire<sup>30</sup>. En plus, son existence est évanescence dans certaines sociétés pluripersonnelles<sup>31</sup>. Quant à la conception moderne, il faut noter que la société est toujours créée dans un but intéressé, la recherche du profit social. Enfin, le risque est inhérent à toute activité en société. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* en tant que but intéressé et acceptation de risque d'activité sociale n'ajoute rien à l'acte de société.

Ainsi, après avoir donné un aperçu sur la définition doctrinale et prétorienne de *l'affectio societatis* ; il convient d'analyser ses applications.

### **B- Le rôle de *l'affectio societatis* dans les sociétés pluripersonnelles**

Les articles 4 et 5 de l'AUSCGIE ne font aucune mention expresse de *l'affectio societatis*. Pourtant, elle est bien connue des juristes, qui lui attribuent plusieurs incidences<sup>32</sup>. En ce sens, la doctrine et la jurisprudence font de *l'affectio societatis* un critère d'existence ou de validité de la société<sup>33</sup> (1). De sorte que l'absence d'*affectio societatis* serait une cause de fictivité de la société (2).

#### **1- L'*affectio societatis*, critère d'existence ou de validité de la société**

La tradition juridique fait de *l'affectio societatis* un troisième élément nécessaire à l'acte de société. Autrement dit, pas de société sans *affectio societatis*<sup>34</sup>. En ce sens, *l'affectio societatis*

<sup>30</sup> Dans la société unipersonnelle « il y a apport sans mise en commun de biens ; il y a attribution des résultats sans partage ; il n'existe pas non plus de volonté de collaborer ensemble sur un pied d'égalité. » Legros (J.-P.), « *Nullité des sociétés* » JCl, Sociétés, Fasc. 32-10, (mise à jour : 12 Mai 2016), n° 26 ; dans le même sens MOBIO (Ch. H.), *Réflexions sur la Société Commerciale Unipersonnelle dans le Droit OHADA*, Mémoire de DEA, Université catholique de l'Ouest, 2007 (partie 1, chap. 1.).

<sup>31</sup> Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, spéc., n° 8. Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 111, p. 68 ; Frédéric Teffo, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Charley Hannoun (préf.), Dalloz, 2014, n° 494, p. 213 et s ; RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 39, p. 94.

<sup>32</sup> Guyon (Y.), « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.* n° 31 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 7 ; Reboul (N.), « *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis* », Rev. Sociétés 2000, n° 3 p. 425. Pour Le CANNU (P.) et DONDERO (B.) *l'affectio societatis* rempli aujourd'hui trois fonctions ; essentiellement : la détermination de l'existence de la société (pluripersonnelle), son opposabilité, la distinction du contrat des sociétés des notions voisines (tels que les contrats comportant une participation aux bénéfices produit par leur objet : la vente, la location, le prêt ou le dépôt ; la fiducie, le contrat de travail).

<sup>33</sup> TCHOTOURIAN (I.), « *L'affectio societatis en tant que critère de validité et de qualification des sociétés : l'illustration française* », 2008. Revue du notariat, 110(3), 877-899.

<sup>34</sup> Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 130, p. 114 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 101 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 10.

serait une des conditions de formation (validité) de l'acte de société<sup>35</sup>. En tant que telle, elle serait l'élément révélateur de l'existence de la société et de la qualité d'associé<sup>36</sup>.

D'ailleurs, c'est pour cette raison que *l'affectio societatis* est utilisée par la jurisprudence pour qualifier les sociétés créées de fait<sup>37</sup>. Elle est alors un moyen de preuve pour celui qui invoque l'existence d'une société créée de fait<sup>38</sup>, ou en participation<sup>39</sup>, contre la volonté de tout, ou partie des associés<sup>40</sup>. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* est pour le juge un outil idéal pour qualifier la société en cas de doute, et écarter les notions voisines<sup>41</sup>. Au-delà, elle serait pour le juge un moyen pour déterminer la réalité ou la fictivité d'une société<sup>42</sup>.

Il convient toutefois de noter que *l'affectio societatis* peut disparaître au cours de la vie sociale. Cela se manifesterait par un dysfonctionnement de la société dû à une mésentente entre associés<sup>43</sup>. Cette situation dans certains cas donne lieu à la nomination d'un administrateur provisoire par le juge lorsque la crise peut être surmontée<sup>44</sup>. Elle peut aussi aboutir à la condamnation de l'associé fauteur de trouble au sein de la société à des dommages-intérêts ou à son exclusion lorsque cela est prévue par les statuts<sup>45</sup>.

<sup>35</sup> Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 99, p. 61 et s. CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), Memento pratique, Sociétés commerciales, éd., Francis Lefebvre 2014, n° 3400, p. 82 et s. - Cass. civ. 1, 24 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 318 ; JCP 1979, éd. G, IV, p. 7.

<sup>36</sup> Guyon (Y) : « *Affectio societatis* » JCI Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairrot, *op.cit.*, n° 31 ; POUGOUE Paul-Gérard (dir), et al. *Encyclopédie du droit OHADA*, *op.cit.*, n° 73, p. 374.

<sup>37</sup> Art. 864 AUSCGIE : « Il y a société créée de fait lorsque deux (2) ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme. ». Ainsi, selon l'article 868 AUSCGIE « Lorsque l'existence d'une société créée de fait ou d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés. ». TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 684, p. 412 à 416.

<sup>38</sup> TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 11, p. 15. Cass. com. 3 nov.2004, pourvoi n° 02-21637. ; Cass., civ. 1<sup>e</sup>, 3 février 2016, 15-14.227.

<sup>39</sup> Article 854 AUSCGIE : « La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens » - CA Ouagadougou, Chambre civile et commerciale (Burkina Faso), Arrêt n° 57 du 20 mai 2005, Société togolaise de travaux publics (STTP) c/ SAS sa et SOMDA Jean de Dieu, Ohadata J-09-17.

<sup>40</sup> Dondero (B.), *Droit des sociétés*, HyperCours, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2019, n° 74.

<sup>41</sup> Akam (A.A.), Bakreo (V.), *op.cit.*, n° 141, spéc., p. 87 ; Mestre (J.) et Pancrazi (M.-E.), *Droit commercial, Droit interne et aspect de droit international*, 27<sup>e</sup> éd. LGDJ - E.J.A., 2006, n° 307.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> FENEON (A.), « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement » Rev. Penant 848 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.* n° 480, p. 264 ; Canin (P.), « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », Dr. sociétés 1998, p. 4.

<sup>44</sup> GUIDAKRE (B.D), « Le juge et le contrat de Société en droit OHADA, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ? » IMJST, ISSN: 2528-9810 Vol. 5 Issue 7, July, 2020, n° 2, p. 1196 et s.

<sup>45</sup> V. not. DIOUF (M.), *Le contentieux sociétaire en droit OHADA*, Sire OHADA éd., 2021, n° 948, p. 332 et s. ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), *op.cit.*, n° 3412, p. 83 ; Vidal (D.), *op.cit.*, spéc., n° 85, pp. 57 à 65 ; DARIOSECQ (S.), METAIS (N.), « Les clauses exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS sept. 1998*, n° JBS-1998-286, p. 908 ; YAV & ASSOCIATES « Au nom de l'Affectio societatis, dissoudre une société ou en exclure l'associé ou l'actionnaire? » : <https://www.legavox.fr/blog/yav-associates/affectio-societatis-dissoudre-societe-exclure-8790.pdf>: Consulté le 29/10/2022.

Dans les cas extrêmes, la disparition de l'*affectio societatis* entrainerait une paralysie du fonctionnement de la société<sup>46</sup>. C'est seulement à cette condition que la disparition de l'*affectio societatis* justifierait une dissolution de la société pour justes motifs<sup>47</sup>.

Cela dit, faut-il continuer à professer que le défaut d'*affectio societatis* est synonyme de fictivité ?

## 2- Le défaut d'*affectio societatis*, critère de fictivité de la société

La doctrine soutient que le défaut d'*affectio societatis* permet de caractériser la fictivité d'une société<sup>48</sup>. Pour certains auteurs, deux éléments permettent de caractériser la société fictive<sup>49</sup>. L'absence d'*affectio societatis* chez les associés et le fait pour l'entité-personne morale, de ne pas poursuivre son intérêt propre<sup>50</sup>.

Pour d'autres, le défaut d'une pluralité d'associés (dans les sociétés pluripersonnelles) serait une cause autonome de fictivité<sup>51</sup>. Dans cette conception, est fictive la société dans laquelle la pluralité d'associés ne serait qu'apparente, et non réelle. En ce sens, la fictivité résulterait du fait qu'il y a un seul maître d'affaires<sup>52</sup>. Les autres associés étant qualifiés d'hommes ou de femmes de paille et dépourvus de toute *affectio societatis*<sup>53</sup>. Le défaut d'*affectio societatis* serait

<sup>46</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 mars 2011, 10-15.459, Publié au bulletin 2011, III, n° 42 ; Guyon (Y) : « *Affectio societatis* » JCI Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, n° 94.

<sup>47</sup> CCJA, arrêt n° 201 du 29 décembre 2016, Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 26, juillet-décembre 2016, p. 188 et s. ; sur la nécessité d'une paralysie du fonctionnement de la société (V. not. DIOUF (M.), *op.cit.* n° 1099, p. 382 et s.); Donald (Th.) TOBOSSI (A.), « *L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA* » Ohadata D-17-14, p. 26 et s. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 Nov. 2021 n° 19-13255 ; note Elsa Guégan « *Dissolution pour justes motifs : ne pas confondre dysfonctionnement et paralysie* », BJS -2022, n°02 – p. 29 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 478, p. 264 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 103, p. 63 ; Frédéric Teffo, *op.cit.* n° 495, p. 214. La demande de la dissolution pour justes motifs est une action attirée, en ce sens, seul un associé à la qualité pour agir en dissolution pour justes motifs (V. not. art. 200 – 5 AUSCGIE).

<sup>48</sup> Magnier (V), *Droit des sociétés*, 10<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2022, n° 81, p. 59 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.* n° 137, p. 8 et s.

<sup>49</sup> Magnier (V), *op.cit.* n° 81, p. 59.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> MERLE (Ph.) et FAUCHON (A), *op.cit.*, n° 62 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 186, p.173 ; Mzoughi (Ch.), « *De la fictivité en Droit Qatarien des Sociétés Commerciales* », *International Review of Law, Volume 11, Regular Issue 1*, 2022, p. 277 ; Martin-Serf (A.), « *Consentement des parties, Sociétés fictives et frauduleuses* », JCI. Sociétés Fasc. 7-40 (mise à jour : 18 déc. 2019) n° 21.

<sup>52</sup> Cass. com., 23 juin 1954 : Bull. civ. III, n° 232 ; RTD com. 1954, p. 874, obs. R. Houin. – Cass. com., 19 avr. 1961 : Bull. civ. III, n° 180. – Cass. com., 18 mars 1963 : Bull. civ. III, n° 159. – Cass. com., 8 févr. 1994 : Rev., sociétés 1995, p. 100, note A. Honorat et A.-M. Romani. – CA Chambéry, ch. com., 18 déc. 2007 : Gaz. proc. coll. 2008, n° 4, p. 42, note F. Reille (cité par Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 21).

<sup>53</sup> MOUTHIEU-NJANDEU (M.A), obs. CCJA, arrêt n° 18 du 31 mars 2005, société Afrique construction et financement dite AFRICOF et monsieur Z.c/Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI, in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, *op.cit.*, p. 175 et s. sous la direction de POUGOUE (P.-G.), et KUATE TAMEGHE (S.-S) ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 157, p. 84 et s. ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B), *op.cit.*, n° 2440, p. 51 et s.; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 104, p. 64 ; Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 21 ; Vidal (D.), *op.cit.*, n° 288, p. 143.

alors le critère de la fictivité. A noter que la fictivité relèverait de l'ordre exceptionnel<sup>54</sup>. Et lorsque la fictivité d'une société est retenue par les juges, elle a pour conséquence sa nullité sans rétroactivité<sup>55</sup>.

Cependant, en dehors de *l'affectio societatis*, d'autres critères permettent de caractériser la société fictive<sup>56</sup>. Ainsi, le critère basé sur l'absence d'activité réelle est retenu par la jurisprudence<sup>57</sup>. En plus, le critère de la fictivité de la société varierait selon les cas d'espèce<sup>58</sup>.

D'ailleurs, la consécration de la société d'associé unique met en exergue les limites de la fictivité tirée de la simulation, traduisant un défaut *d'affectio societatis*<sup>59</sup>. Puisque de toute évidence, une société pluripersonnelle peut devenir unipersonnelle<sup>60</sup> et inversement. Dès lors, ne faut-il pas limiter *l'affectio societatis* aux sociétés dans lesquelles l'unipersonnalité est proscrite. A l'instar des sociétés de personnes caractérisées par un fort sentiment de fraternité entre associés. Même si ces dernières peuvent devenir temporairement unipersonnelles sans être dissoutes automatiquement<sup>61</sup>.

En résumé, *l'affectio societatis* (dans les sociétés pluripersonnelles) serait indispensable lors de la création de la société et devrait demeurer autant que dure la société. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* permet au juge de vérifier l'existence d'une société pluripersonnelle, sa fictivité, son bon fonctionnement ou l'inverse.

<sup>54</sup> Shayhab (F), *op.cit.*, n° 183, « (...) la déclaration de fictivité demeure exceptionnelle ; elle suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants. » - Cass. com., 10 oct. 1953 : S. 1954, I, p. 149, note J. Robert ; JCP CI 1955, 55505. - Cass. com., 2 janv. 1967 : Bull. civ. III, n° 1. - Cass. com., 7 mars 1972, n° 69-13.451 : JurisData n° 1972-097084 ; Rev., sociétés 1973, p. 339, note J.-P. Sortais. - CA Paris, 8 mars 1966 : Bull. Joly 1967, p. 25, § 16. - CA Aix-en-Provence, 7 avr. 1970 : JCP G 1970, II, 16466 ; Rev., sociétés 1971, p. 576, note D. Schmidt.

<sup>55</sup> Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-17.237, arrêt Lumale : JurisData n° 1992-001326 ; Bull. civ. IV, n° 243 ; D. 1993, jurispr. p. 508, note L. Collet ; Dr. sociétés 1992, comm. 178, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly 1992, p. 960, § 313 ; - Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13.611 : JurisData n° 1999-002640 ; Dr. sociétés 1999, comm. 143, note Th. Bonneau ; Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 1999, IR p. 195 ; D. affaires 1999, p. 1336, obs. M. B. ; D. 2000, somm. p. 234, obs. J.-C. Hallouin ; D. 2000, somm. p. 389, obs. S. Piedelièvre ; RJDA 10/1999, n° 1077 ; JCP E 2000, p. 181, note C. Cutajar ; Rev. sociétés 1999, p. 824, note crit. A. Constantin ; JCP G 2000, II, 10266, note M. Menjuq ; LPA 22 juill. 1999, p. 8, note P.M. ; Bull. Joly 1999, p. 978, § 229, note A. Couret ; Defrénois 1999, art.37061, p. 1195, obs. H. Hovasse ; BRDA 14 /1999, p. 3 ; RTD com. 1999, p. 903, obs. Y. Reinhard.

<sup>56</sup> CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B), *op.cit.*, n° 3402, p. 83. Pour ces auteurs, la nullité de la société fictive ne découle pas du défaut *d'affectio societatis* mais d'une « série d'indices distincts de *l'affectio societatis* » ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 405, p. 234 et s.

<sup>57</sup> Cass. com. 14 juin 2016, n° 14-18671, Bull. Joly, oct. 2016, 593, note Legros (J.-P.).

<sup>58</sup> Rouast-Bertier (P.), *Société fictive et simulation : Rev., sociétés 1993, n° 141.* - Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 28.

<sup>59</sup> NEMEDEU (R.), « *Société unipersonnelle du droit OHADA* », in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE (P.-G.), éd. Lamy, spéc., n° 2, p. 2049 et s.

<sup>60</sup> *Ibid.*, n° 8 ; Bastian (D.), *La réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne : Journ., sociétés 1933, p. 65.* Leblond (J.), *De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne : RTD com. 1963, p. 417.*

<sup>61</sup> Article 60 AUSCGIE.

Cela dit, dans la société unipersonnelle qui est une société créée ou comprenant un seul et unique associé ou actionnaire ; peut-on parler d'*affectio societatis*.

## II- L'AFFECTIO SOCIETATIS DANS LA SOCIETE UNIPERSONNELLE

Page | 187

Parmi les auteurs, les uns estiment que l'*affectio societatis* n'existe pas dans la société unipersonnelle<sup>62</sup>. Ils en font un mythe<sup>63</sup> ou une comédie juridique<sup>64</sup> dans cette structure. Les autres y voient un vrai enjeu<sup>65</sup>. Ils s'efforcent à l'adapter à la structure unipersonnelle. Dans cette quête d'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle, on distingue deux perspectives. D'un côté, la conception originale et minimaliste de l'*affectio societatis* (A). De l'autre, l'émergence d'une culture de « *desaffectio societatis* »<sup>66</sup> en faveur de critères objectifs de la fictivité, applicable à la société unipersonnelle et pluripersonnelle (B).

### A- La conception originale et minimaliste de l'*affectio societatis*

La thèse selon laquelle l'absence d'*affectio societatis* signifierait inexistence de société (société fictive) entraîna une quête d'adaptation de la notion à la société unipersonnelle (2). En ce sens, il a été soutenu, que l'*affectio societatis* aurait un caractère original dans la société unipersonnelle<sup>67</sup> (1).

#### 1- L'originalité de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle

Le critère de pluralité d'associés étant fondamental pour caractériser l'*affectio societatis*, du moins, dans sa conception classique. Le professeur Guyon propose, dans le cas de la société unipersonnelle, d'exclure de la définition de l'*affectio societatis*, la *volonté de collaboration*.

Il propose alors de reconnaître à l'*affectio societatis* un caractère original<sup>68</sup> dans la société unipersonnelle. Ce faisant, l'*affectio societatis* consisterait pour l'associé unique de rechercher une limitation de son obligation au passif<sup>69</sup>. C'est-à-dire la volonté de l'associé unique de ne

<sup>62</sup> Mestre (J.) et Pancrazi (M.-E.), *op.cit.*, n° 292, p. 233 ; Magnier (V.) *op.cit.*, n° 8, spéc., p.62.

<sup>63</sup> Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 539, p. 447. V. aussi, p. 450, où l'auteur préconise de classer la notion parmi « *les faux problèmes* ».

<sup>64</sup> Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 99, p. 95.

<sup>65</sup> RONDRIGUEZ (K.), « *Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle* », Bull. Joly 2006, p. 16 ; PERROT (A), *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle*, thèse Paris I, 1990, n° 201, p. 216.

<sup>66</sup> Cuisinier (V.), *op.cit.*, spéc., n° 170, le terme « *desaffectio societatis* » serait emprunté à (Speth (F.), *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, thèse, Liège-Paris 1957, n° 214).

<sup>67</sup> Guyon (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société.*, *op.cit.*, n° 125, p.133.

<sup>68</sup> *Ibid.*, n° 125, « L'*affectio societatis* a aussi un caractère original dans les sociétés unipersonnelles. Toute volonté de collaboration étant exclue par hypothèse, l'associé ne peut que rechercher une limitation de son obligation au passif » p.133.

<sup>69</sup> *Ibid.*

pas assumer personnellement, et dans son propre patrimoine, les dettes nées de l'activité exercée par la société unipersonnelle.

Cette conception originale de *l'affectio societatis* nous semble insatisfaisante. Puis que la finalité de l'exploitation d'une entreprise en société est de limiter son obligation au passif<sup>70</sup>. Cependant, elle a ouvert la voie vers une adaptation de la notion à la société unipersonnelle.

En ce sens, des auteurs, bien qu'admettant l'inexistence d'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle pour défaut d'une pluralité d'associés, soutiennent que l'associé unique doit avoir un comportement similaire à celui d'un membre d'une personne morale<sup>71</sup>. En cela, il doit éviter toute confusion de patrimoines<sup>72</sup>.

Il convient ici de noter que l'absence de confusion de patrimoines n'est pas synonyme d'*affectio societatis*. D'ailleurs, la confusion de patrimoines est une notion autonome<sup>73</sup> et distincte de *l'affectio societatis*. En plus, le respect de la séparation des patrimoines est un principe dans toute société-entité personne morale<sup>74</sup>. D'autant plus que la société doit être gérée dans son propre intérêt.

Le défaut de pluralité d'associés a aussi conduit à réduire *l'affectio societatis* à une définition minimaliste et unitaire.

## 2- La conception minimaliste de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle

Dans la perspective unitaire et minimaliste, *l'affectio societatis* est vue comme la volonté de constituer une société<sup>75</sup> ou l'acceptation des risques nés de la création de la société<sup>76</sup>.

Ainsi, en tant que volonté de création d'une société, *l'affectio societatis* consisterait pour l'associé unique de faire vivre la société, d'avoir le comportement d'un membre d'une personne

<sup>70</sup> NEMEDEU (R.), *op.cit.*, n° 3, p. 2050, La société unipersonnelle a été créée pour permettre à l'associé unique de limiter sa responsabilité aux biens qu'il entend affecter à son exploitation.

<sup>71</sup> MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.), *op.cit.*, n° 57.

<sup>72</sup> *Ibid.*, RONDRIGUEZ (K.), *op.cit.*, p. 16 ; dans le même sens, PERROT (A.), *op.cit.*, n° 201, p. 216.

<sup>73</sup> Pour une étude approfondie sur la confusion de patrimoine V. not. Reille (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, LexisNexis Litec, 2006.

<sup>74</sup> Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 538, spéc., p. 449.

<sup>75</sup> Mouthieu-NJANDEU (M.A), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op.cit.*, n° 332. Pour l'auteur *l'affectio societatis* aurait un rôle négatif dans la société unipersonnelle se traduisant par une disqualification de la société lorsque l'associé unique « aurait poursuivi un autre but que de créer une société (...) l'obtention d'un statut fiscal ou social » ; - Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *op.cit.*, n° 183, p. 192 et s. - SERLOOTEN (P.), MONSERIE (M.-H) et LIBERI (Y.), *Les sociétés unipersonnelles*, éd. Joly 2008, spéc., n° 63, p. 34 ; dans le même sens, SERLOOTEN (P.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », D. 1985, Chron., p. 187.

<sup>76</sup> Cujatar-Rivière (C.), *La société écran essai sur sa notion et son régime juridique*, *op.cit.*, p. 135.

morale<sup>77</sup>. Dans cette optique, l'associé unique serait tenu au respect de l'objet social dans sa gestion quotidienne<sup>78</sup>. Il aurait également l'obligation d'éviter toute confusion de patrimoines<sup>79</sup>.

En tant que la volonté d'acceptation des risques inhérents à l'activité entreprise, *l'affectio societatis* serait opérationnelle tant dans la société unipersonnelle que pluripersonnelle<sup>80</sup>. Cette position est défendue par Madame Cujatar-Rivière. Sa proposition consiste, d'une part, à analyser l'acceptation de risque social comme une cause subjective pour justifier *l'affectio societatis*<sup>81</sup> (lors de la création de la société). D'autre part, elle fait de l'obligation de supporter les pertes une cause objective découlant de la loi<sup>82</sup> (V. not. art. 4 AUSCGIE).

Toutefois, l'acceptation des risques, en tant que critère pour justifier *l'affectio societatis* se distingue difficilement de l'engagement des associés ou de l'associé unique de contribuer aux pertes<sup>83</sup>. Puis que de toute évidence, en s'engageant à contribuer aux pertes, l'associé unique accepte nécessairement de courir les risques liés à l'activité sociale. Outre, cette conception paraît inopérante pour expliquer les applications pratiques de *l'affectio societatis* au cours de la vie sociale<sup>84</sup>.

Ainsi, par rapport à un arrêt de la Cour de cassation française<sup>85</sup>, M. Viandier note que *l'affectio societatis* serait inexistante lors de la création de la société unipersonnelle. Et n'apparaît qu'au moment où la société devient pluripersonnelle. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* suppose la présence d'au moins deux personnes<sup>86</sup>. D'où l'échec de la conception originale, unitaire et minimaliste de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle.

Cela dit, faut-il abandonner *l'affectio societatis* en faisant table rase des conséquences tirées de la notion latine ?

<sup>77</sup> SERLOOTEN (P.), MONSERIE (M.-H) et LIBERI (Y.), *Les sociétés unipersonnelles*, *op.cit.*, n° 63.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.* (Cf. notre position sur le respect de la séparation des patrimoines)

<sup>80</sup> Cujatar-Rivière (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op.cit.*, n° 180, p. 138 ; même auteur, « *De l'EURL à la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », *op.cit.*, n° 185, p. 48.

<sup>81</sup> *Ibid.*, n° 181, p. 139.

<sup>82</sup> *Ibid.*, n° 181, p. 139, selon l'auteur l'obligation de supporter les pertes « doit s'apprécier objectivement et cela ne sera possible qu'après que la société aura fonctionné ».

<sup>83</sup> Frédéric Teffo, *op.cit.*, spéc., n° 507, p. 220 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 142, p. 89.

<sup>84</sup> Cuisinier (V.) *op.cit.*, n° 249.

<sup>85</sup> Cass. com. 8 mars 2005, Rev., sociétés 2005, p.817, obs. A. Viandier « *promesse de cession de droit sociaux et affectio societatis* », - Cass. com., 8 mars 2005 : *JurisData* n° 2005-027517, *Bull. Joly* 2005, § 233, p. 979, note T. Massart.

<sup>86</sup> B. PETIT, *Droit des sociétés*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2010, n° 31, p. 23 ; Dans le même sens, Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2009, n° 101, p. 62.

## B- La quête de nouveaux fondements de fictivité de la société

Certains auteurs estiment que la société unipersonnelle est une fictivité bénie du législateur<sup>87</sup>. Etant donné que l'unipersonnalité d'une société ne constitue plus, en principe, une cause autonome de fictivité. Ce constat a conduit la doctrine à y voir un déclin de *l'affectio societatis*<sup>88</sup>, (1) accompagné d'une quête de nouveaux fondements de fictivité de la société (2).

### 1- La société unipersonnelle et le déclin de *l'affectio societatis*

Pour une partie de la doctrine, la fictivité de la société déglacée du mécanisme de la simulation, et basée sur le défaut *d'affectio societatis* serait inadaptée<sup>89</sup>. Cela, en raison du foisonnement de la société unipersonnelle, et le besoin des montages juridiques<sup>90</sup>. En ce sens, la conception traditionnelle de la fictivité tirée du défaut *d'affectio societatis* serait une menace pour la sécurité juridique<sup>91</sup>.

En outre, émerge au sein de la doctrine, l'idée du maintien de la personne morale même en cas de disparition de *l'affectio societatis* au cours de la vie sociale<sup>92</sup>. Il s'ensuit que le défaut *d'affectio societatis* ne serait plus le critère de la fictivité<sup>93</sup>. C'est le paroxysme de la *desaffectio societatis*, un rejet pur et simple de *l'affectio societatis*.

<sup>87</sup> Mzoughi (Ch.), *op.cit.*, p. 279; Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 13.

<sup>88</sup> « Il importe simplement d'être lucide et de ne pas méconnaître cette transformation conceptuelle qui s'accomplit sous nos yeux, sous la pression des nécessités économiques. On change les règles, mais par contrecoup les concepts, eux aussi, voient leur contenu modifié (...) si on lie de la sorte la notion de société et celle d'entreprise, on accomplit une petite révolution juridique et les répercussions seront peut-être nombreuses. Par exemple, tant qu'on se demandera – et Dieu sait si la jurisprudence sur les sociétés fictives est abondante – quel est le critère de la société réelle et de la société fictive, ce n'est plus à la notion d'*affectio societatis* qu'on devra se référer c'est simplement à la notion d'unité de production, d'unité de gestion. Pour déterminer si une filiale est réelle ou fictive, pour déterminer si une société est réelle ou fictive – ce qui est très important au stade de la constitution -, on devra s'attacher non pas au contrat, non pas à *l'affectio societatis*, mais à la vérification par les juges de l'existence véritable d'une unité économique, d'une unité de gestion » (*Allocution de BEGUIN (M.) Vœux de la quatrième commission, In, « Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises » : 64<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Royen 1966, P. 235, spéc., p. 242*) cité par Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 174. – Sur la substitution de la théorie d'unité économique à celle des sociétés fictives, V. not. RAAD (N.-F) *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, éd. LGDJ. 1991, n° 160, p. 153.

<sup>89</sup> ROUAST-BERTIER (P.), « *société fictive et simulation* » : Rev., sociétés 1993, p. 725 : « la notion d'*affectio societatis*, notion psychologique au contenu mouvant autant qu'incertain, ne paraît guère en mesure de constituer un critère de la fictivité des sociétés procurant aux agents économiques (et en particulier aux créanciers comme aux associés des sociétés en cause) le minimum de sécurité juridiques requises ».

<sup>90</sup> *Ibid.*, n° 13, p. 732 : « l'assimilation du défaut de *l'affectio societatis* (c'est-à-dire, l'absence d'une réelle dimension contractuelle) à la fictivité d'une société conduirait logiquement à qualifier de fictive toutes les sociétés qui sont filiales à presque 100% d'une société mère. » ; MORTIER (R.), « *Des sociétés unipersonnelles conçues pour faire des ravages* », Droit des sociétés n° 6, Juin 2014, repère 6 ; GUENBOUR (S.), « *La société unipersonnelle : une création révolutionnaire en droit des sociétés* », International Social Sciences & Management Journal, ISSM, 04/2021, p. 15 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 505, sur « la mise en sommeil des sociétés », qui seraient des sociétés économiquement mortes mais juridiquement vivantes.

<sup>91</sup> *Ibid.*, n° 14, p. 735.

<sup>92</sup> Cuisinier (V) *op.cit.*, n° 170, p. 140 ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 103, p. 63 ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), *op.cit.*, n° 3402, p. 82.

<sup>93</sup> *Ibid.*

Ainsi, le critère de la fictivité de la société se voit détacher de *l'affectio societatis* et de la simulation en faveur de critères plus objectifs et fonctionnels<sup>94</sup>.

## 2- La fictivité de la société rattachée à des critères objectifs et fonctionnels

Page | 191

La fictivité de la société se voit désormais détachée de *l'affectio societatis* et rattachée à des critères objectifs et fonctionnels. Ainsi, pour abandonner *l'affectio societatis* et la simulation comme critère de fictivité de la société, deux hypothèses sont émises par rapport à la notion de simulation. Une restrictive, l'autre extensive. En ce sens, fait-on observer qu'il y a une conception technique, étroite de la simulation<sup>95</sup> ; et une plus large<sup>96</sup>, caractérisée par une fausse apparence<sup>97</sup>.

Ainsi, dans l'approche restrictive, doit être rejetée toute idée de simulation dans l'acte unilatéral (acte fondateur de la société unipersonnelle). Puis que, la simulation serait rattachée à la force obligatoire du contrat<sup>98</sup>. Or, l'acte unilatéral est l'œuvre d'une seule personne.

Par contre, dans la conception extensive, la simulation dans l'acte unilatéral serait admise<sup>99</sup>. Cette thèse est basée sur le mobile de l'associé unique, sa volonté déclarée<sup>100</sup>. Dans cette perspective, la simulation ne résulterait pas de l'intention simulée ou cachée de l'associé unique ; mais le fait pour lui d'avoir, au vu et au su des tiers, confondu son patrimoine personnel avec le patrimoine social<sup>101</sup>. La simulation serait donc caractérisée par l'usage d'une société à

<sup>94</sup> Rouast-Bertier (p.) *op.cit.*, p. 725 ; Cuisinier (V) *op.cit.*, n° 171 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 177.

<sup>95</sup> Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 66. La conception technique de la simulation suppose l'existence d'une contre-lettre qui paralyse ou modifie les effets de l'acte ostensible.

<sup>96</sup> Vidal (M. et Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 63.

<sup>97</sup> Dagot (M.), *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967, n° 26 s. ; Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 62.

<sup>98</sup> Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 67 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 378.

<sup>99</sup> JOSSERAND (L.), « *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Paris, Dalloz, in « Essai de téléologie juridique » II, 1928, n° 192, p. 240 ; - Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 14, l'auteur insiste sur la simulation dans la société unipersonnelle : « il ne faut pas écarter l'éventualité d'une EURL ou d'une SASU simulée (V. par ex., Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-23.743 : BJS 2003, p. 665, note I. Parachkévova : fictivité de l'EURL et dans la même affaire extension de procédure au conjoint du fait des relations financières anormales. – CA Paris, 3e ch. A, 13 juill. 1993 : D. 1993, somm. p. 368, obs. A. Honorat ; Rev., sociétés 1993, p. 874, note A. Honorat ; Bull. Joly 1993, p. 1250, § 375, note Le Nabasque (H.).

<sup>100</sup> Selon Le NABASQUE (H.), « la fictivité de l'EURL [société unipersonnelle] dépend exclusivement de la sincérité et de la consistance de l'acte unilatéral qui a pu l'instituer ; manière de dire que sa preuve dépend, logiquement, de l'analyse du seul comportement du maître de l'affaire (s'il est associé) » ; H. Le NABASQUE, note sous CA Paris, 13 juillet 1993, p. 1255. Ainsi, lorsque l'associé unique par son acte unilatéral (art. 5 AUSCGIE), manifeste sa volonté d'instituer une activité autonome et un patrimoine autonome. Il ne peut donc vouloir, en même temps, une chose et son contraire. Il pourrait néanmoins, « essayer de tromper son monde » (Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 175).

<sup>101</sup> Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 14.

main unique de façade, destinée à masquer une affectation de patrimoine qui n'existe pas en réalité<sup>102</sup>.

Il s'ensuit que la société est une entreprise personnifiée<sup>103</sup> caractérisée par une activité autonome avec un patrimoine propre<sup>104</sup>. Ainsi, le critère de la réalité de la société unipersonnelle ne réside pas dans *l'affectio societatis*. Mais il réside dans l'existence d'une autonomie d'activité et de patrimoine. Dans cette perspective, la fictivité de la société unipersonnelle est tirée de la confusion d'activités et de patrimoines<sup>105</sup>.

Cette situation a conduit certains auteurs à distinguer la simulation et la fictivité<sup>106</sup>. En ce sens, la fictivité de la société unipersonnelle résulterait du défaut d'activité réelle ou autonome et détachée de la personne de l'associé unique<sup>107</sup>. Il s'agirait alors d'une fictivité par abus de la personnalité morale<sup>108</sup>. Il en résulte une « fictivité économique »<sup>109</sup> par opposition à la « fictivité juridique »<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> *Ibid.* TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 414, p. 339 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, spéc., n° 196 ; Vidal (D.), *op.cit.*, n° 287, p. 143 ; Le Cannu (P.), « L'EURL et les procédures collectives » : Bull. Joly 1986, p. 895 ; Maubru (B.), « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL », JCP N 1986, I, 435.

<sup>103</sup> PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP N, n° 27, 5 Juillet 1985, 100740, n° 51 ; du même auteur, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », JCP E, n° 19, 9 Mai 2019, 1224.

<sup>104</sup> Vidal (D.) *op.cit.*, n° 139, p. 79.

<sup>105</sup> Rouast-Bertier (p.) *op.cit.*, n° 15 ; Cuisinier (V.) *op.cit.* p. 140 ; MAUBRU (B.), *op.cit.*, spéc., n° 5., pp. 435 à 436 ; dans le même sens, Le CANNU (P.), « L'EURL et les procédures collectives », Bull. Joly, 1986, p. 895 ; BAILLY-MASSON (C.), « La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? », Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16., p. 4 ; GISSEROT (F.), « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite », RTD com., 1979, p. 49.

<sup>106</sup> Cuisinier (V.) *op.cit.*, n° 171, p. 140.

<sup>107</sup> COMMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives » Bull. Joly 2003, § 2, p. 12.

<sup>108</sup> DAIGRE (J.-J.), « Société fictive », Rép. Société Dalloz, 1999, n° 17 et s. – Cass. com. 21 novembre 1995, JCP éd. E, 1996, II, 852, « Notion de société fictive et extension du redressement judiciaire aux associés » - Comm. DAIGRE (J.-J.), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 37, 12 Septembre 1996, 852 ; Cass. com., 21 novembre 1995 ; Mme Labesse c/ Pavec, ès qual. et a. [arrêt n° 1932 D] ; dans ses commentaires l'auteur insiste sur l'évolution de la notion de fictivité dans le cadre de cet arrêt : « le reproche fait au montage soumis à l'appréciation de la Cour de Paris et de la Cour de cassation n'était pas sa fictivité au sens où tous les éléments du contrat de société étaient réunis au jour de la constitution de la SNC, mais son caractère abusif, au sens où la personnalité morale de la société née de l'immatriculation avait été artificiellement créée et abusivement mise au service personnel des associés (...) Une société qui, financièrement, est sous la dépendance totale d'une autre activité et qui, contrairement à son objet social, n'a pas d'activité économique réelle, faute d'activité autonome et d'exploitation effective, est fictive ». Nous soulignons que cette vision a fait l'objet de critiques (V. not. Shyyab (F.), *op.cit.*, spéc., n° 193) cet auteur y voit un risque de confusion entre fictivité et abus de personnalité morale. Il reconnaît cependant, que la société fictive est incluse dans « l'abus de la personnalité morale » qui est une notion plus large et globalisante, comprenant plusieurs éléments : confusion de patrimoines, l'abus de pouvoir... (Pour une étude approfondie sur « l'abus de la personnalité morale », Voir RAAD (N.-F) *op.cit.*)

<sup>109</sup> *Ibid.*, n° 17, p. 4.

<sup>110</sup> *Ibid.*, n° 7. La fictivité juridique correspond à la forme traditionnelle de fictivité fondée sur le contrat de société et ses éléments constitutifs. Il s'agit d'une fictivité de constitution se traduisant par l'absence de l'un ou de plusieurs des éléments constitutifs du contrat de société, de laquelle se déduit l'absence d'*affectio societatis*, critère ou vice fondant la fictivité. Alors que la fictivité économique se manifeste au cours de la vie sociale par un abus de la personnalité morale (V. not. Cuisinier (V.) *op.cit.*, note 566).

Malgré la démarche logique adoptée pour induire la fictivité de la société unipersonnelle. Il semble judicieux, de prendre en considération les cas dans lesquels la simulation et *l'affectio societatis* (conception classique) permettent d'induire la fictivité d'une société. Dès lors, l'on pourrait évoquer la fictivité économique en présence d'une société unipersonnelle, par opposition à la fictivité juridique dans les cas où l'unipersonnalité est proscrite.

En résumé, les partisans de la *desaffectio societatis*, adoptent une conception fonctionnelle de la fictivité. Ils prônent un détachement de la fictivité des notions de simulation et d'*affectio societatis* en faveur de critères objectifs et fonctionnels. L'approche fonctionnelle de la fictivité semble justifiée autant dans les sociétés unipersonnelles que pluripersonnelles.

### Conclusion

Au terme de cette étude, il ressort que *l'affectio societatis* ne peut être niée lors de la création de sociétés pluripersonnelles, de même que son rôle pour établir la réalité d'une société occulte. Toutefois, l'importance de *l'affectio societatis* semble réduite dans les sociétés pluripersonnelles. Elle est variable selon le type de société pluripersonnelle et l'attitude des associés. En plus, la disparition de *l'affectio societatis* dans les sociétés pluripersonnelles au cours de la vie sociale, ne suffit plus à elle seule pour justifier une dissolution pour juste motif<sup>111</sup>.

En revanche, la mise à l'épreuve de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle met nettement en lumière ses limites. La notion perd son sens, et toute utilité pratique. En un mot, elle n'apporte rien dans cette structure, elle est inopérante. *L'affectio societatis* semble endormie dans la société unipersonnelle, et ne se réveille qu'au moment où celle-ci devient pluripersonnelle.

Enfin, les conséquences tirées du défaut d'*affectio societatis* sont amenuisées dans les sociétés pluripersonnelles qui peuvent devenir unipersonnelle. De même, et surtout, le critère de la fictivité se voit, sous l'empire de la société unipersonnelle, détaché de *l'affectio societatis* au profit de la confusion d'activités et de patrimoines.

Il en résulte une émergence de la fictivité économique, fondée sur des critères objectifs et fonctionnels, applicables à la société unipersonnelle et pluripersonnelle. Et il y a, à côté, la

<sup>111</sup> Cass. 3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, FS-P+B, Lefebvre c/ SCI LAJG : JurisData n° 2011-003904 ; Obs. COQUELET (M.-L), *Mésentente : la disparition de l'affectio societatis n'est pas une cause autonome de dissolution pour juste motif ; Droit des sociétés n° 6, Juin 2011, comm. 106.- Cass. 3e civ., 25 janv. 2018, no 17-10353, SCI Auyblon, F-D ; Obs. Dalmau (R.), La disparition de l'affectio societatis n'est pas à elle seule une cause de dissolution, BJS avril 2018, n° 118j7, p. 210.*

fictivité juridique, basée sur *l'affectio societatis*, l'idée du contrat de société et de pluralité d'associés.



**La nécessité d'une obligatorité de l'assurance de pollution***the need for mandatory pollution insurance*

Par :

**ELOUNDOU MENOUNGA GASTON**

Docteur/Ph.d en Droit Privé

Université de Douala (Cameroun)

Page | 195

**Résumé :**

*L'objectif de la responsabilité civile, c'est la réparation intégrale du dommage subi par la victime. C'est de la remettre dans la situation initiale, celle dans laquelle elle se serait encore trouvée si le dommage ne s'était pas produit. Pour y parvenir, pour garantir à la victime une réparation intégrale, la responsabilité civile cesse de faire confiance à la réparation individuelle de l'auteur du dommage, pour se fixer à l'assurance qui est son institution principale de réparation des dommages. Seulement, cette assurance n'est pas obligatoire en matière de pollution, ce qui ne garantit pas aux victimes une réparation intégrale. C'est pour cette raison que nous trouvons que l'obligatorité de cette institution est une nécessité dans la mesure où le fait qu'elle soit facultative est un obstacle à sa souscription. Nous pensons que la rendre obligatoire serait la garantie d'une réparation intégrale des dommages environnementaux*

**Mots clés :** Obligatorité, Assurance de pollution, Indemnisation

**Abstract:**

*The objective of civil liability is full compensation for the damage suffered by the victim. It is to put it back in the situation in which it would still have found itself if the damage had not occurred. To achieve this, to guarantee the victim full reparation, civil liability ceases to trust the individual reparation of the author of the damage. However, this Insurance is not compulsory in terms of pollution, which does not guarantee victims full compensation, it is for this reason that we find that the obligation of this institution is a necessity insofar as the fact that it is optional or obstacle to subscription. We believe that making it mandatory would guarantee full compensation for environmental damages.*

**Keywords:** Obligatory, Pollution Insurance, Compensation



## Introduction

Le principe de la réparation intégrale signifie replacer autant que faire se peut la victime dans l'état où elle se serait trouvée en absence de dommage<sup>1</sup>. La réparation peut-être en nature, la plupart du temps, elle sera en équivalence. La réparation par équivalence signifie que l'on octroie à la victime une somme d'argent sensée réparer exactement le préjudice subi. En vertu de la fongibilité de l'argent, ce type de réparation semble le mieux à même de respecter le principe de la réparation intégrale<sup>2</sup>.

Page | 197

A l'inverse, la réparation en nature, en ce qu'elle consiste en des procédés divers de rétablissement de la situation antérieure au dommage, assure une réparation adéquate mais pas forcément intégrale. En effet, si l'on prend l'exemple d'un dégât causé à un bien, la réparation en nature consistant à le remplacer peut créer une plus-value et donc un appauvrissement de la victime. Pour autant selon certains, la réparation en nature lorsqu'elle est possible doit être préférée, car elle remplit mieux l'objectif de la responsabilité civile qui est de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas de fait dommageable<sup>3</sup>. Quant à la portée de cette règle, elle est exprimée par de nombreux arrêts qui affirment que : « *le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre... et replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »<sup>4</sup>.

Pour parvenir à garantir à la victime une réparation intégrale, la responsabilité objective<sup>5</sup> cesse de faire confiance à la réparation individuelle de l'auteur du dommage, pour se fixer à l'institution assurantielle, qui est son institution principale de réparation des dommages.

Cependant, face à la complexité des dommages environnementaux, la responsabilité objective se trouve affaiblie, voire, inadaptée dans son système de garantie qui est l'assurance de pollution, qui plus n'est pas obligatoire. Or, l'obligatorité d'une assurance est la garantie de son efficacité. A *contrario*, cette non obligation de l'assurance de pollution la rend inefficace et par conséquent inadaptée aux besoins indemnitaires des victimes de dommages résultant de la pollution de l'environnement. Ne serait-il pas opportun de penser l'assurance de pollution autrement ?

<sup>1</sup> PH. DELEBECQUE et F.- J. PAUSIER, *Droit des obligations : responsabilité, délit et Quasi-contrats*, PUF, 2<sup>e</sup> édition, 2007, p. 245.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Civ 2<sup>e</sup>, 20 décembre 1967, p 169, 23 Nov 1966, Bull, Civ II, p. 64.

<sup>5</sup> Elle est à ce jour, la résultante de l'évolution la plus achevée de la responsabilité civile.

L'obligatorité s'entend de tout ce qui est obligatoire en droit, de tout ce qui lie, de tout ce qui contraint. Il s'agit de la qualité de ce qui est obligatoire<sup>6</sup>. En effet, toute norme juridique évoquant, par définition, la valeur obligatoire qui lui est attachée au regard de son contenu, on dira correctement « *l'obligatorité de la norme de droit*<sup>7</sup> ».

L'assurance quant à elle est définie comme une opération par laquelle une entreprise d'assurance « *organise en mutualité un ensemble d'assurés exposés aux mêmes risques et repartit ces risques et les compense selon les lois de la statistique, à l'aide d'un fonds alimenté par des primes ou des cotisations qu'elle collecte préalablement* »<sup>8</sup>. Cette définition de l'institution assurantielle peut laisser croire que l'assureur ne connaît aucune difficulté quant à son obligation de règlement envers l'assuré et que les victimes ne connaissent pas de difficultés quant à être intégralement indemnisées car, le système de neutralisation avec lequel l'assureur fonctionne, le mettrait à l'abri d'éventuels cas d'insolvabilité, dès lors que ce dernier aura la gestion des risques et les principes fondamentaux gouvernant l'assurance<sup>9</sup>. Une telle affirmation même si elle peut être juste dans certains types d'assurances<sup>10</sup>, ne serait qu'une illusion dans les assurances de dommages, notamment celle de la pollution. Ces difficultés ont pour conséquence, le refus de l'obligatorité de ladite assurance à la fois par les assureurs et les assurés (potentiels pollueurs).

La pollution est la dégradation directe ou indirecte de l'environnement ou la création des conditions aboutissant à sa dégradation<sup>11</sup>. La recommandation de l'OCDE<sup>12</sup> du 14 Novembre 1974 sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur, définit la pollution comme « *l'introduction...dans l'environnement de substances ou d'énergies qui entraînent des effets préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes, à porter atteinte ou à gêner des agréments ou d'autres utilisations légitimes de l'environnement* ». En droit Camerounais, la pollution est définie dans la loi-cadre relative à la gestion de l'environnement comme étant « *toute contamination ou modification directe ou indirecte de l'environnement provoquée par tout acte susceptible*

<sup>6</sup> G. Cornu, *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 14<sup>e</sup> éd, p. 703.

<sup>7</sup> www.btb.terminium.plus.gc.ca jeudi. Site consulté le 03/08/2021 à 05h 41minutes.

<sup>8</sup> J. LANDEL, *lexique des termes d'assurances*, L'ARGUS, 2010, 6<sup>e</sup> éd, p. 55.

<sup>9</sup> C.-N. BEKADA EBENE, Thèse de doctorat sur : *L'assurance à l'épreuve des mutations de la responsabilité civile*, Université de Yaoundé II, 2014-2015.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> V. recommandation communautaire N° 75/456/Euratom/CECA/CEE du 3 mars 1975, JOCE N° L. 194 du 25 juillet 1975, p. 1 à 4 ; C. ROBIN, « la réparation des dommages causés par le naufrage de l'ERIKA : un nouvel échec dans l'application du principe pollueur-payeur », RJE1/2003, p. 40.

<sup>12</sup> Recommandation C-74 233 final du 14 novembre 1974.

d'affecter défavorablement une utilisation du milieu favorable à l'homme ; de provoquer ou qui risque de provoquer une situation préjudiciable pour la santé, la sécurité, le bien-être de l'homme... l'atmosphère, les eaux, les sols et les biens collectifs et individuels »<sup>13</sup>. L'on dira donc que l'assurance de pollution est une opération par laquelle une entreprise d'assurance organise en mutualité un ensemble d'assurés exposés aux mêmes risques de pollution et répartit ces risques et les compense selon les lois de la statistique, à l'aide d'un fonds alimenté par des primes ou des cotisations qu'il collecte préalablement.

De ce qui précède, il ressort que l'évolution de la société aujourd'hui révèle l'existence d'une diversité de dommages de pollution sur l'environnement, qui interpelle les législations sur la fragilité du caractère facultatif de l'assurance de pollution. En effet, ce caractère facultatif n'est pas bénéfique aux victimes des pollutions causées à l'environnement. D'où la nécessité de son obligatorité. Ce qui conduit inéluctablement à question suivante : en quoi l'obligatorité de l'assurance de pollution est-elle une nécessité ?

Notre réflexion dans ce thème est intéressante à plus d'un titre. D'une part la faculté de l'assurance de pollution se présente comme une sorte de « consécration du droit de polluer » aux entreprises pollueuses<sup>14</sup> Or, le domaine d'étude de ce qu'on dénomme la responsabilité sociale d'entreprise s'intéresse notamment, à l'adoption de normes environnementales par les entreprises au-delà des normes légales applicables. Les entreprises devraient donc conformément à la responsabilité sociale environnementale, militer en faveur de l'assureur de pollution obligatoire. Malheureusement, ce n'est pas le cas avec l'assurance de pollution, qui reste encore facultative. D'autre part, cette faculté laisse le plus souvent les victimes de la pollution de l'environnement comme des victimes « malchanceuses », car elles ne sont presque jamais indemnisées. Etant donné que la nature fait partie de ces victimes, c'est l'humanité toute entière qui souffre de cette négligence.

Analyser la nécessité de l'obligatorité de l'assurance pollution nous conduit à dénoncer dans un premier temps, sa faculté comme étant un obstacle à sa souscription (I), et dans un

<sup>13</sup> Loi N° 96/12 du 5 aout 1996 portant loi- cadre relative à la gestion de l'environnement art 4 C.V.P.S.

<sup>14</sup> Il n'existe actuellement pas de définition universelle de la RSE. En réponse à la popularité croissante des actions de responsabilisation sociale au sein des entreprises plusieurs organisations internationales et Canadienne ont tenté de décortiquer le phénomène en proposant différentes de ce que constitue la RSE. La commission européenne, dans son livre vert sur la RSE propose la définition suivante : « la RSE consiste en l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties (...). Etre socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». V. la commission européenne de 2001.

second temps à considérer sa contrainte comme étant une garantie de la réparation intégrale des dommages résultant des pollutions de l'environnement (II).

## I- LA FACULTE COMME UN OBSTACLE A LA SOUSCRIPTION DE L'ASSURANCE POLLUTION

Page | 200

La faculté est le libre choix attribué par la loi à une personne de décider d'une manière discrétionnaire ou de renoncer à exercer un droit ou une compétence. Si l'assurance de pollution n'est pas obligatoire, elle est rangée dans la typologie d'assurances facultatives. Cette faculté est dangereuse pour l'environnement au regard de la complexité des dommages écologiques et de leurs caractères collectifs<sup>15</sup>, sériels<sup>16</sup>, irréversibles<sup>17</sup> et transfrontalières<sup>18</sup>. La faculté de l'assurance de pollution est un malaise pour l'environnement. Après avoir identifié les facteurs de cette faculté (A), nous allons donner ses incidences en cas de dommage causé par la pollution environnementale (B).

### A- Les facteurs de la faculté de l'assurance de pollution

Les facteurs de la faculté de l'assurance de pollution sont les éléments qui concourent à ladite faculté. Il n'y'a donc aucun doute que l'opposition des compagnies d'assurance (1) et le désintérêt des entreprises industrielles et commerciales (2) soient les causes du maintien du caractère facultatif de l'assurance de pollution.

#### 1- L'opposition des compagnies d'assurance

Les industriels courent peu de risques financiers parce que les indemnisations reçues par leurs victimes ne couvrent pas toujours leurs préjudices réels, ce qui ne les incite pas à souscrire à une assurance obligatoire de pollution. Cette opposition a des répercussions sur les assureurs qui à leur tour et du fait qu'ils n'auront pas principalement de clients, s'opposent à la mise en œuvre d'une assurance obligatoire de pollution. En outre, les assureurs présentent des raisons telles que l'incertitude sur les clauses d'application de la garantie dans le temps et l'incertitude sur le montant des dommages futurs, combinées à l'assimilation des clauses en date de réclamation.

---

<sup>15</sup> Il s'agit des dommages ayant une source unique et les conséquences susceptibles de degré, exemple : la pollution chimique d'un cours d'eau, la pollution nucléaire d'une région (explosion de Tchernobyl).

<sup>16</sup> C'est un dommage qui a des sources multiples mais simultanées et capables d'identifier plusieurs personnes par une de multiplication des dommages.

<sup>17</sup> Ici le critère du changement est temporel car le dommage ne se limite plus dans le temps.

<sup>18</sup> Le critère est celui de l'espace.

S'agissant de l'incertitude sur les clauses d'application de la garantie dans le temps, en matière de pollution, il peut s'écouler un long moment entre l'émission du polluant et la réclamation de l'assuré. Si entre ces deux dates, l'assuré change d'assureur ou cesse de s'assurer<sup>19</sup>, pourrait-il se retourner contre l'un de ses assureurs et si oui, lequel ? La réponse réside dans ce que l'on appelle la clause d'application de la garantie dans le temps, clause précisée dans les contrats d'assurance de responsabilité. Quatre causes sont envisageables : le fait générateur<sup>20</sup> ; la survenance du dommage<sup>21</sup> ; la première déclaration du dommage et la réception de la déclaration de la victime.

Dans les années 1980, en France, la clause de la déclaration s'est généralisée dans les polices de responsabilité civile, y compris les contrats assurpols<sup>22</sup>. Ces derniers précisaient en outre que les dommages devaient résulter d'une atteinte à l'environnement ayant débuté pendant la période de validité du contrat. Les contrats assurpols étaient donc sur ces points défavorables à l'assuré<sup>23</sup>. Si l'on considère le fait qu'un assuré ait changé d'assureur après la survenance du dommage, mais avant la réclamation de la victime, cet assuré n'était couvert par aucun des deux contrats, alors qu'il n'avait jamais cessé de payer des primes.

La cour de cassation du 19 décembre 1990 a annulé la clause de réception de la réclamation affirmant que, « *le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire, la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période* ». Conformément à cette jurisprudence, les assureurs risquent d'indemniser leurs clients jusqu'à la prescription de la responsabilité de ces dernières vis-à-vis des tiers, soit dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation. Les assureurs ont réagi en deux temps face à cette jurisprudence qu'ils critiquent avec vigueur<sup>24</sup>. Ainsi, un dommage survenu pendant la période de validité du contrat, mais constaté par la suite, n'est pas couvert par le contrat d'assurance pollution, contrairement aux exigences de la cour. Si un assuré se voit refuser la garantie de son

<sup>19</sup> Par exemple parce qu'il cesse son activité.

<sup>20</sup> Par exemple, la fuite dans un réservoir sous terrain de carburant.

<sup>21</sup> Il s'agit par exemple de la migration du carburant dans un terrain adjacent, qui entraîne une perte.

<sup>22</sup> Assurpol est un regroupement Français de réassurance qui a été créé en 1989. Il est constitué sous la forme d'un GIE dont les adhérents sont des assureurs. Voir [www.assurpol.fr](http://www.assurpol.fr). Site consulté le 07/11/2021 à 10h14.

<sup>23</sup> Ce qui davantage justifiait la faveur à la faculté de l'assurance de pollution.

<sup>24</sup> Le 18 décembre 1991, l'ensemble des assureurs a adopté une convention par laquelle ils s'interdisent de se prévaloir entre eux de la jurisprudence de la cour de cassation. Les litiges entre assureurs relatifs à l'application de la garantie dans le temps sont réglés à l'amiable ; assurpol a ensuite modifié son contrat ; depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, celui-ci retient la première constatation vérifiable et non plus la première réclamation. Cette modification rend le contrat assurpol plus proche de la position de la cour de cassation, sans le rendre cependant conformé à celle-ci.

contrat assurpol à cause de la clause d'application de la garantie dans le temps, il est très probable qu'il obtienne gain de cause devant les tribunaux. De même, il n'est pas impossible qu'un assureur révoque la convention et refuse de payer, dans le cas où il n'était pas assureur à l'époque du fait générateur.

L'incertitude juridique sur les clauses d'application de cette garantie dans le temps est une justification de l'opposition des assureurs à l'application d'une assurance obligatoire de pollution.

En ce qui concerne l'incertitude sur le montant des dommages futurs, combiné à l'annulation des clauses en date de réclamation, ces dernières imposent aux assureurs de payer des indemnités pour des sinistres qui seront découverts et jugés dans l'avenir ; or il est possible que d'ici là, les critères utilisés par les tribunaux pour déterminer ces indemnités changent. En particulier pour l'instant, les tribunaux français ne prennent pas en compte les méthodes d'estimation monétaire des actifs environnementaux. A l'inverse, ces méthodes ont été utilisées aux Etats-Unis, notamment dans le cas du naufrage de l'EXXON-Valdez. Par mimétisme, et du fait que la majorité des compagnies d'assurance en activité en Afrique Francophone et plus particulièrement au Cameroun sont françaises, celles-ci sont hostiles à l'application de l'assurance obligatoire de pollution à cause de l'incertitude sur le montant des dommages futurs, combinés à l'annulation des clauses en date de réclamation, surtout que à cette incertitude s'ajoute celle à caractère juridique sur les clauses d'application de la garantie dans le temps. Les entreprises industrielles et commerciales quant à elles éprouvent un désintérêt à l'obligatorité de l'assurance de pollution.

## **2- Le désintérêt des entreprises industrielles et commerciales**

Plusieurs raisons sont à l'origine du désintérêt des entreprises à l'obligatorité de l'assurance de pollution. Il s'agit de l'utilisation d'autres moyens de couverture contre les risques. Les risques encourus ne justifieraient pas de couverture assurantielle. Le manque d'information en est aussi la cause.

S'agissant de l'utilisation d'autres moyens de couverture contre les risques de pollution, le recours à une entreprise d'assurance n'est pas le seul moyen de se couvrir contre le risque. En effet, certains grands groupes constituent des filiales qui leur servent de compagnies d'assurance, ce qui renforce leur faveur à la faculté de l'assurance de pollution. Cette pratique a un intérêt fiscal particulier lorsque les captives sont situées dans des pays où la fiscalité sur les bénéfices est faible. Cependant, seuls de très grands groupes utilisent de telles captives et

ces groupes recourent généralement à des contrats d'assurance de pollution. Même s'ils utilisent leurs captures pour couvrir les risques de pollution, ce n'est qu'en complément du contrat d'assurance de pollution. En revanche, les entreprises qui ne sont pas couvertes par un contrat d'assurance sont de taille plus modeste et ne peuvent pas bénéficier des services de captures.

Les marchés financiers quant à eux excluent l'assurance comme étant le seul moyen de couverture contre les risques. L'échange d'actifs risqués sur les marchés financiers en constitue un autre moyen qui tend à remplacer l'assurance comme couverture contre quelques risques de forte ampleur. Ainsi aux Etats-Unis, selon Eric Briys et François De Varenne<sup>25</sup>, « *les marchés financiers prennent peu à peu le relai de la couverture traditionnelle des risques liés aux catastrophes naturelles, qui se heurtent à une capacité en fonds propres des assureurs insuffisante au regard des sinistres possibles* ». Cependant, tel n'est pas le cas pour l'instant, dans le domaine du risque des pollutions, même aux Etats-Unis. L'existence d'autres moyens de financement explique donc le fait pour les entreprises de n'avoir aucun intérêt pour la prescription de l'assurance obligatoire de pollution.

Cela peut sembler étrange, mais, les industriels seraient favorables à la faculté de l'assurance de pollution parce qu'ils courent peu de risques financiers. Il leur semble excessif d'être obligés de souscrire à une telle assurance, car son existence ne leur servirait à rien. Ce qui n'est pas le cas avec l'assurance automobile qui est obligatoire et régulièrement réclamée par les victimes.

L'étude la plus aboutie sur l'indemnisation des victimes de pollution a été réalisée par maître Christian Huglo<sup>26</sup>. L'auteur conclut qu'il faut distinguer les affaires classiques de pollution et les accidents technologiques majeurs, les premiers étant beaucoup moins bien indemnisés que les seconds. Or, les accidents technologiques majeurs sont susceptibles de survenir dans les groupes industriels, qui sont tous assurés contre les risques d'atteintes à l'environnement. Dès lors, peut-être la mauvaise couverture des PME s'explique-t-elle par la faiblesse des risques financiers en cours au titre de la responsabilité civile, corolaire de la mauvaise indemnisation des victimes<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> E. BRIYS et F. DE VARENNE, « Assurance et marchés financiers : concurrence ou complémentarité ? », dans F. Ewald et J.H. LORENZI, *encyclopédie de l'assurance*, Economica, Paris 1998, p. 1664.

<sup>26</sup> C. HUGLO, *la mal indemnisation des victimes de pollution, étude pour l'OCDE*, miméro, Paris, 1990.

<sup>27</sup> C. HUGLO identifie, plusieurs types de causes à cette mauvaise indemnisation des victimes : les délais sont particulièrement longs plus de six ans en moyenne ; la victime est souvent obligée d'avancer des sommes considérables, car de coûteuses expertises sont souvent nécessaires, les indemnités fixées par les tribunaux sont généralement inférieures aux coûts supportés par les victimes.

Ces difficultés indiquées au paragraphe précédent peuvent, on le comprend, dissuader certaines victimes de mener une action en réparation. Mais, une autre cause peut expliquer la faiblesse des plaintes : la sous-utilisation par ces personnes morales, de leur capacité d'action civile. En outre, les associations d'entreprises, sauf celles des pêcheurs, ne se voient en général accorder que le remboursement des frais qu'elles ont engagés. La mauvaise indemnisation de leurs victimes, la variété des plaintes des personnes morales sont une explication à la faveur du maintien de la faculté de l'assurance de pollution.

Cependant, ces phénomènes ne sont pas les seuls. Il y a également le fait que les entreprises soient mal informées. En effet, la mauvaise information les conduit à sous-estimer les risques auxquels elles font face, ou à penser être encore couvertes par leurs contrats responsabilité civile générale. Il est possible que les entreprises qui exploitent des installations classées, soumises à une autorisation, ignorent qu'elles ne sont pas couvertes. Elles décident de la souscription des contrats d'assurance. La mauvaise information des entreprises est l'une des causes de leur désintérêt pour l'assurance de pollution. Pourtant, conformément à la facette importante que nous montre le domaine d'étude de la responsabilité sociale et environnementale d'entreprise, il serait louable pour celle-ci d'être en faveur de l'obligatorité de l'assurance de pollution, car, de plus en plus, l'on progresse vers la responsabilité sociale et environnementale (RSE), comme condition d'existence des entreprises. Hélas, il n'en est rien ! Ces obstacles à la souscription de l'assurance pollution ont des incidences en cas de dommage.

## **B- Les incidences de la faculté de l'assurance de pollution**

La faculté de l'assurance de pollution peut être à l'origine de l'insolvabilité du pollueur en cas de dommage (1) et de la mal indemnisation des victimes de pollution (2)

### **1- L'insolvabilité du pollueur**

N'ayant pas été contraint à souscrire à une assurance de pollution lorsqu'il créait son activité, le pollueur peut être insolvable en cas de survenance du dommage. Il s'agit là de l'une des défaillances de la responsabilité personnelle<sup>28</sup>, qui n'est rien d'autre que le risque d'insolvabilité du responsable du dommage de pollution, qui doit répondre personnellement de

---

<sup>28</sup> Il s'agit de la responsabilité civile fondée sur les articles 1382 « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » et 1383 « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence* » du code civil Français applicable au Cameroun.

ses actes, car il n'a souscrit à aucune assurance. Les victimes de pollution peuvent également être mal indemnisées.

## 2- La mal indemnisation des victimes

L'une des conséquences de la faculté de l'assurance de pollution c'est la mal indemnisation des victimes en cas de dommage résultant des activités polluantes. En effet, le pollueur peut être partiellement solvable. Cette partialité ne permet pas très souvent à l'environnement de se retrouver dans la situation initiale à la survenance du dommage. Elle ne permet non plus aux autres victimes (les êtres humains) de recouvrer en totalité leur santé corporelle et celle de leurs activités.

Lorsque les victimes ne sont pas indemnisées en totalité, elles peuvent risquer ne pas l'être partiellement, parce que l'assiette du patrimoine du pollueur n'est pas entièrement fournie. C'est la raison pour laquelle l'assurance de pollution ne doit pas être facultative. Au contraire, elle doit être obligatoire, car cette contrainte est une garantie de la réparation intégrale des dommages environnementaux.

## II-LA CONTRAINTE COMME GARANTIE DE LA REPARATION INTEGRALE DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX

L'idéal de la réparation du dommage environnemental est la réparation intégrale, qui permet de replacer la victime dans l'état où elle était avant la survenance du dommage. Ceci ne sera possible que si les législateurs rendaient l'assurance de pollution obligatoire. Cette obligatorité permettra aux victimes d'être satisfaites de leur indemnisation (A) et une réparation satisfaisante du préjudice écologique (B)

### A- La satisfaisante indemnisation des victimes

L'obligatorité de l'assurance de pollution respectera le principe de l'indemnisation intégrale (1) et garantira la justice à toutes les victimes (2)

#### 1- Le respect du principe de l'indemnisation intégrale

Pour que la victime soit satisfaite, la réparation doit être intégrale. Il est alors important que l'on respecte le principe de l'indemnisation intégrale. Ce principe signifie que le responsable doit réparer tout le dommage et rien que le dommage. La réparation peut être en nature ou pécuniaire. Tout particulièrement pour le manque à gagner écologique, la réparation par nature est supérieure à la réparation pécuniaire dès lors qu'elle assure seule une restauration

du milieu naturel détérioré exploité par la victime, alors que le versement de dommages et intérêts ne garantit « *à priori* » que les fonds alloués soient consacrés à cette restauration. De nombreux régimes spécifiques de la responsabilité en matière environnementale s'inscrivent dans la logique de la réparation en nature<sup>29</sup>. La réparation en nature est une garantie de rétablissement de la situation antérieure au dommage et une assurance d'une réparation adéquate et forcément intégrale. Peu importe le type de réparation privilégié, l'on pense que l'assurance « *obligatoire* » de pollution est la seule capable d'assurer aux victimes une telle satisfaction : celle de l'indemnisation intégrale. En outre, l'obligatorité de l'assurance de pollution est une garantie de la justice à toutes les victimes.

## 2- La garantie de la justice à toutes les victimes

L'article 2464 du CCQ circonscrit en ces termes les matières assurables de l'assurance de responsabilité : « *l'assureur est tenu de réparer le préjudice causé par une force majeure ou par la faute de l'assuré, à moins qu'une exclusion ne soit expressément et limitativement stipulée dans le contrat. Il n'est toutefois jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré* »<sup>30</sup>. Cette disposition laisse entrevoir les limites de la couverture, surtout non obligatoire et par conséquent, les moyens dont disposent les assureurs pour exclure certains risques. *A contrario*, l'on pense que l'obligatorité de l'assurance de pollution pourrait inclure tous les risques environnementaux et serait une garante de la justice à toutes les victimes qui n'ont pas demandé à être sujets d'une telle situation. Cette inclusion pourra être l'une des causes de la satisfaction des victimes. Une loi qui encadre l'obligatorité de l'assurance de pollution se rangerait alors dans la catégorie des lois justes. Contrairement à son actuelle faculté qui fait d'elle une loi injuste comme l'aurait affirmé Auguste d'Hippone en son temps, « *une loi mauvaise, une loi injuste, n'est pas une loi, n'est plus du droit* »<sup>31</sup>.

Selon l'auteur, la loi est souvent la base de toute société, puisqu'elle permet la protection de certains droits primordiaux pour l'homme, mais aussi, la punition d'actes qui justement peuvent aller à l'encontre de ces droits. La fin que l'on cherche à atteindre par la loi est la stabilité d'une vie commune et donc une justice. En matière environnementale, il est injuste de maintenir l'assurance de pollution dans son caractère facultatif. En fait, au moment de leur

<sup>29</sup> Par exemple, la directive sur la responsabilité environnementale définit la réparation comme « *toute action ou combinaison d'actions y compris les mesures d'atténuation ou des mesures transitoires visant à une alternative équivalente à ces ressources ou service* » (article 2 al 8 de la convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement).

<sup>30</sup> Code civil du Québec, 1991.

<sup>31</sup> [www.lyc.curie-Nanterre.ac.versailles.fr](http://www.lyc.curie-Nanterre.ac.versailles.fr)... site consulté le 17 juin 2020 à 8h02.

réalisation, les victimes des dommages environnementaux courent le risque de ne pas être indemnisées à cause de la « *non obligatoirété* » de l'assurance de pollution.

L'ampleur financière que peut prendre un sinistre de pollution, exemple du coût de la remise en l'état des lieux à la suite de la marée noire causée par l'EXXON-Valdez (5 milliards de dollars)<sup>32</sup>, est convoquée comme étant un obstacle à une assurance de pollution obligatoire, par les assurés potentiels pollueurs. Or, les victimes des dommages pouvant résulter de leurs activités polluantes seront considérées comme malchanceuses, victimes d'injustice, car ne pourront pas être indemnisées par l'assurance de pollution. Ce qui serait contraire, si le législateur la rendait obligatoire. L'obligatorité de l'assurance pollution pourra également garantir une réparation satisfaisante du préjudice écologique.

### **B- La garantie d'une réparation satisfaisante du préjudice écologique**

En rendant obligatoire l'assurance de pollution, le législateur garantira une réparation satisfaisante du préjudice écologique en cas de dommage causé à l'environnement. Il sera donc facile et possible de remettre l'environnement en l'état (1) et de maintenir en vie les activités qui dépendent de l'existence de la nature (2)

#### **1- La remise de l'environnement en l'état**

Lorsqu'elle est obligatoire, l'assurance de pollution peut favoriser la remise en l'état de l'environnement. Concrètement, une telle situation peut se produire dans au moins deux cas. Tout d'abord dans le cas d'une pollution accidentelle d'un cours d'eau ou du sol, l'assurance peut remettre en l'état le site dégradé. Ensuite, à l'arrêt de l'exploitation d'un site industriel, le terrain est très souvent pollué et l'exploitant parfois incapable de financer seul la remise en l'état. L'assurance de pollution devenue obligatoire, peut accompagner l'entreprise polluuse dans sa volonté de replacer le site dans la situation antérieure à sa dégradation.

Une assurance obligatoire permettrait aux entreprises de s'y soumettre dès l'ouverture de l'exploitation de l'activité à risque. Son existence serait même un moyen d'encouragement pour les juges judiciaires lors de l'évaluation du prix de la nature. L'assurance de pollution rendue obligatoire, est un moyen de lutte contre la dégradation irréversible de l'environnement, car elle favorisera la remise en l'état de celui-ci.

Rendue obligatoire, l'assurance de pollution permettrait de redorer le blason de l'environnement et de lutter contre les phénomènes catastrophiques dont risque la « *mère* »

---

<sup>32</sup> Ce montant est tiré de P. HALLEY, « vérification environnementale, réflexion sur l'émergence des modes d'autorégulation », 1999, 40CD, pp. 591-625.

planète. La remise en l'état de l'environnement a pour conséquence, la survie des activités liées à l'existence de la nature.

## 2- La survie des activités dépendantes de l'existence de la nature

Il existe d'innombrables activités liées à l'existence de la nature dont la sauvegarde de celle-ci entraîne la survie de celles-là. L'on prendra le cas de trois principales activités : le tourisme, la pêche, l'agriculture.

S'agissant du tourisme, pour témoigner de l'importance à lui accrédi-ter, Joh Stéinberck disait « *en dehors du fait qu'ils laissent leurs économies là où ils passent, je crois que les touristes sont très importants dans ce monde moderne. Il est difficile de détester les personnes que l'on connaît* »<sup>33</sup>. La dégradation persistante de l'écosystème est une préoccupation saillante en droit. Consacrer une assurance obligatoire de pollution aura alors pour but de parer à toute cause de détérioration de l'environnement ou du moins d'en réduire les effets néfastes, par conséquent, sauver les activités touristiques.

S'agissant de la pêche, elle consiste à capturer des animaux aquatiques, dans leur biotope<sup>34</sup>. Elle est pratiquée par des pêcheurs, comme loisir ou profession.

Ainsi, si la nature après avoir subi un dommage, peut être indemnisée, c'est toute l'économie relevant de l'industrie de la pêche qui en est bénéficiaire. La remise en l'état à chaque fois de l'environnement, grâce à l'assurance obligatoire de pollution, aura sans doute un impact positif, non négligeable sur l'agriculture. En effet, elle inclut la sauvegarde de la valeur des sols, lieu d'exercice des activités agricoles. Elle est donc une source de survie de l'activité agricole.

### Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît que l'obligatorité de l'assurance de pollution est une nécessité. Il en est ainsi parce qu'en la maintenant facultative, elle n'est très souvent pas souscrite par des potentiels pollueurs. Ce qui est davantage regrettable, c'est le rôle que jouent les acteurs des activités dangereuses, à l'instar des entreprises industrielles et commerciales, et les compagnies d'assurance pour la maintenir dans cette faculté. Cette dernière a de nombreuses conséquences à savoir : le risque d'insolvabilité du pollueur en cas de survenance du dommage et la mal indemnisation des victimes par les auteurs de la pollution. Or, la contrainte de cette assurance est une garantie de la réparation intégrale des dommages environnementaux. En effet, l'obligatorité de l'assurance de pollution est une garante de l'indemnisation satisfaisante des

<sup>33</sup> Citation de J. Steinberck, écrivain Américain du 20<sup>e</sup> siècle né en 1902 et décédé en 1968, un américain à New-York et à Paris, édition Julliard 1956.

<sup>34</sup> Océans, mers, cours d'eau, étangs, etc...

victimes, dans la mesure où elle respecte le principe de l'indemnisation intégrale et garantit la justice à toutes les victimes. Elle est également une garantie de la réparation satisfaisante du préjudice écologique. Sa consécration permettra d'assurer à chaque fois, la remise de l'environnement en l'état et de garantir la survie des activités dépendantes de l'existence de la nature. Les législateurs devraient donc la rendre obligatoire et conditionner l'ouverture des entreprises à risque à la souscription de l'assurance obligatoire de pollution.



**Le sort des droits de la défense lors de la garde à vue devant les juridictions  
d'exception camerounaises**

*The fate of the defense rights in custody before the cameroonian courts of exception*

Par : Page | 210

**AOUTA Justine**

Docteur Ph.D en Droit Privé

**Résumé :**

*L'État de droit a vocation à lutter en permanence contre les injustices en se donnant des lois justes, en veillant à offrir à ses citoyens une justice de qualité et respectable des droits des parties. C'est dans ce contexte que le Tribunal criminel spécial a été réinstitué par la loi organique du 14 décembre 2011, modifiée et complétée par celle du 16 juillet 2012 et le Tribunal militaire, reconfiguré par la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme. Ces derniers temps, compte tenu des multiples affaires devant ces institutions et au regard des exigences internationales, s'est posé le problème du respect des droits de la défense. En effet dans la pratique, ces droits sont-ils en adéquation avec les exigences internationales protectrices des droits de l'homme dans le cadre de la garde à vue ? A l'examen, il se dégage l'instauration au niveau de la garde à vue de certains mécanismes limitant la sauvegarde des droits de la défense de la personne poursuivie par devant les juridictions d'exception camerounaises. D'où l'importance de l'analyse des insuffisances du cantonnement de la garde à vue ainsi que l'étude des obstacles relatifs à la garantie des droits du suspect placé en garde à vue.*

**Mots clés :** Droit de la défense, mécanisme de protection-tribunal, garde à vue, délai raisonnable, principe de célérité.

**Abstract ;**

*The State of Law has the vocation to constantly fight against injustices by giving itself just laws, ensuring to offer its citizens a quality and respectable justice of the rights of the parties. It was in this context that the Special Criminal Court was reinstated by the Organic Law of 14 December 2011, amended and supplemented by that of 16 July 2012 and the Military Court reconfigured by the Law of 23 December 2014 on the repression of acts of terrorism. In recent times, in view of many cases before these institutions and in view of international requirements, the problem of respect for the rights of the defense was acute. Indeed, in practice, are these rights in line with international requirements protecting human rights in police custody? On examination, it emerges the level of police custody of certain mechanisms limiting the safeguard of the rights of defense of the person prosecuted before the Cameroonian courts of exception. Therefore, the importance of analysing the inadequacies of police custody and the study of obstacles related to the guarantee of the rights of the suspect in custody.*

**Key words:** right of defense, protection mechanism, court, police custody, reasonable period, principle of expediency

## Introduction

Bien qu'il soit l'un des principes procéduraux les plus familiers, le principe du respect des droits de la défense est difficile à appréhender du fait de son caractère composite. Il se présente à la fois comme un principe général valant en tant que tel et emportant par lui-même d'importantes conséquences. En effet, les évoquer en procédure pénale revient à analyser la manière dont les droits de la défense et plus précisément les libertés individuelles sont prises en compte devant le Tribunal criminel spécial et le Tribunal militaire. Ceci nous conduira à traiter de la garde à vue considérée par le Pr. SPENER YAWAGA comme « *une œuvre délicate dans la mesure où une telle démarche conduit à parler de privation de la liberté d'aller et de venir avant tout jugement* ». Pour cet auteur, la délicatesse de la question paraît plus clairement lorsqu'on l'associe à un principe fondamental de notre système répressif à savoir : la présomption d'innocence<sup>1</sup> qui tire ses origines de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1979 en son article 7-1 (b), de l'article 9 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1789<sup>2</sup> ou même la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

D'ailleurs, les objectifs visés par la garde à vue clairement indiqués à l'alinéa 1 de l'article 118 du Code de procédure pénale concourent à la manifestation de la vérité chez le mis en cause. En outre, il s'agit d'une mesure ne pouvant être ordonnée que dans le cadre d'une enquête ce qui signifie implicitement l'existence d'une infraction commise. Néanmoins, nul n'est besoin de s'interroger sur la nécessité d'assurer la protection de la société car c'est dans ce but que fut instaurée la garde à vue. Par conséquent, nous nous interrogeons à bien des égards si les mesures relatives aux libertés individuelles sont suffisamment protégées devant les juridictions camerounaises à caractère spécial.

A l'occasion de nos multiples réflexions, nous essaierons de voir comment le Code de procédure pénale restreint la garde à vue à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général. C'est ce qui nous conduit à l'examen des insuffisances du cantonnement de la garde à vue (I) ainsi que les lacunes relatives à la garantie des droits du suspect placé en garde à vue (II).

---

<sup>1</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, PUA, Vol. 1, p. 56.

<sup>2</sup> Sur les applications de cette règle en droit camerounais, v. NGONO (S.), « La présomption d'innocence », *RASJ*, Vol. 2, 2001, pp. 151-152.

## I- LES INSUFFISANCES DU CANTONNEMENT DE LA GARDE À VUE

Le législateur camerounais a procédé à une réglementation très stricte de la garde à vue au niveau de ses conditions d'application. Étant donné les intérêts en présence, la seule question qui mérite d'être posée est celle de savoir si les textes votés permettent leur conciliation. Nul n'est besoin de s'interroger sur la nécessité d'assurer la protection de la société, car c'est dans ce but que fut instaurée la garde à vue. En fait, l'ultime interrogation que nous pouvons avoir à ce niveau est de savoir si la réglementation dont il question protège suffisamment les libertés individuelles devant les juridictions à caractère spécial. Au regard du renvoi des règles de procédure spéciale au Code de procédure pénale, il est nécessaire d'étudier comment cet instrument cantonne la garde à vue à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général. C'est l'occasion d'effectuer un détour dans la procédure pénale pour examiner d'abord le cantonnement de la garde à vue (A) ainsi qu'une mise en marge dans la garde à vue de certains principes procéduraux (B).

### A- Les insuffisances du cantonnement de la garde à vue tant au niveau de l'objet que des délais

L'article 118 du Code de procédure pénale définit la garde à vue comme suit : « (...) *une mesure de police en vertu de laquelle une personne est, dans le cas d'une enquête préliminaire, en vue de la manifestation de la vérité, retenue dans un local de police judiciaire pour une durée limitée, sous la responsabilité d'un Officier de police judiciaire à la disposition de qui il doit rester* ». Puisqu'il s'agit d'une mesure grave privant un suspect de sa liberté, le législateur a prévu un régime juridique précis en matière de garde à vue.

Bien que cette mesure ait été instaurée par le législateur pour assurer la protection de la société, le Code de procédure pénale la cantonne à ce qui est strictement nécessaire, à la sauvegarde de l'intérêt général. C'est ce qui nous conduit une analyse des limites tant au niveau de l'objet (1) que des délais (2) de la garde à vue.

#### 1- Les limites quant à l'objet de la garde à vue

Les dispositions de l'article 118 Code de procédure pénale entendent délimiter plus strictement la motivation du recours à la garde à vue à travers le rappel des exigences relatives à la recherche de la vérité, c'est-à-dire des éléments de preuve de la commission d'une infraction.

Le cantonnement résultant de ce texte peut cependant sembler en-deçà des exigences d'un État de droit qui érige en principe la non intervention à l'égard des personnes non encore

déclarées coupables. Néanmoins, la seule commission d'une infraction ne devrait donc pas suffire à justifier le recours à la garde à vue. Certes le législateur prévoit que, même en cas de commission d'infraction, la garde à vue n'est pas automatique et qu'elle ne peut pas par exemple être prise à l'encontre d'une personne ayant une résidence connue<sup>3</sup>, mais outre le fait que cette précision ne concerne pas le cas d'infractions flagrantes, on constate même que le concept de résidence connue est si flou qu'il expose la personne poursuivie à l'arbitraire.

Les rédacteurs du Code de procédure pénale camerounais, dans le souci d'écartier cet arbitraire, se doivent de recourir à des règles plus strictes dans le cantonnement de la garde à vue. L'on aurait par exemple pu recourir en s'inspirant du droit comparé aux limites tirées du caractère effectivement nécessaire de la mesure<sup>4</sup>. Une telle approche aurait alors permis compte tenu de la présomption d'innocence qui est un principe qui s'entend de plus en plus comme l'expression d'un droit, de ne porter atteinte aux libertés qu'en cas d'extrême nécessité, d'assurer la protection de la société.

En outre, l'expression « *en vue de la recherche de la vérité* », bien que renvoyant à l'idée de nécessité n'est pas suffisamment précise pour éviter l'arbitraire d'où le recours à une interprétation très restrictive de la notion de nécessité, celle de résidence connue n'étant pas suffisamment claire.

Cette exigence n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle a toujours été incluse dans les législations modernes et occupe une place de choix parmi les principes directeurs du procès pénal, puisqu'elle y fonde les ingérences étatiques. Ainsi qu'il est rappelé en doctrine, « *Dans l'État de droit d'une société démocratique, aucune mesure de contrainte ne peut être prévue ni exercée à l'encontre des personnes et des choses, qui ne soit nécessaire et proportionnel par rapport aux impératifs de l'ordre public et, en l'espèce des investigations de police judiciaire* »<sup>5</sup>.

Dans ces conditions, le souci de sauvegarder les libertés individuelles devra conduire, quand bien même il y'aurait une infraction de commise, à se demander si la vérité pourrait être obtenue dans le recours à la garde à vue. Au cas où cela serait possible, tout recours à la garde à vue deviendrait contraire aux exigences des droits de l'homme car inutile.

<sup>3</sup> Article 118 al. 2 CPP.

<sup>4</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, op. cit., p. 61.

<sup>5</sup> GUNINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 519.

En bifurquant dans le droit comparé, l'on constate qu'en France par exemple, le Conseil constitutionnel a depuis longtemps donné le ton en proclamant la valeur constitutionnelle du principe de nécessité qu'il cumule généralement avec celui de proportionnalité, contraignant ainsi le législateur à le respecter dans la rédaction des normes prévoyant le recours à la contrainte<sup>6</sup>. Page | 215

Au Cameroun, le bloc de constitutionnalité n'étant pas suffisamment dense pour préciser dans tous leurs détails les exigences de nécessité et de proportionnalité, il est à craindre que l'exploitation des formules quelque peu évasives du législateur ne débouche sur l'arbitraire des Officiers de police judiciaire.

En outre, du fait de la contrainte qui en découle, la garde à vue s'apparente, dans ses effets à une peine et une peine n'est légale que dans la mesure où elle est non seulement utile (sens que donne le Code de procédure pénale camerounais) mais aussi et surtout nécessaire et proportionnelle<sup>7</sup>, condition qui ne ressort pas clairement de la nouvelle législation camerounaise. Toutefois, quid du délai de la garde à vue ?

## 2- Les manquements relatifs au délai de la garde à vue

La garde à vue étant une mesure coercitive intervenant avant tout jugement, donc contre personne présumée innocente, elle doit être la plus brève possible car, au cas où l'on ne parviendrait pas à prouver la culpabilité du mis en cause, on se retrouverait devant une décision très grave parce que constituant une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux<sup>8</sup>.

C'est la raison pour laquelle appréciant cette mesure au regard des droits de l'homme, l'on a toujours mis en avant les principes de nécessité et proportionnalité. D'ailleurs, une garde à vue n'est légale que dans la mesure où elle est nécessaire. Elle doit donc durer juste le temps nécessaire à la manifestation de la vérité. Sur ce point, la situation ancienne présentait beaucoup de lacunes. Alors, se pose la question de savoir si l'entrée en vigueur du CPP est de nature à remédier à cette situation.

---

<sup>6</sup> Cons. Const., 12 janvier 1977, déc. n°76-75, DC relative à la fouille des véhicules ; 19 et 20 janvier 1981, déc. n°80-127, DC relative à la loi « sécurité et liberté ». V. également, BUISSON (J.), « Le placement en garde à vue », *RSC.*, 2001, pp. 671-675.

<sup>7</sup> Sur la place réservée à ces principes en droit pénal camerounais, V. SPENER YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *RSC.*, pp. 153-156.

<sup>8</sup> Sur cette question, V. MM. Mottet : Les délais en matière d'arrestation et de détention préventive en Belgique au regard de l'article 5 de la CEDH, *RSC.*, 1989, pp. 27-28 ; BOULOC (B.), « Les délais de la garde à vue et de détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RSC.*, 1989, pp. 69-74.

En réalité, à partir du moment où on ne sait pas quel est le point de départ du délai de la garde à vue, il est difficile de respecter les délais prescrits. Comme nous l'apprend Solange NGONO « *beaucoup de suspects passent très souvent des semaines, voire des mois en cellule, les OPJ n'ayant pas une obligation de notification ou de computation de délai* »<sup>9</sup>. Une telle situation constitue certainement une atteinte aux libertés fondamentales et c'est la raison pour laquelle le CPP a prévu des aménagements.

Le régime institué par le CPP est ambivalent car il rassure et inquiète en même temps. Il rassure dans la mesure où contrairement au système issu du CIC, on sait désormais quand commence la garde à vue. Le problème de la computation des délais ne se posera donc plus. En effet, l'article 121 est clair sur cette question lorsqu'il précise que : « *le délai de la garde à vue court à partir de l'heure à laquelle le suspect se présente ou est conduit dans les locaux de la police ou de la brigade de gendarmerie. Cette heure est mentionnée dans le registre de la main courante et au procès-verbal d'audition* ». On peut donc espérer une avancée significative, car cette solution permet de mettre fin à l'arbitraire des OPJ<sup>10</sup>.

À l'inverse, ce régime est un aspect qui inquiète également. La première conséquence est que la garde à vue est une mesure prise par l'OPJ. La deuxième conséquence est que le Commissaire du Gouvernement n'intervient dans ce régime que pour un renouvellement et incidemment pour mettre un terme à la garde à vue en cas de non renouvellement. Sur ces deux premiers aspects au moins, le législateur est resté constant et a conservé comme pour toutes les autres infractions, les pouvoirs de chaque autorité (OPJ et Commissaire du Gouvernement) dans le cadre de cette mesure privative de liberté. La troisième conséquence est que la garde à vue peut être renouvelée *ad vitam aeternam* et n'est donc pas limitée dans le temps. Ce pouvoir à caractère exceptionnel a été voulu ainsi par le législateur au regard de la gravité des faits et à la recherche des indices.

La quatrième conséquence est qu'il s'agit d'un régime dérogatoire au droit commun qui n'a rien à voir avec celui d'une garde à vue normale par le Code de procédure pénale. Cela implique sur le plan pratique, qu'un individu peut être placé sous le régime de la garde à vue normale, puis sous celui de la garde à vue pour terrorisme si des indices sont prouvés dans le sens de cette infraction. Ainsi, un suspect pourrait faire 08 (huit) jours maximums de garde à

<sup>9</sup> NGONO (S.), *Le procès pénal camerounais au regard des exigences de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., p. 338.

<sup>10</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, op. cit., p. 69.

vue normale plus 15 (quinze) jours minimums de la garde à vue pour terrorisme et éventuellement plus en cas de renouvellement.

Apprécié au regard du principe de célérité souvent appelé au plan international et du respect d'un délai raisonnable prescrit par la Charte africaine des droits de l'homme, l'on peut dire que les délais du CPP sont trop longs et par conséquent contraires aux principes directeurs d'un procès pénal moderne tel que décrit au regard de la nécessité d'assurer le droit à la sécurité des citoyens<sup>11</sup>.

Page | 217

Certes, contrairement aux pays développés, les Etats d'Afrique en général et le Cameroun en particulier connaissent des difficultés liées à l'enclavement de certaines zones, toutefois, le délai de 48 heures renouvelable trois fois<sup>12</sup> semble difficile à soutenir, surtout que le législateur a pris la peine de régler le problème de distance en ajoutant un délai de 24 heures par 50 km<sup>13</sup>. De plus, l'on regrettera que la distance prise en considération soit plutôt celle séparant le lieu d'arrestation du local de police ou de gendarmerie et non la distance séparant le lieu d'arrestation du parquet territorialement compétent. Ce qui constitue un véritable problème pour le justiciable.

### **B- Une garde à vue en marge du respect du délai raisonnable et du principe de célérité**

Devant les juridictions d'exception en cas d'infraction commise, les exigences du respect du délai raisonnable et de l'accélération de la procédure dans le cadre de la garde à vue connaissent une éviction portant ainsi atteinte aux libertés fondamentales du mis en cause. Il s'agit d'une hypothèse de renouvellement illimité de la garde à vue par devant le Tribunal militaire (1) et une prolongation des délais de celle-ci au niveau du Tribunal criminel spécial (2).

#### **1- Le renouvellement illimité de la garde à vue devant le Tribunal militaire**

Le législateur a opté pour certains délais en fonction du contexte d'adoption des lois<sup>14</sup>. Le caractère visiblement extensible du temps de privation de liberté lors de la garde à vue

<sup>11</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, *idem*.

<sup>12</sup> Article 119 al. 2, a et b.

<sup>13</sup> Article 120 CPP.

<sup>14</sup> OLINGA (A. D.) (dir.), *Justice militaire et lutte contre le terrorisme au Cameroun*, Yaoundé, L'Harmattan, 2022, pp. 119-120.

semble en adéquation avec les difficultés pratiques auxquelles font face les Officiers de Police Judiciaire.

Le droit à la liberté protège le mis en cause contre toute arrestation ou détention arbitraire. Ce droit fondamental protège également le mis en cause contre les atteintes à sa liberté physique. Il lui assure non seulement son droit de se défendre sans être privé de liberté, mais aussi, s'il est privé de liberté, que cette privation ne soit pas indéterminée et arbitraire. Toutefois, la garantie du droit à la sûreté du mis en cause présente des insuffisances qui relativisent son respect.

Par ailleurs certaines situations, sources d'allongement de délai de procédure pourraient être perçues dans le difficile accès à certaines zones et rendraient plus complexes les investigations pour les Officiers de Police Judiciaire. Quelquefois, il faut se rendre en montagnes pour traquer les coauteurs, dans les zones enclavées pour faire avancer l'enquête. D'autres aléas comme la peur des populations ne participent pas à la facilitation de l'enquête. Ainsi, convaincre les populations à coopérer alors que celles-ci ont la peur des représailles n'est pas aisée. Ces quelques aspects évoqués imposent généralement que le suspect soit toujours privé de sa liberté et entraîne conséquemment une privation de liberté un peu plus longue. La même grille de lecture est opérante dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest. Dans le sens de cette idée, le professeur Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA pense que la durée illimitée de la garde à vue peut se justifier par le caractère *sui generis* de l'infraction terroriste<sup>15</sup>. Le professeur SPENER YAWAGA quant à lui corrobore cet état de fait en justifiant les délais querellés par la complexité des affaires et le caractère souvent international des affaires qui, notamment dans le cadre de la lutte anti-terroriste, peuvent obliger les Officiers de Police Judiciaire à procéder à des investigations lointaines<sup>16</sup>.

Pour certaines matières relevant de la compétence du Tribunal militaire, le législateur a cru utile de prévoir des durées particulières. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 11 de la loi n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme, « *le délai de la garde à vue est de quinze (15 jours) renouvelable sur autorisation du Commissaire du Gouvernement* ». Ce délai évoque immédiatement la durée que le législateur du 19 décembre 1990 avait prévue en matière de maintien de l'ordre dont l'article 2 de la loi n°90/054 permet

<sup>15</sup> MONEBOULOU MINKADA (H. M.), « La loi portant répression des actes de terrorisme au Cameroun », *droit international, droits nationaux et lutte contre le terrorisme en Afrique*, Acte du Colloque international organisé par le département de droit international de l'IRIC, Yaoundé, les 8, 9 et 10 juin 2016, Yaoundé, Presses de l'UCAC, octobre 2017, p. 553.

<sup>16</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise, op. cit.*, p. 67.

aux autorités administratives toujours dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre à « prendre des mesures de garde à vue d'une durée de 15 jours renouvelable dans le cadre de la lutte contre le grand banditisme »<sup>17</sup>.

Au demeurant, le caractère problématique de la garde à vue en matière de terrorisme réside dans l'incertitude (garantie par le législateur) du nombre de jours, qu'un suspect pourrait être privé de sa liberté au stade de l'enquête préliminaire. Pour BIKIE Roland, l'instrumentalisation du droit pénal dans la lutte contre le terrorisme semble avoir franchi le rubicond<sup>18</sup>. Il estime que l'analyse de l'article 11 de la loi de 2014 révèle l'institution d'une privation de liberté illimitée car aucune précision n'est faite sur le nombre de renouvellements autorisés<sup>19</sup>. Ce qui pourrait faire durer la procédure.

Tout comme ce dernier délai en effet, le législateur a uniformément fixé un délai plancher de 15 jours. Bien plus, il n'a pas cru utile de limiter le nombre de renouvellement admis pour la procédure. D'ailleurs, considérant qu'aux termes des 15 premiers jours de garde à vue décidés par les Officiers de police judiciaire militaire, d'autres renouvellements peuvent indéfiniment avoir lieu sur autorisation du Commissaire du Gouvernement. Il s'en suit qu'en réalité la durée de la garde à vue pour des personnes suspectées de terrorisme n'est pas limitée dans le temps en droit camerounais<sup>20</sup>.

Cet état de chose trouve son explication dans la complexité des affaires et par le caractère très souvent international des faits qui, notamment dans le cadre de la lutte antiterroriste, peut obliger les Officiers de police judiciaire à procéder à des investigations lointaines. En outre de toute évidence, la durée de la garde à vue en matière de terrorisme sera celle prévue par l'article 11 de la loi n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des acteurs de terrorisme étant donné le caractère spécial de la loi sur le terrorisme. Il demeure donc que cet allongement illimité du délai de la garde à vue par devant le Tribunal militaire est

---

<sup>17</sup> V. KITIO (V. E.), « La garde à vue administrative pour grand banditisme et le respect des droits de l'homme au Cameroun (Application de la loi n°90/054 du 19 décembre 1990) sur le maintien de l'ordre », *Juridis-Périodique*, n°30, 1997, p. 7.

<sup>18</sup> BIKIE (F. R.), « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *La revue des droits de l'homme*, 11/2017, p. 11.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> BIKIE (F. R.), « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *La Revue des Droits de l'homme*, 11, 2017, p. 11. ; BELBARA (B.), «Le terrorisme comme source de crises humanitaires. À propos de la loi camerounaise n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme » in SPENER YAWAGA (dir.), *Crises humanitaires et responsabilités*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 271-302.

considéré comme trop long et par conséquent contraire aux principes directeurs du procès pénal moderne.

## 2- Une garde à vue prolongée devant le Tribunal criminel spécial

En vue de mieux appréhender le problème de l'élasticité de la garde à vue, on convoquera les dispositions de l'article 119 (2) du CPP utilise une formule de rédaction qui par elle-même, alimente la controverse. D'après cette disposition, « a) le délai de la garde à vue ne peut excéder quarante-huit heures renouvelables une fois. b) Sur autorisation écrite du Procureur de la République (général), ce délai peut, à titre exceptionnel, être renouvelé deux fois. c) Chaque prorogation doit être motivée... ». Dès lors, il se dégage de cet article, que le Code de procédure pénale semble précis à ce sujet.

La garde à vue étant une mesure coercitive intervenant avant tout jugement, donc contre une personne présumée innocente, elle doit être la plus brève possible, car au cas où l'on ne parviendrait pas à prouver la culpabilité du mis en cause, on se retrouverait devant une décision très grave, parce que constituant une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux de la personne. C'est la raison pour laquelle, appréciant cette mesure au regard des droits de l'homme, l'on a toujours mis en avant les principes de nécessité et de proportionnalité.

Par conséquent, une garde à vue n'est légale que dans la mesure où elle est nécessaire. Autrement dit, elle doit durer juste le temps nécessaire à la manifestation de la vérité. A ce niveau, la situation actuelle présente beaucoup de lacunes. Se pose alors la question de savoir si l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale a été de nature à remédier à cette situation<sup>21</sup>.

Contrairement au droit ancien où le début de la garde à vue n'était pas connu, le Code de procédure pénale prévoit de nos jours une durée de 48 heures renouvelable une fois par l'Officier de Police Judiciaire lui-même et ce n'est que pour le deuxième renouvellement qu'il sera tenu de s'adresser au Procureur de la République<sup>22</sup>. Le premier renouvellement étant l'œuvre de l'Officier de Police Judiciaire lui-même, il est permis de dire que la durée de la garde à vue est en réalité de 96 heures.

Apprécié au regard du principe de célérité souvent rappelé au plan international et du respect du délai raisonnable prescrit par la Charte africaine des droits de l'homme de 1979, l'on peut dire que les délais de ce code sont trop longs et par conséquent contraires aux principes

<sup>21</sup> BELBARA (B.), *Le temps dans le procès contribution à l'étude de la célérité de la procédure pénale en droit camerounais*, op. cit., p. 67.

<sup>22</sup> Article 119 CPP.

directeurs d'un procès pénal moderne tel que décrit au regard de la nécessité d'assurer le droit à la sécurité des citoyens<sup>23</sup>.

Certes contrairement aux pays développés, les États africains en général et le Cameroun en particulier connaissent des difficultés liées à l'enclavement de certaines zones. Cependant, le délai de 48 heures renouvelable deux fois<sup>24</sup> semble difficile à respecter compte tenu de ce que le législateur a pris la peine de régler le problème de distance en ajoutant un délai de 24 heures par 50 km<sup>25</sup>. En fait, cette résolution permettra au justiciable le plus éloigné d'accéder au lieu où il a été convoqué.

Ainsi, il se trouve que le législateur pénal n'a pas défini la durée de la garde à vue du suspect lorsqu'il se trouve déjà déféré devant le procureur. Étant entendu que la poursuite parfois n'est pas automatique, il peut se trouver que l'enquête n'a pas été entièrement menée et qu'il faille la compléter.

En réalité, cette navette n'est pas de nature à protéger la liberté du suspect. Il arrive que le suspect fasse autant de jours que prévus en garde à vue à cause de cette pratique même si cela est nécessaire pour l'enquête<sup>26</sup>. Le suspect « *se trouve à cheval entre la légalité et l'illégalité ou entre la garde à vue et la détention arbitraire* »<sup>27</sup>. Or le Code de procédure pénale se veut un code qui « *chante en majeur* » la liberté.

Ainsi, pour éviter la longévité de la privation de liberté du suspect, un auteur a proposé que le législateur règlemente « *la garde à vue sur soit faire retour du parquet, de sorte à la canaliser dans les délais déterminés* »<sup>28</sup>. Plus précisément, en guise d'essai de solution, nous préconisons une réglementation du temps d'un complément d'enquête ainsi que le nombre de compléments d'enquête qu'on peut prescrire à l'occasion d'une enquête. Par ailleurs, le législateur pourrait délimiter la durée du complément d'enquête à 48 heures. Il pourra également prévoir que le procureur général ne peut prescrire qu'au plus deux (02) compléments d'enquête dans une même affaire. En délimitant ainsi le temps, le procureur sera plus diligent

<sup>23</sup> BELBARA (B.), *Le temps dans le procès contribution à l'étude de la célérité de la procédure pénale en droit camerounais, op. cit.*, p. 122.

<sup>24</sup> Article 119 al. 2, a et b.

<sup>25</sup> Article 120 CPP.

<sup>26</sup> Dans l'affaire NLEP A POLNYEMB Roger Georges Junior c/ Ministère Public et État du Cameroun (MINEPAT), le suspect avait passé 15 jours en garde à vue c'est-à-dire du 03 avril au 08 avril ensuite, du 08 avril au 19 avril 2016.

<sup>27</sup> KITIO (E.), *Les délais en procédure pénale camerounaise : entre célérité et droit à un procès équitable, op.cit.*, p.109.

<sup>28</sup> *Idem.*

dans les enquêtes et il respectera les droits et libertés du suspect. Toutefois, qu'en est-il des garanties des droits du suspect placé en garde à vue ?

## II - LES INSUFFISANCES RELATIVES À LA GARANTIE DES DROITS DU SUSPECT PLACÉ EN GARDE À VUE

Page | 222

Selon le Code d'Instruction Criminelle de 1808, la pratique policière optait généralement pour la méconnaissance des libertés individuelles. Cependant, la démarche du législateur de 2005 a consisté à faire de la garde à vue une mesure très exceptionnelle, puis à assimiler à certains égards, la phase des enquêtes à celle de l'instruction. Soucieux de ne pas consacrer les atteintes excessives aux libertés individuelles, le législateur a procédé au cantonnement de la garde à vue. Cette démarche nous a conduits à déceler les insuffisances relatives aux droits du suspect lorsqu'il est placé en garde à vue. D'ailleurs, cette situation favorise un examen du contrôle de la garde à vue pour les crimes commis (A). Malgré cela, le droit pour le suspect d'être assisté par un avocat continue de susciter des inquiétudes à cette phase de la procédure (B).

### A- Le contrôle de la garde à vue à l'occasion des crimes commis devant les juridictions d'exception

La garde à vue selon l'article 118 Code de procédure pénale ayant pour objectif la retenue du suspect d'un crime dans les locaux de la police judiciaire en vue de la manifestation de la vérité, se voit mal appliquée dans la pratique ; ce qui conduit à un déplacement de cet objectif allant de la surveillance oculaire simple à l'interrogatoire (1) marqué par le non-respect des principes de nécessité et de proportionnalité (2) par les Officiers de police judiciaire.

#### 1- De la surveillance oculaire à l'interrogatoire

Dans une société démocratique, priver une personne de la liberté physique constitue une atteinte particulièrement grave à la liberté individuelle. Cependant, il existe certaines circonstances où policiers et magistrats peuvent légitimement attenter à la liberté des individus. Ces atteintes ne sont alors admises que pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi<sup>29</sup>.

Il est connu de manière littérale en s'appuyant sur les propos d'un auteur que la garde à vue « *consiste à surveiller de l'œil une personne qui a été priée de ne pas s'éloigner*

---

<sup>29</sup> Article 7, al. 1<sup>er</sup> du Pacte de l'O.N. U relatif aux droits civils et politiques ; article 6, al. 1<sup>er</sup> de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; préambule de la Constitution.

momentanément des locaux de la police ou de la gendarmerie »<sup>30</sup>. Alors, si l'on se réfère à la logique des mots, la garde à vue devrait se borner à cette surveillance oculaire. Mais la police et la gendarmerie ont toujours mis à profit la présence forcée du suspect dans les locaux pour procéder à un interrogatoire. Cet interrogatoire qui est destiné à provoquer l'aveu, est dans la majorité des cas, la raison d'être même de cette opération. L'institution a donc dégénéré et la garde à vue est devenue ce qu'un autre auteur a appelé « la garde à l'ouïe »<sup>31</sup> d'où le déplacement de l'objet de la garde à vue.

L'article 118 (2) du code ci-dessus énonce les circonstances dans lesquelles l'Officier de Police Judiciaire peut placer un suspect en garde à vue. En fait, cette disposition de la loi édicte : « toute personne ayant une résidence connue ne peut, sauf cas de crime ou de délit flagrant et s'il existe contre elle des indices graves et concordants, faire l'objet d'une mesure de garde à vue ». De cette disposition, deux circonstances justifiant une garde à vue sont révélées : la garde à vue en cas de crime et délit flagrant (art. 124-1 CPP) et la garde à vue pour les infractions non flagrantes.

Bien que les deux circonstances se retrouvent dans le même article du Code de procédure pénale, elles sont indépendantes l'une de l'autre. En d'autres termes, la garde à vue en cas de crime et délit flagrant n'est pas conditionnée par l'existence des indices concordants contre la personne, ni par le fait que la personne ne devrait pas avoir de résidence connue. L'absence de résidence connue ou l'existence des indices accablants ne sont pas les seuls facteurs à prendre en compte avant d'ordonner la garde à vue du suspect. D'autres paramètres influencent la décision de la garde à vue<sup>32</sup>. Toute personne ayant une résidence connue et qui commet qu'un crime ou délit flagrant peut donc faire l'objet d'une mesure de la garde à vue.

Selon la seconde circonstance, si une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction et que cette dernière n'a pas été commise *flagrante delicto*, s'il existe contre elle des indices accablants, elle peut toujours faire l'objet d'une mesure de garde à vue et même si elle a un domicile connu<sup>33</sup>. L'on voit clairement que la garde à vue n'est donc pas pratiquée par rapport aux exigences internationales. Ce qui porte malheureusement atteinte aux garanties du mis en cause.

<sup>30</sup> MERLE (R.), « La garde à vue », 1969, II, Doctr., p. 18.

<sup>31</sup> MERLE (R.), « Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue », 12<sup>ème</sup> Journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, Poitiers, 1969, p. 19.

<sup>32</sup> FONKWE FONGANG (J.) et EWARE ASHU, *Pratique de la procédure pénale au Cameroun, op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

## 2- La non observation des principes de nécessité et de proportionnalité pour la pratique de la garde à vue par les OPJ

Les objectifs visés par la garde à vue semblent être clairement indiqués au premier alinéa de l'article 118 Code de procédure pénale qui précise que la garde à vue est instituée « ...*en vue de la manifestation de la vérité* ». En d'autres termes, ainsi que le précise cet article, il s'agit d'une mesure ne pouvant être ordonnée que dans le cadre d'une enquête ; ce qui renvoie implicitement à l'existence d'une infraction commise.

D'ailleurs, la seule commission d'une infraction ne devrait donc pas suffire pour justifier le recours à la garde à vue par les autorités de poursuite. Certes, le législateur prévoit que même en cas de commission d'infractions, la garde à vue n'est pas automatique et qu'elle ne peut par exemple pas être prise à l'encontre d'une personne ayant une résidence connue<sup>34</sup>. Cependant, outre le fait que cette précision ne concerne pas le cas d'infractions flagrantes, il ressort que le concept même de « *résidence connue* » est si flou qu'il risque devenir source d'arbitraire des autorités chargées des investigations et par conséquent creuset des mesures disproportionnées<sup>35</sup>.

La présomption d'innocence s'entend de plus en plus comme l'expression d'un droit de ne porter atteinte aux libertés qu'en cas d'extrême nécessité ou celle d'assurer la protection de la société. L'expression « *en vue de la recherche de la vérité* », bien que renvoyant à l'idée de nécessité, n'est pas suffisamment précise pour éviter l'arbitraire. Dans ces conditions, le souci de sauvegarder les libertés individuelles devra conduire à se demander si la vérité pourrait être obtenue sans le recours à la garde à vue.

En faisant un détour dans le droit français, soulignons que le Conseil Constitutionnel a depuis longtemps donné le ton en proclamant la valeur constitutionnelle du principe de nécessité qu'il cumule généralement avec celui de proportionnalité, contraignant ainsi le législateur à le respecter dans la rédaction des normes prévoyant le recours à la contrainte<sup>36</sup>. En effet, de la contrainte qui en découle, la garde à vue s'apparente dans ses effets à une peine. Et une peine n'est légale que dans la mesure où elle est non seulement utile, mais aussi et surtout

<sup>34</sup> Article 118 al. 2.

<sup>35</sup> SPENER YAWAGA, « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais in Jeanne Claire MEBU NCHIMI (dir.), *Le droit pluriel, Mélanges en hommage au doyen Stanislas MELONE*, PUF, 2018, p. 959.

<sup>36</sup> Cons. Const. 12 janv. 1977, déc. n° 76-75 DC relative à la fouille des véhicules ; 19 et 20 janv. 1981, déc. N°80-127, DC. Relative à la loi « sécurité et liberté ». V. également BUISSON (J.), « Le placement en garde à vue », *RSC*, 2001, p. 671.

nécessaire et proportionnelle<sup>37</sup> ; ce que malheureusement le législateur camerounais n'a pas prévu dans ses textes.

Pour ce qui est du domaine de la garde à vue, législateur camerounais a donc adopté une conception plus réaliste en admettant formellement le recours à la garde à vue dans le cadre des deux types d'enquête<sup>38</sup>. La recherche de la vérité inhérente à l'activité de la police judiciaire justifie bien cette extension.

Par ailleurs, la seule véritable limite relative aux infractions est donc la nature contraventionnelle de celle-ci<sup>39</sup>. De plus, l'étude des textes relatifs aux enquêtes nous amènés à dire que la distinction des infractions flagrantes des autres est parfois artificielle et souvent soumise à l'appréciation discrétionnaire des Officiers de Police Judiciaire, véritables fiefs des atteintes arbitraires aux libertés individuelles.

La non observation des principes de nécessité et de proportionnalité se manifeste également au niveau des personnes pouvant faire l'objet d'une garde à vue devant les juridictions d'exception. En fait, compte tenu de l'ambiguïté des termes utilisés par le législateur au sujet de la garde à vue, se pose alors avec acuité le problème du choix de sa véritable définition. Alors, considérée comme simple mise à disposition des personnes, il y'a élargissement du champ d'application de cette mesure. Vue plutôt comme une privation de liberté, il y'a une sorte de restriction du champ de la mesure aux seules personnes suspectées. Mais en garantissant le respect des libertés individuelles, cette mesure peut dans certains cas conduire au laxisme et méconnaître ainsi le principe de proportionnalité. Par conséquent, cette latitude risque en effet déboucher sur un arbitraire préjudiciable aux libertés individuelles comme elle le sera dans l'appréciation du concept de « *résidence connue* » telle que prévue à l'article 118 du Code de procédure pénale<sup>40</sup>.

En ce qui concerne les délais de la garde à vue, cette dernière apparaissant comme une mesure coercitive intervenant avant tout jugement contre une personne présumée innocente, doit être la plus brève possible, car au cas où l'on ne parviendrait pas à prouver la culpabilité du mis en cause, on se retrouverait devant une décision très grave, parce que constituant une

<sup>37</sup> Sur la place réservée à ces principes en droit pénal camerounais, V. SPENER YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *RSC.*, 2001, pp. 353-354.

<sup>38</sup> V. BLONDET (M.), L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale, *JCP*, 1959, I-1513.

<sup>39</sup> Ce qui semble logique et conforme au souci de protection des droits de l'homme car il serait anormal de procéder à la garde à vue d'une personne ayant commis des faits punis des peines d'amende ou d'emprisonnement de très courte durée.

<sup>40</sup> SPENER YAWAGA, « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais », *op. cit.*, p. 962.

atteinte injustifiée aux droits fondamentaux<sup>41</sup> du suspect. C'est pour cela que les principes de nécessité et de proportionnalité sont toujours convoqués. Pour ce faire, la garde à vue doit donc durer juste le temps nécessaire à la manifestation de la vérité. Cependant, il existe des domaines où la législation camerounaise présente des solutions pouvant être considérées comme disproportionnées. On peut illustrer cette idée par les enquêtes en matière de terrorisme où l'article 11 de la loi n°2014/028 prévoit un délai de quinze (15) jours renouvelable sur autorisation du Commissaire du Gouvernement. Cet état de chose fait observer que nous sommes en présence d'une législation contraire aux exigences du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques de décembre 1966<sup>42</sup> et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples<sup>43</sup> de 1979.

## **B- Les contours ennuyeux de l'assistance du conseil en garde à vue**

La personne soupçonnée d'actes de terrorisme ou de crime financier bénéficie des droits qui doivent lui être notifiés par l'Officier de Police Judiciaire civil ou militaire « *dès l'ouverture de l'enquête préliminaire et ce, à peine de nullité* » de la procédure. Il s'agit du droit à l'assistance d'un conseil (1) qui, malheureusement inquiète au niveau de ses contours (2).

### **1- Le caractère facultatif de la constitution d'avocat devant le Tribunal criminel spécial**

L'article 37 du Code de procédure pénale conforte le bénéficiaire d'un conseil en accordant au suspect la possibilité de réunir toutes les facilités raisonnables en vue de préparer sa défense<sup>44</sup>. L'avocat est à cet effet témoin de la régularité de la procédure et de la correction des actes, on peut dire qu'il « *est moins question de sa présence que de son assistance* »<sup>45</sup>. Mais en pratique, l'avocat sollicité ne peut intervenir à ce stade que s'il est constitué<sup>46</sup>. L'avocat doit consentir à sa désignation ou manifestation de son indépendance. Lorsqu'il acceptera sa désignation on parlera de « *constitution conventionnelle* ». Au stade policier, pour une affaire

<sup>41</sup> BOULOC (B.), « Les délais de la garde à vue et de détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RSC*, 1989, p. 69.

<sup>42</sup> Ratifié par le Cameroun le 27 juin 1984, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques reconnaît à toute personne accusée d'une infraction à la loi pénale le droit d'être « jugé (e) sans retard excessif », et à disposer du « temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » (art. 14 §3).

<sup>43</sup> Ratifié le 20 juin 1988, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples reconnaît, à l'article 7 (1d), le droit à toute personne d'être « jugé (e) dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale ».

<sup>44</sup> Aux termes de cette disposition, « Toute personne arrêtée bénéficie de toutes les facilités raisonnables en vue d'entrer en contact avec sa famille, de constituer un conseil (...) ».

<sup>45</sup> ETEME ETEME (S.-P.), La protection du suspect dans le Code de procédure pénale, Mémoire de master II DHAH UCAC, 2006/2007, p. 43.

<sup>46</sup> V. à cet effet, WANDA KOUKEM (A.), La constitution d'avocat en droit camerounais, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, FSJP, 2004/2005, p. 24.

conduite devant le Tribunal criminel spécial, la constitution d'avocat reste facultative. Dès l'ouverture de l'enquête préliminaire, le suspect peut simplement par un coup de fil appeler son avocat. Devant le corps spécialisé des Officiers de Police Judiciaire, le « conseil » ne pourra être qu'un avocat, d'autant plus qu'il a le monopole de la représentation des parties devant la juridiction du Tribunal criminel spécial<sup>47</sup>.

Devant le corps spécialisé des Officiers de Police Judiciaire, l'avocat assiste le suspect gardé à vue. L'intervention d'un conseil réduit considérablement les violations des droits de l'homme. Pour le Doyen SPENER YAWAGA, le droit à l'entretien avec un avocat « constitue la plus importante innovation résultant de l'extension en amont des droits de la défense »<sup>48</sup>. La doctrine<sup>49</sup> relève que cette assistance devrait être effectuée dès le premier instant de la détention, elle ne peut être utile et influencée sur l'issue de la procédure que si elle s'exerce au début.<sup>50</sup> C'est une garantie permettant au suspect arrêté de mieux se préparer face aux interrogatoires futurs du corps spécialisé des Officiers Policier Judiciaire.

Il faudrait cependant souligner que la seule admission de l'avocat à l'enquête préliminaire est déjà bénéfique pour le suspect. Le fait pour lui de pénétrer dans les locaux du corps spécialisé des Officiers Police Judiciaire peut fournir au suspect un réconfort moral qui, dans cette circonstance s'avère décisif. L'assistance est une mission de conseil et de défense du plaideur. En réalité, l'assistance dont bénéficie le suspect se résume à l'assistance psychologique et juridique.<sup>51</sup>

En temps normal, l'assistance de l'avocat doit être une nécessité pour son équilibre psychologique lors du procès. Cependant, cette option reste facultative devant le Tribunal criminel spécial. De ce fait, l'assistance du conseil à la garde à vue demeure complexe dans les affaires relatives aux prévarications financières.

En réalité, toute personne gardée à vue doit disposer des moyens raisonnables pour se faire assister d'un conseil, prendre les dispositions pour assurer sa défense ainsi que des mesures nécessaires pour obtenir sa libération. Lesdits moyens raisonnables supposent que l'Officier de

<sup>47</sup> PACHA NKOUCIHO (C.), *Les droits de la défense devant le Tribunal criminel spécial au Cameroun*, op. cit., p. 272.

<sup>48</sup> SPENER YAWAGA, « La garde à vue », op.cit., p. 75.

<sup>49</sup> BOKALLI (V. E.), « La protection du suspect dans le Code de procédure pénale », in RASJ, vol. 4, n° 1, 2007, p. 18 ;

<sup>50</sup> LARGUIER (J.), *Procédure pénale*, Paris, D., 18<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 65.

<sup>51</sup> V. ONGOLO FOE (J. E.), « L'assistance juridique de la personne interpellée par les officiers de police judiciaire dans le Code de procédure pénale », in BOUKOUGOU Jean Didier (dir.), *Humanité et liberté en Afrique centrale*, T.II PUCAC.

Police Judiciaire permette au suspect d'avoir accès à des documents et autres pièces pouvant être utiles à sa cause. Il peut s'agir d'accompagner le suspect à l'endroit où il entend se procurer des documents ou pièces ou l'accompagner pour effectuer des opérations bancaires en vue de préparer sa défense<sup>52</sup>. Le suspect a également le droit de faire en sorte que l'enquête ne soit pas uniquement à charge et doit être permis d'appeler des témoins pour faire des déclarations à décharge. Malheureusement, toutes ces garanties ne sont pas prises en compte devant le Tribunal criminel spécial du fait de son caractère dérogoire. Ce qui engendre une atteinte considérable aux libertés du suspect en garde à vue. Quid de cette assistance devant le Tribunal militaire ?

## 2- Le doute autour du recours effectif à un conseil devant le Tribunal militaire

L'article 11 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de justice militaire camerounais dispose : « [...] les enquêtes sont effectuées par les officiers de police judiciaire conformément aux règles du Code de procédure pénale ». Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 116 alinéa 3 du Code de procédure pénale camerounais, la personne suspectée notamment d'actes de terrorisme a droit de se faire assister d'un conseil. Il s'agit d'une principale innovation du Code de procédure pénale camerounais au niveau des enquêtes de police. En effet, l'enquête de police a pour finalité d'obtenir des aveux qui débouchent sur l'exercice des poursuites. Il est préférable pour les enquêtes que les entretiens avec le suspect aient lieu en tête en tête<sup>53</sup>. L'avocat est parfois considéré comme la bête noire des enquêteurs, car il vient perturber le déroulement des investigations à un moment crucial<sup>54</sup> de la procédure. La personne suspectée d'actes de terrorisme, privée de ses repères sera déstabilisée puisque se retrouvant à la limite seule. Il est susceptible d'avouer, voire de dénoncer ses coauteurs ou ses complices. Dans ces conditions, il est fort probable qu'il se mette à avouer des faits qu'il n'aurait peut-être même pas commis<sup>55</sup>. C'est pourquoi théoriquement on admet la présence de l'avocat à ce stade des enquêtes de police.

Toutefois, en matière de terrorisme, le droit à l'assistance d'un conseil est loin d'être efficace puisque malgré sa notification par l'officier de police à la personne suspectée d'actes relevant du terrorisme, celle-ci y renonce souvent. D'ailleurs, avec l'urgence qui anime la lutte contre le terrorisme, on doute du recours effectif à un conseil dans cette phase procédurale. Ainsi compte tenu de la célérité dans le traitement des affaires relevant du terrorisme, on

<sup>52</sup> FONKWE FONGANG (J.) et EWARE ASHU, *Pratique de la procédure pénale au Cameroun*, op. cit., p. 53.

<sup>53</sup> BOKALLI (V.-E.), « La protection du suspect dans le Code de procédure pénale », op. cit., p. 17.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> SAWAWA (S.), *La protection pénale des personnes poursuivies pour actes de terrorisme en droit camerounais*, op.cit., p. 31.

constate avec amertume que : l'avocat intervient véritablement à partir de la comparution de la personne accusée devant le Tribunal militaire. Cette situation crée un biais dans le respect des droits fondamentaux du suspect. Toutefois, toute violation de ces droits est répréhensible.

### **Conclusion**

Traiter de la garde à vue est une activité délicate dans la mesure où elle conduit à la privation de la liberté d'aller et venir d'un mis en cause avant tout jugement. Elle est une pratique policière initiée dans le cadre de l'enquête préliminaire en vue de la manifestation de la vérité. Considérée comme une pratique très ancienne dont la nécessité et l'utilité ne souffraient d'aucune contestation, de nos jours, elle met en mal les droits de la défense dans les procédures dérogatoires. C'est ainsi que le cantonnement de la garde à vue connaît des limites tant au niveau de l'objet que des délais et ne respecte pas les principes de délai raisonnable et de célérité. D'ailleurs, ces insuffisances s'observent également au niveau de la garantie des droits du suspect placé en garde à vue en mettant en exergue par exemple les contours ennuyeux de l'assistance du conseil en garde à vue.

Pour remédier à cette situation, un respect scrupuleux des exigences internationales doit être de mise ; cela passe par une répression appropriée qui malheureusement est en proie à un laxisme des pouvoirs publics camerounais et qui demeure perfectible.

## Le contrôle de l'activité des établissements de microfinance de la 1<sup>ère</sup> catégorie en zone CEMAC

*The control of the activity of the first-class microfinance establishments in the CEMAC zone*

Par : Page | 230

**SABOUA Daniel Wilfried**

Docteur en droit des affaires,

Greffier Principal en service au Tribunal de Grande Instance du Diamaré à Maroua  
(Cameroun)

### **Résumé :**

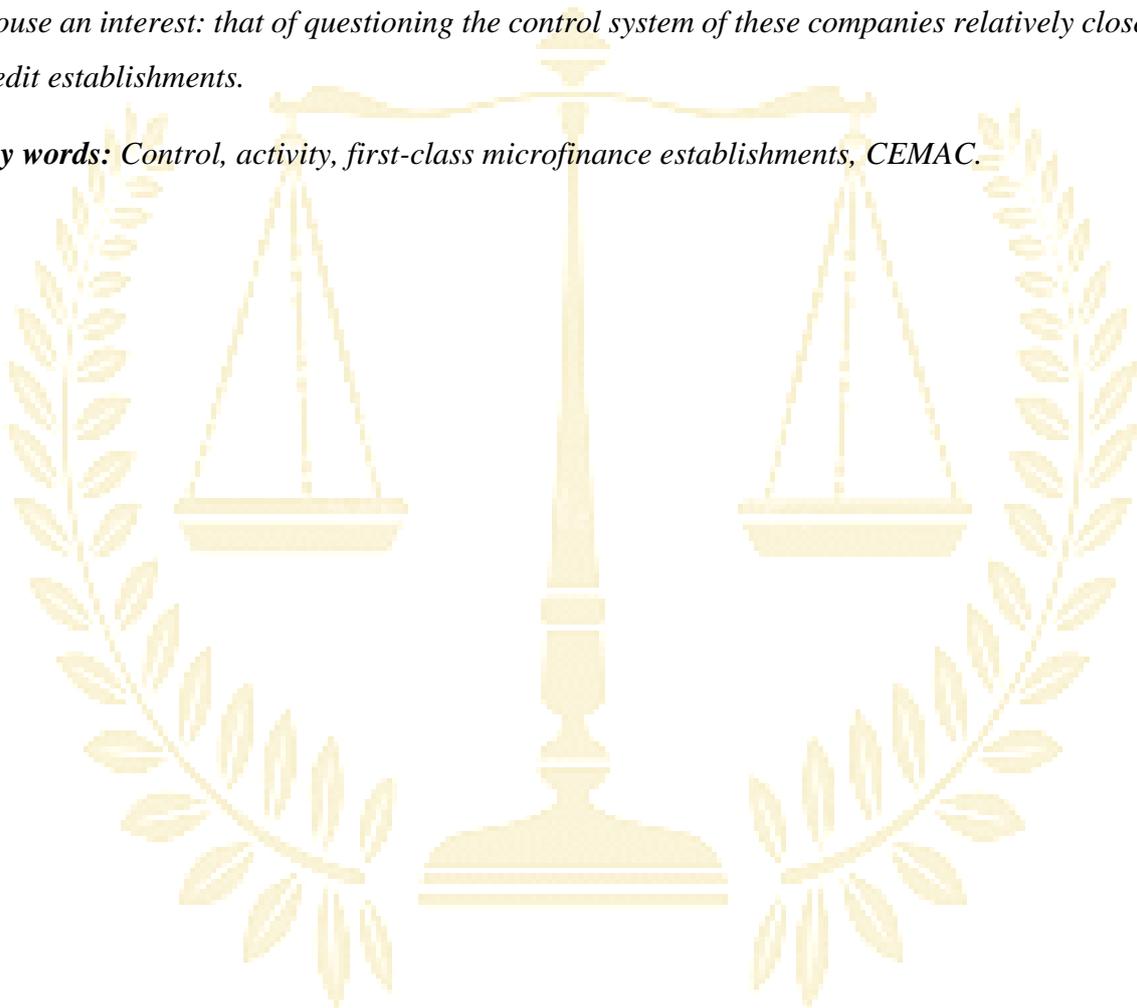
*« Les établissements de microfinance de la première catégorie sont constitués exclusivement sous la forme de société coopérative avec conseil d'administration ». Voilà ce que dit l'article 2 du Règlement COBAC de 2017, fixant les formes juridiques des établissements de microfinance dans la CEMAC. En effet, bien plus qu'une matière enseignée dans les Universités, la microfinance est une réalité au sein des Etats membres de la CEMAC. Au 31 Décembre 2016 par exemple, sur les 829 établissements de microfinance qui ont reçu l'avis conforme de la COBAC, 742 sont de la 1<sup>ère</sup> catégorie c'est-à-dire qu'ils ont la forme de société coopérative avec conseil d'administration. Ces statistiques sur les établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie suscitent un intérêt : celui d'interroger le régime de contrôle de ces entreprises relativement proche des établissements de crédit.*

**Mots-clés :** Contrôle, activité, établissement de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie, CEMAC.

**Abstract:**

*“The first category microfinance establishments are set up exclusively in the form of a cooperative society with a board of directors”. This is what article 2 of the COBAC regulation of 2017 says, setting the legal forms of microfinance institutions in CEMAC. In fact, much more than a subject taught in Universities, microfinance is a reality within CEMAC member states. As of December 31, 2016, for example, of the 829 microfinance establishments that have received assent of COBAC, 742 are of the first category, that they have the form of a cooperative company with a board of directors. These statistics on first-class microfinance establishments arouse an interest: that of questioning the control system of these companies relatively close to credit establishments.*

**Key words:** *Control, activity, first-class microfinance establishments, CEMAC.*



## Introduction

Depuis quelques années, les activités économiques au sein des Etats membres de la CEMAC<sup>1</sup> se développent au tour de la microfinance. Les statistiques<sup>2</sup> présentées par la COBAC<sup>3</sup> dans ce secteur d'activité au 31 Décembre 2016, indiquent 829 établissements de microfinance soit 742 de 1<sup>ère</sup> catégorie. Dans ce bilan, la RCA<sup>4</sup> enregistre 24 établissements de microfinance avec 21 de 1<sup>ère</sup> catégorie ; le Congo, 67 soit 55 de 1<sup>ère</sup> catégorie, le Gabon, 15 dont 5 de 1<sup>ère</sup> catégorie, le Tchad, 197 dont 193 de 1<sup>ère</sup> catégorie et le Cameroun, 523 soit 470 de 1<sup>ère</sup> catégorie.

Page | 232

En effet, d'après l'article 2 du Règlement COBAC EMF R-2017 fixant les formes juridiques des établissements de microfinance<sup>5</sup>, les établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie sont constitués exclusivement sous la forme juridique de société coopérative<sup>6</sup> avec conseil d'administration. Ces établissements exercent un ensemble d'activité financière axé sur des services financiers tels que l'épargne, le crédit, l'assurance et le transfert des fonds en faveur des personnes globalement non bancables.

Contrairement aux établissements de microfinance de deuxième<sup>7</sup> et troisième<sup>8</sup> catégories, ceux de la 1<sup>ère</sup> catégorie ont pour activité principale<sup>9</sup> la collecte de l'épargne de leurs membres, qu'ils emploient en opération de crédit, exclusivement au profit de ceux-ci. Sont considérés comme épargne, les fonds autres que les cotisations et contributions obligatoires

---

<sup>1</sup> Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale. (Les Etats membres de la CEMAC sont : Le Cameroun, le Congo Brazzaville, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Tchad et la RCA)

<sup>2</sup> Ces statistiques ont été présentées lors de la session ordinaire de la COBAC du 17 Juillet 2017

<sup>3</sup> Commission Bancaire de l'Afrique Centrale

<sup>4</sup> République centrafricaine

<sup>5</sup> Les établissements de microfinance, établissement ou EMF sont des entités qui exercent l'activité de microfinance. Ces entités agréées, n'ayant pas le statut de banque ou d'établissement financier tel que défini à l'Annexe de la convention du 17 Janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale, pratiquent à titre habituel, des opérations spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel.

<sup>6</sup> Les sociétés coopératives font partir des unités de l'économie sociale et solidaire (ESS). Selon l'article 4 de l'Acte uniforme relative au droit des sociétés coopératives, la société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs

<sup>7</sup> D'après l'article 41 du Règlement 01/17/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux conditions de l'activité de microfinance dans la CEMAC, sont classés en deuxième catégorie, les établissements de microfinance qui collectent l'épargne et accorde des crédits aux tiers.

<sup>8</sup> L'article 44 du même Règlement dispose que : sont classés en troisième catégorie, les établissements de microfinance qui accordent des crédits aux tiers, sans exercer l'activité de collecte de l'épargne.

<sup>9</sup> Les opérations autorisées à tous les établissements de microfinance à titre accessoire étant les opérations de crédit-bail, le change manuel, la location de coffre-fort, l'achat de biens pour les besoins de la clientèle en rapport avec l'activité de celle-ci, les actions de formation.

recueillis par l'établissement auprès de ses membres avec le droit d'en disposer dans le cadre de son activité, à charge pour lui de les restituer à la demande dudit membre.

Ils sont aussi constitués de façon à permettre l'existence d'une assemblée générale<sup>10</sup>, d'un conseil d'administration et d'une direction générale. Il n'est pas exigé de capital social minimum<sup>11</sup> pour les établissements de 1<sup>ère</sup> catégorie<sup>12</sup>. Le capital dépend de la capacité financière des membres. Toutefois, ils sont tenus de constituer dès leur création, un fonds de solidarité destiné à faire face aux pertes<sup>13</sup> et doivent justifier au préalable d'un agrément<sup>14</sup> octroyé par l'autorité monétaire, avant l'exercice de leur activité.

De même, à l'instar des autres établissements de microfinance, ceux de la 1<sup>ère</sup> catégorie ne sont pas épargnés de contrôle. Le concept contrôle vient du verbe contrôler qui signifie soumettre à un contrôle, maîtriser, dominer, surveiller. Le contrôle renvoie donc à la vérification d'acte, de droit, de document<sup>15</sup>. Au sens large, le contrôle de la gestion englobe la régularité et l'opportunité, économique et commerciale de la gestion. De façon plus limitée, le contrôle des comptes concerne la régularité et la sincérité des comptes<sup>16</sup>.

Dans le cadre de cette réflexion, le contrôle sera compris comme l'ensemble de dispositifs ou mesures mis en place pour surveiller et contrôler l'activité de la microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie.

De ce qui précède, la question qu'on se pose est celle de savoir quelle appréciation peuvent faire du régime de contrôle de l'activité des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie en zone CEMAC ? Ainsi, s'il est évident que les modalités de contrôle de l'activité des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie en zone CEMAC ont été renforcées (I), certains organes dudit contrôle peuvent aussi voir leurs responsabilités (II) être engagées.

## **I- LE RENFORCEMENT DES MODALITES DE CONTROLE DES ETABLISSEMENTS DE MICROFINANCE DE 1<sup>ERE</sup> CATEGORIE**

<sup>10</sup> L'art.267 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés coopératives exige entre quinze personnes physiques ou morales au moins

<sup>11</sup> Par contre, les établissements de microfinance de 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> catégorie ayant leur siège social sur le territoire de la CEMAC doivent disposer d'un capital social minimum égal à 300.000.000 de francs CFA pour les établissements de 2<sup>ème</sup> catégorie et 150.000.000 de francs CFA, pour les établissements de 3<sup>ème</sup> catégorie. Cf. art. 1 du Règlement COBAC EMF R-2017/03 portant fixation du capital social minimum des établissements de microfinance de 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> catégorie.

<sup>12</sup> Cf. art 32 du Règlement 01/17/CEMAC/UMAC/COBAC suscité

<sup>13</sup> Cf. art 32 du Règlement 01/17/CEMAC/UMAC/COBAC suscité

<sup>14</sup> D'après l'article 49 du Règlement suscité, la demande d'agrément en qualité d'établissement de microfinance est adressée à l'autorité monétaire contre récépissé ou décharge

<sup>15</sup> *Le Robert, Dictionnaire de français*, éd. SILKE ZIMMERMANN, 2011, p.91

<sup>16</sup> GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, G.Ripert/R.Roblot, L.G.D.J, 18<sup>ème</sup> éd., p. 474

D'après l'article 8 du Règlement CEMAC relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance, le contrôle de l'activité des microfinances s'exerce à travers la mise en place de certains organes (A) à qui les textes assignent des missions (B) adéquats.

### A- Les différents organes de contrôle

Le contrôle s'effectue par des organes internes et externes (1). Il existe également les autorités de contrôle (2) au niveau étatique et supra étatique

#### 1- Les organes internes et externes de contrôle

Le législateur OHADA a voulu un contrôle renforcé dans la société coopérative avec conseil d'administration. C'est un avantage pour ces établissements de microfinances car ayant été constituées avec un conseil d'administration. Ainsi, le contrôle interne est permanemment assuré par le conseil de surveillance, le commissaire aux comptes. Par ailleurs, l'Acte uniforme fait également allusion aux fédérations, confédérations des sociétés coopératives en cas de groupement des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie.

Le conseil de surveillance est l'organe principal de contrôle de la société coopérative avec conseil d'administration<sup>17</sup>. Cet organe est compétent pour contrôler les établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie. Il doit être composé de trois à cinq personnes physiques élues par l'assemblée générale parmi les coopérateurs<sup>18</sup>. Toutefois, ne peuvent être désignés comme membre du conseil de surveillance au sein des microfinances de 1<sup>ère</sup> catégorie, les membres<sup>19</sup> du conseil d'administration et les personnes qui leur sont liées, ainsi que d'autres personnes dont celles recevant une rémunération de ladite microfinance. Les statuts organisent l'élection des membres du conseil de surveillance et déterminent leur mandat<sup>20</sup>. Il se réunit en tant que de besoin ou à la demande d'au moins deux de ses membres<sup>21</sup> et ses décisions sont prises à la majorité simple de ses membres<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Art. 334 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés coopératives

<sup>18</sup> Art. 335 de l'Acte uniforme suscité

<sup>19</sup> Sont considérées comme personnes liées à un membre des organes d'administration ou de gestion aux termes de l'article 336 de l'Acte uniforme suscité : le conjoint, les parents au premier degré ou les parents au premier degré du conjoint, la personne physique à laquelle il est associée ou la société de personnes dans laquelle il est associé, la personne morale qui est contrôlée, individuellement ou collectivement, par lui, par son conjoint ou par leurs parents au premier degré, la personne morale dont il détient au moins dix pour cent des droits de vote attachés aux actions qu'elle a émises ou au moins dix pour cent de ces actions.

<sup>20</sup> Art. 337 de l'Acte uniforme OHADA suscité

<sup>21</sup> Art. 338 de l'Acte uniforme OHADA suscité

<sup>22</sup> Art.339 de l'Acte uniforme OHADA suscité

Outre le conseil de surveillance considéré comme organe interne de contrôle, le Règlement CEMAC/UMAC/COBAC relative aux conditions d'exercice et de contrôle de la microfinance exige au moins un commissaire aux comptes titulaire, personne physique ou personne morale<sup>23</sup>. Il exerce ses missions au sein de ses établissements dans les conditions fixées par les textes en vigueur, notamment l'acte n°5/82-UDEAC-324 du 18 Décembre 1982, relatif au commissariat aux comptes et à l'expertise judiciaire en comptabilité, le Règlement n° 11/01-UEAC-027-CM-07 du 5 Décembre 2001 portant statut des professionnels libéraux de la comptabilité, l'Acte uniforme OHADA du 30 Janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'Acte uniforme OHADA du 15 Décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives<sup>24</sup>. Par ailleurs, le contrôle exercé par celui-ci est effectué au moins une fois l'an.

L'Acte uniforme assigne également aux réseaux d'établissements de microfinance la mission de contrôle. En effet, les réseaux d'établissements de microfinance, entant qu'organe faitier ont l'obligation d'effectuer régulièrement le contrôle des établissements affiliés<sup>25</sup>. Quoiqu'il en soit, les établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie exercent leur activité exclusivement à l'intérieur d'un réseau. Le réseau étant un ensemble d'établissements de microfinance animés par un même objectif et qui ont volontairement décidé, par une convention ou accord écrit, de se regrouper afin d'adopter une organisation et des règles de fonctionnement communes.

## 2- Les autorités de supervision

Le contrôle des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie s'effectue également au niveau étatique et supra étatique.

Au niveau étatique, le contrôle s'effectue par le Ministre en charge de la monnaie, à travers la commission de contrôle de banques et établissements financiers, créé au sein du conseil national du crédit par Décret n°74/137 du 18 Février 1974. Cette commission de contrôle comprend plusieurs membres<sup>26</sup>. Elle est présidée par l'autorité monétaire à savoir le Ministre des finances et se réunit au moins deux fois par an. Les personnes qui participent à ces travaux et les agents chargés des enquêtes complémentaires sont astreints au secret professionnel

<sup>23</sup> Art. 11 du Règlement suscité

<sup>24</sup> Art. 12 du Règlement suscité

<sup>25</sup> Art.10 du Règlement relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC

<sup>26</sup> Art. 5 du Décret du 19/02/1974

Au niveau supra étatique, l'autorité de contrôle est la COBAC. En effet, créée par convention du 16 octobre 1990, la COBAC est l'organe de supervision de l'ensemble des établissements de crédit et des établissements de microfinance de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale<sup>27</sup>. Elle est présidée par le Gouverneur de la BEAC<sup>28</sup>, suppléé par le vice-gouverneur. Outre le président, la commission compte onze commissaires, désignés par le comité ministériel de l'UMAC<sup>29</sup> pour leur compétence en matière bancaire, financière ou juridique. La commission se réunit au moins deux fois par an et les décisions y sont arrêtées à la majorité de deux tiers des voix exprimées. Un secrétariat général, dirigé par un secrétaire général, lui-même assisté d'un secrétaire général adjoint, assure la permanence administrative<sup>30</sup>.

## **B- Les pouvoirs des organes de contrôle des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie**

L'on examinera les pouvoirs du conseil de surveillance, du commissaire aux comptes et de l'organe faïtier (1) d'une part et ceux des autorités de supervision (2) d'autre part.

### **1- Les pouvoirs du conseil de surveillance, des commissaires aux comptes et de l'organe faïtier**

De manière générale, tout établissement de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie est tenu de se doter d'un système de contrôle susceptible de lui permettre de :

Vérifier que ses opérations, son organisation et ses procédures sont conformes à la réglementation en vigueur, aux normes et usages professionnels et déontologiques ainsi qu'aux orientations de l'organe exécutif et délibérant ;

Vérifier le respect des limites fixées en matière de prise de risques, notamment pour les crédits accordés aux membres ou la clientèle ainsi que les opérations avec d'autres établissements ;

Veiller à la qualité de l'information comptable et financière, particulièrement aux conditions de conservation et disponibilité de cette information.

C'est ainsi que le conseil de surveillance et le commissaire aux comptes sont compétents pour vérifier ou faire vérifier à tout moment la gestion des dirigeants de la société coopérative de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie.

<sup>27</sup> COBAC, [www.sgcobac.org](http://www.sgcobac.org), consulté le 19/11/2022 à 19h 55

<sup>28</sup> Banque des Etats de l'Afrique Centrale

<sup>29</sup> Union Monétaire de l'Afrique Centrale

<sup>30</sup> COBAC, [www.sgcobac.org](http://www.sgcobac.org), *op. cit.*

Aussi, à l'opposer des sociétés commerciales où la procédure d'alerte<sup>31</sup> est reconnue aux associés pris individuellement<sup>32</sup> ou collectivement, au commissaire aux comptes<sup>33</sup> cette faculté n'est ouverte qu'au conseil de surveillance dans la coopérative avec conseil d'administration. L'alerte permet au conseil de surveillance de jouer un rôle de veille et d'éveil. En réalité, contrôler ne suffit pas, il faut aussi être en mesure d'attirer l'attention des dirigeants sur les faits faisant planer l'ombre des difficultés sur la société. C'est vrai que cette restriction peut nuire à l'effectivité de la mesure préventive, en ce sens que les faits compromettant la continuité de la structure peuvent échapper aux organes de surveillance tout en étant connu d'un ou de plusieurs coopérateurs.

Au-delà du volet financier, le conseil de surveillance surveille l'application des droits politiques des coopérateurs et surtout le droit à l'éducation, la formation et la sensibilisation sur les principes coopératifs<sup>34</sup>. Il en est de même de la faïtière, constituée en vue de veiller à l'application des principes coopératifs, de promouvoir et développer le mouvement coopératif, protéger et gérer les intérêts de leurs membres, leur fournir des services tels que la formation, l'éducation de coopérateurs, l'assistance administrative ou financière dans la réalisation de leurs objectifs, offrir à ses affiliées des bons offices en cas de différend, les assister et agir en qualité d'organisme de surveillance ou de contrôle de leur gestion.

<sup>31</sup> L'alerte est prévue à l'article 119 de l'Acte uniforme suscité.

<sup>32</sup> Cf. article 157 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales

<sup>33</sup> Cf. articles 150, 153 de l'Acte uniforme suscité

<sup>34</sup> Selon l'article 6 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés coopératives, la société coopérative est constituée et gérée selon des principes coopératifs universellement reconnus. Parmi ces principes, on peut citer :

- l'adhésion volontaire et ouverte à tous : l'adhésion à une coopérative est ouverte à toute personne apte à utiliser ses services et déterminée à prendre ses responsabilités en tant que membre et ce, sans aucune distinction quant à la nationalité, le genre, l'appartenance ethnique, ou religieuse. Cette liberté d'adhésion a pour corollaire la liberté d'en sortir.

- l'exercice démocratique du pouvoir par les coopérateurs : les coopératives sont des organisations démocratiques dirigées par leurs membres qui participent activement à l'établissement des politiques et à la prise des décisions. Il en résulte d'une part, que les coopérateurs décident souverainement et en dernier ressort, de tout ce qui concerne leur société. Ensuite, tous les membres ont une position égale, chaque associé n'ayant en principe droit qu'à une seule voix, indépendamment de sa participation au capital social, de la durée de son affiliation et du volume de ses transactions avec la société.

- l'autonomie et l'indépendance : les coopératives sont des organisations autonomes d'entraide gérés par leurs membres. Les investissements projetés par la société coopérative ne sont pas subordonnés à l'approbation de l'autorité de tutelle. L'objectif est de permettre aux sociétés coopératives d'avoir la maîtrise des stratégies économiques et financières qu'elles souhaitent mettre en place pour leur épanouissement

- l'éducation, la formation et l'information : L'associé coopérateur doit être informé de la marche des affaires de la coopérative. Il peut à cet effet demander la communication de tout document pouvant renseigner sur la gestion, et poser les questions aux dirigeants qui ont l'obligation de lui répondre. Lorsque cela s'avère nécessaire, la société doit assurer l'éducation et la formation de ses membres, dirigeants élus, gestionnaires et employés. Il s'agit des formations qui sont nécessaires pour pouvoir contribuer effectivement au développement de leur coopérative, ainsi que la sensibilisation du grand public en particulier les jeunes et les dirigeants d'opinion sur la nature et les avantages de la coopérative. L'article 114 du même Acte uniforme prévoit d'ailleurs la constitution d'une réserve destinée à ces formation, éducation et information.

## 2- Les pouvoirs des autorités de supervision

La COBAC, est chargée de veiller au respect par l'établissement de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie, des dispositions législatives et réglementaires édictées par les Etats membres de la CEMAC, par le Comité Ministériel de l'UMAC, par les autorités monétaires nationales, par la banque de Etats de l'Afrique Centrale ou par elle-même et qui leur sont applicables, et de sanctionner les manquements constatés<sup>35</sup>. La supervision s'exerce à travers des contrôles sur pièces et sur place<sup>36</sup>.

Quant à la commission de contrôle des banques et des établissements financiers, il faut dire qu'elle est chargée de manière générale à contrôler l'application de la réglementation et la poursuite des infractions correspondantes.

En somme, bien qu'il existe diverses modalités de contrôle des activités des établissements de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie en zone CEMAC, qu'en est-il des responsabilités (II) liées audit contrôle ?

### II- LES RESPONSABILITES DES ORGANES DE CONTROLE DES ETABLISSEMENTS DE MICROFINANCES DE 1<sup>ERE</sup> CATEGORIE

De manière générale, lorsque les difficultés de la société sont consécutives à une faute commise par ses dirigeants, ceux-ci peuvent voir leur responsabilité être engagée. Selon le cas, il pourra s'agir de la responsabilité civile, ou de la responsabilité pénale. Tel sera le cas pour ce qui est des organes de contrôle des établissements de microfinance en générale et ceux de la 1<sup>ère</sup> catégorie en particulier où certains de ces organes peuvent aussi voir leur responsabilité être engagée aux plans civil (A) et pénal (B).

#### A- La responsabilité civile

La responsabilité civile est à l'obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cf. article 13 du Règlement CEMAC/UMAC/COBAC, relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC

<sup>36</sup> Article 14 du même Règlement

<sup>37</sup> GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd. 2017-2018, p.824

En effet, les membres du conseil de surveillance et les commissaires aux comptes, titulaires d'un mandat, seront civilement responsables, tant de la société de microfinance de 1<sup>ère</sup> catégorie, que des tiers, des conséquences dommageables, des fautes et négligences qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions. S'il est vrai que leurs missions ne sont pas de refaire la comptabilité de l'entreprise, on peut néanmoins leur reprocher un défaut de vérification, des contrôles purement formalistes, un manque de diligence professionnel, une certification erronée facilitant la poursuite d'une activité déficitaire, la complaisance etc. Dans cette perspective, l'action en responsabilité civile pourra être une action individuelle (1) ou une action sociale (2).

### **1- L'action individuelle**

A l'instar de celle prévue pour les dirigeants sociaux<sup>38</sup> des sociétés coopératives, l'action sera exercée individuellement en réparation du dommage subi par tiers ou un coopérateur contre le membre du conseil de surveillance ou le commissaire aux comptes fautif. Aussi, sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque membre du conseil de surveillance est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, si plusieurs membres du conseil de surveillance ont participé aux mêmes faits, ils seront tenus solidairement, bien que dans leurs rapports entre eux, le tribunal devra déterminer la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. La juridiction compétente pour connaître de cette action est celle dans le ressort de laquelle est situé le siège de la microfinance.

### **2- L'action sociale**

En l'espèce, l'action sociale sera celle en réparation du dommage subi par l'établissement de microfinance du fait de la faute commise par un ou plusieurs membres du conseil de surveillance, du commissaire aux comptes dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action sera intentée par les dirigeants sociaux. Cependant, un ou plusieurs coopérateurs pourront aussi intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétentes non suivie d'effets.

## **B- La responsabilité pénale**

---

<sup>38</sup> L'action individuelle contre les dirigeants sociaux est prévue par les articles 122 et suivants de l'Acte uniforme portant droit des sociétés coopératives

Certains organes de contrôle des établissements de microfinance de première catégorie peuvent voir leur responsabilité<sup>39</sup> engagée sur le plan pénal. C'est le cas des commissaires aux comptes et les membres du conseil de surveillance (1), lesquels peuvent être sanctionnés (2).

### **1- Les infractions visant les commissaires aux comptes et les membres du conseil de surveillance**

Il existe des infractions que les commissaires aux comptes peuvent commettre dans l'exercice de leurs missions. Ces infractions découlent le plus souvent de l'irrespect de leurs obligations. Elles sont tantôt prévues par le Règlement relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC, tantôt par l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales. Parmi ces infractions, on peut ainsi citer :

La violation de l'obligation de ne pas mentir<sup>40</sup>, pouvant déboucher sur le délit d'informations mensongères. De même, l'article 106 du Règlement CEMAC suscite punit quiconque a sciemment « *donné, certifié ou transmis des renseignements inexacts...* ». Le législateur OHADA impose également une obligation particulière au commissaire aux comptes ; ils doivent dénoncer<sup>41</sup> au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance à l'occasion de l'accomplissement de leurs fonctions dans la société. Ainsi, la non-révélation s'assimilera au délit d'abstention ou d'omission.

Cependant, en dehors des communications autorisées par le législateur, si le commissaire aux comptes communique des informations relatives à la société aux tiers ou à une société concurrente, il tomberait sous le coup de la violation du secret professionnel.

Ce délit concerne aussi les membres du conseil de surveillance. En effet, d'après l'article 4 de la loi du 27 Avril 2022 régissant le secret bancaire au Cameroun, toute personne qui, à quelque titre que ce soit, et pour quelque durée ou modalité que ce soit, participe à la direction, à la gestion, au contrôle ou à liquidation d'un établissement assujéti<sup>42</sup> ou est employée par celui-ci, est tenue au secret bancaire.

<sup>39</sup> La responsabilité pénale étant l'obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi (cf. GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd. 2017-2018, p.826)

<sup>40</sup> L'article 710 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales définit les obligations du commissaire aux comptes lorsqu'il dispose que : « *le commissaire aux comptes certifie que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice* »

<sup>41</sup> Cf. Art. 899 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales

<sup>42</sup> Les établissements assujettis d'après l'article 2 (5) de la Loi du 27 Avril 2022 sont : les établissements de crédits, les établissements de microfinance etc.

Le secret bancaire consiste en l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus les établissements assujettis quant aux actes, faits et informations concernant leurs clients, dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur profession et peut être réprimé.

## 2- Les sanctions prévues

Les commissaires aux comptes qui sont en charge du contrôle des sociétés coopératives avec conseil d'administration ont des obligations dont la violation de certaines entraînent des sanctions pénales. Il s'agit du refus de confirmer les informations mensongères, de l'obligation de révéler au Ministère public des faits délictueux.

Au niveau Etats membres de la CEMAC, la répression varie d'un pays à un autre. Ainsi :

Le législateur camerounais prévoit deux à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 500.000 à 5.000.000 de francs ou de l'une de ces deux peines seulement, pour les commissaires aux comptes qui ont sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'ont pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance<sup>43</sup>.

Au Congo Brazzaville, le commissaire aux comptes, auteur, de ces délits, encoure un à cinq ans de prison, et une amende de 100.000 à 150.000.000 de francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>44</sup>.

Au Gabon, les peines vont de cinq ans de prison au plus et d'une amende de 10.000.000 de francs CFA au plus, ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>45</sup>.

En République Centrafricaine, la peine prévue est d'un à cinq ans de prison et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 de francs CFA<sup>46</sup>.

Le législateur tchadien quant à lui, prévoit pour le même délit, une peine privative de liberté d'un à dix ans et d'une amende de 5.000.000 à 50.000.000 CFA<sup>47</sup>.

Au niveau supra étatique, le législateur CEMAC pour le même délit prévoit la peine d'un mois à un an de prison et d'une amende de 5.000.000 à 100.000.000 de francs CFA, ou de l'une de ces peines seulement<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Art. 17 de la loi n°2003/008 du 10 Juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA

<sup>44</sup> Art.16 de la Loi n°12-2013 du 28 Juin 2013 portant 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

<sup>45</sup> Art. 530 de la Loi n°042/2018 du 05 Juillet 2019 portant Code pénal gabonais

<sup>46</sup> Art. 223 de la Loi n°10.001 portant Code pénal centrafricain

<sup>47</sup> Cf. Code pénal, Art.491 du Livre 7 du relatif aux peines applicables aux infractions prévues par les Actes uniforme de l'OHADA.

<sup>48</sup> Art. 106 du Règlement n°01/17/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC.

La violation du secret bancaire est punie au Cameroun d'un emprisonnement de trois mois à trois ans, et d'une amende de 1.000.000 à 50.000.000 de francs CFA, ou l'une de ces deux peines seulement<sup>49</sup>. Outre l'application des peines prévues, le Tribunal peut prononcer l'une des peines accessoires suivantes : l'interdiction d'exercer une fonction ou une activité dans un établissement assujetti, la publication de la décision prononcée et sa diffusion par voie de médias<sup>50</sup>.

### Conclusion

En somme, les établissements de microfinance de la 1<sup>ère</sup> catégorie sont une réalité en zone CEMAC. Ces sociétés coopératives avec conseil d'administration pratiquent la quasi-totalité des activités dévolues aux établissements de crédit (banques et établissements financiers) notamment les opérations de crédit et/ ou de collecte de l'épargne, et offrent des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel. Le renforcement des mécanismes de contrôle permet d'améliorer la gouvernance au sein de ces établissements de microfinance. Ce renforcement concourt également à la stabilité et à l'accroissement de ces entreprises dans la communauté CEMAC.

<sup>49</sup> Art. 27 (1) de la Loi du 27 Avril 2022 régissant le secret bancaire au Cameroun

<sup>50</sup> Art. 27 (4 a) de la Loi suscitée

## La complexité du domaine national au Cameroun : entre immobilité et évolution

*The complexity of the national domain in cameroon: between immobility and evolution*

Par : 

---

Page | 243

**Eric FENDJU MONKIE**

Docteur /Ph.D en Droit Privé et Sciences Criminelles  
Université de Yaoundé II-SOA (Cameroun)

### **Résumé :**

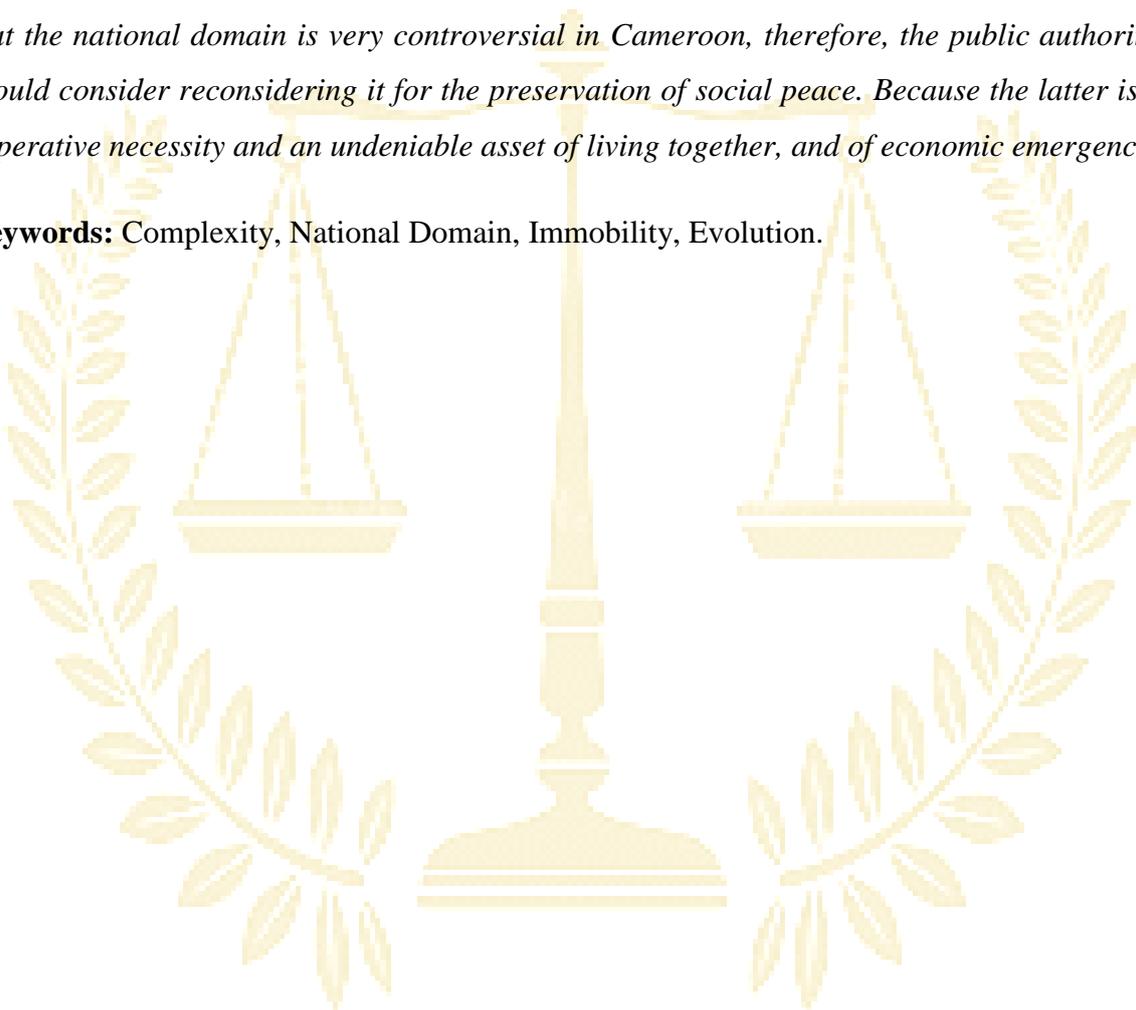
*Le domaine national au Cameroun est une catégorie résiduelle. Il échappe bien de fois au sillage traditionnel droit public-droit privé, certainement grâce à la nature même du régime foncier qui est une discipline tout à fait transversale et qui se positionne au carrefour du droit traditionnel et du droit moderne. La législation camerounaise en la matière du 06 Juillet 1974 fixant le régime foncier nous révèle d'énormes injustices à l'égard des populations en ce qui concerne la gestion du domaine national. Cela nous amène à nous interroger sur la pertinence de cette institution dans cette législation camerounaise. Une analyse transversale de cette complexité nous révèle que le domaine national est très controversé au Cameroun, par conséquent, les pouvoirs publics devraient songer à le reconsidérer pour la préservation de la paix sociale. Car cette dernière est une nécessité impérieuse et un atout indéniable du vivre ensemble, et de l'émergence économique.*

**Mots clés :** Complexité, Domaine national, Immobilité, Évolution.

**Abstract :**

*The national domain in Cameroon is a residual category. It often escapes the traditional wake of public law-private law, certainly thanks to the very nature of land tenure, which is a completely cross-cutting discipline and which is positioned at the crossroads of traditional law and modern law. The Cameroonian legislation on the subject of July 6, 1974 fixing the land tenure revealed to us enormous injustices with regard to the populations with regard to the management of the national domain. This leads us to wonder about the relevance of this institution in this Cameroonian legislation. A cross-sectional analysis of this complexity reveals that the national domain is very controversial in Cameroon, therefore, the public authorities should consider reconsidering it for the preservation of social peace. Because the latter is an imperative necessity and an undeniable asset of living together, and of economic emergence.*

**Keywords:** Complexity, National Domain, Immobility, Evolution.



## Introduction

En droit foncier camerounais, l'administration apparaît en fait comme la gardienne du droit de propriété<sup>1</sup>. Ce constat majeur pourrait rendre perplexe dès lors que l'administration n'est pas toujours respectueux des droits et libertés fondamentales<sup>2</sup>. Dans une large mesure, lui confier la garde du droit de propriété foncière reviendrait à confier la garde de l'agneau au loup. Pourtant, la terre est sacrée dans toutes les cultures et traditions du monde. Elle est un bien commun des communautés qui vivent ensemble. La terre détermine aussi le lien indissoluble de chaque individu avec sa communauté d'origine<sup>3</sup>. Les enjeux liés à la terre sont multiples. Depuis des données, les terres sont sources d'histoires et de conflits entre les individus, voire les communautés.

Un nombre grandissant d'individus partage la terre, ressource toujours plus rare. La laceration foncière est centrale : en réalité, elle conditionne, influence et détermine la vie d'un pays<sup>4</sup>. Si la question de la garantie des droits fonciers ne se pose quasiment plus dans les pays occidentaux et américains, elle est au contraire cruciale pour l'avenir des pays les moins avancés où ces droits sont encore loin d'y être reconnus et sécurisés<sup>5</sup>. Car, si le droit à la terre est bien un droit, il est pourtant refusé à des millions d'hommes et de femmes au Cameroun, par défaut de titre de propriété. Seulement, le droit foncier camerounais, leur offre la possibilité en outre de s'accaparer les terres du domaine national<sup>6</sup>.

Au Cameroun, l'actualité est de plus en plus marquée par des tensions multiples et des conflits internes qui ont pour mobile la terre et ses ressources. Il ne faut pas perdre de vue que ces différentes tensions et conflits sont le plus souvent économiques, politiques et même sociale ayant pour mobile les terres que la puissance publique a procédé à une classification dans l'ordonnance N°74/2 du 6 Juillet 1974 fixant le régime domanial au Cameroun. A la lecture de cette norme, on peut s'en rendre compte que l'Etat est le « *gardien de toutes les terres* »<sup>7</sup>. A ce titre, sa responsabilité est de régulariser les rapports entre les personnes, d'organiser la gestion

<sup>1</sup> OWONA (J), *Domanialité publique expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun*, Paris, l'harmattan, 2012, p.3. V également dans sens MEVOUNGOU NSANA (R.), *Traité de droit immobilier, la terre la protection Immobilière au Cameroun*, Ed Universitaire Européennes, 2011, p.92.

<sup>2</sup> JEZE (G), « De la notion d'utilité publique » R.D.P. 1921, p. 324.

<sup>3</sup> GOUDEM (J.), *Les politiques foncières et domaniales du Cameroun: De l'ère précoloniale à nos jours*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Yaoundé 2010, 515. p.56.

<sup>4</sup> KONASSIGAN (G-A), « La nature juridique des droits fonciers coutumiers », Encyclopédie juridique l'Afrique, Tome V, Droit des biens, les nouvelles Editions Africaines, Abidjan - Dakar – Lomé, 1982, p.59.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> V. dans ce sens l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

<sup>7</sup> V. l'article 1 l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun.

de la terre sur son territoire, et de garantir à toutes les personnes physiques ou morales possédant des terrains en propriété, le droit d'en jouir et d'en disposer librement<sup>8</sup>. Ainsi, il appartient aux pouvoirs publics d'organiser la gestion des terres du territoire national parmi lesquels, le domaine national qui présente une complexité.

Au regard de l'actualité camerounaise, l'étude du domaine national tombe à point nommé au regard de la complexité dont elle fait l'objet. Elle est d'une importance capitale si bien qu'un auteur pense qu'elle « sert d'alimentation aux autres domaines »<sup>9</sup>. Ainsi, pour mieux faciliter la résolution des litiges liés à la terre et les conflits d'application du droit coutumier au Cameroun, cette notion de domaine national mérite d'être mieux légiférer.

Le domaine national au regard de la législation du 06 Juillet 1974 comprend les terres qui à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ne sont pas classés dans le domaine public ou privé de l'Etat ou des personnes morales de droit public<sup>10</sup>. Il est une catégorie résiduelle. Il s'agit de ces vastes étendues de terres qui forment le territoire camerounais et qui ne font partie des domaines privés et publics. Il ne faut pas perdre de vue que de grands espaces du domaine national sont libres de toute occupation<sup>11</sup>. D'autres par contre sont occupés par des particuliers. Parmi ceux-ci, il y en a qui ont des titres d'occupation délivrés par l'Etat gestionnaire. Mais, beaucoup de terres sont occupées par des particuliers qui n'ont pas jugés utile de s'adresser à l'Etat gestionnaire. Il s'agit alors dans ce sens, d'occupant sans titre<sup>12</sup>.

Toutefois, on ne doit pas se laisser piéger par le laconisme avec lequel le législateur camerounais présente le domaine national. L'étude de cette notion soulève d'innombrables questions dont la plus visible est sur la pertinence de cette institution dans la législation camerounaise.

Ceci étant, l'intérêt qui s'attache à l'étude de cette notion du domaine national réside dans les difficultés que rencontrent les occupants actuels et futurs de cette catégorie du territoire camerounais. Ceci permettra aux pouvoirs publics de concilier les moyens justes et équitables pour les occupants de cette tranche du territoire dans sa gestion. Plus loin, cette étude nous offre

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> KENFACK (P-E.), « Limiter la braderie des terres d'Afrique central: un enjeu de portée planétaire », Revue Juridique de l'environnement 2019/ HS18, N° spécial, p.9.

<sup>10</sup> V. dans ce sens l'article l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

<sup>11</sup> V. dans ce sens le professeur KENFACK *Op.cit.* Il définit le domaine national comme un « ensemble constitué des terres qui ne rentrent pas dans le domaine privé de l'Etat ou des personnes privées ou dans le domaine public ; il s'agit d'une véritable réserve de terres susceptibles d'alimenter le domaine public ou privé »

<sup>12</sup> *Ibid.*

l'immanquable occasion de renouveler l'angle d'attaque de cette notion, encore qu'elle soit non seulement controversée, et elle ne fait pas l'unanimité dans son appréhension.

Hormis toutes ces difficultés réelles, on doit constater sur le plan de droit comparée que les domaines nationaux « *sont des ensembles immobiliers présentant un lieu exceptionnel avec l'histoire de la nation et dont l'Etat est, au moins pour partie, propriétaire* »<sup>13</sup>. Ainsi, on peut s'en rendre compte qu'en France, les pouvoirs publics ont procédé à la création des nouvelles catégories de « *domaines nationaux* », et, la loi de 2016, leur confère des avantages originaux en leur accordant un droit de gestion de leur image à des fins commerciales, mais sans toutefois préciser positivement la notion de « *domaine national* ».

Ainsi, dans une démarche évaluative de l'actualité du domaine national, il est logique de s'en apercevoir que cette notion fait couler une polémique brûlante (I) si bien qu'on est en droit de dire qu'elle est à repenser (II).

## I- LA CONTROVERSE BRULANTE AUTOUR DU DOMAINE NATIONAL AU CAMEROUN

Il est évident que l'ensemble des terres vacantes et sans maîtres a toujours formé une catégorie de biens dont il a fallu au cours de l'histoire foncière, assurer un classement en les distinguant de ceux appartenant aux collectivités, aux particuliers, mais surtout à ceux du domaine privé et du domaine public<sup>14</sup>. Ainsi, constituant de plein droit le domaine national « *les terres qui à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ne sont classées dans le domaine public ou privé de l'Etat, ou des autres personnes morale de droit public, ne sont pas incluses dans le domaine national, les terres faisant l'objet d'un droit de propriété* »<sup>15</sup>. De cette disposition, une forte polémique a été alimentée autour du domaine national. A cet effet, on peut comprendre le domaine national est non seulement polémique dans sa catégorisation (A), mais également dans son administration par la puissance publique (B).

### A- Une controverse autour de la catégorisation du domaine national

Si la première catégorie des terres constituant le domaine national est éclairée par l'article 14 de l'ordonnance de Juillet 1974, la deuxième catégorie regroupe les terres libres de toute

<sup>13</sup> V. dans ce l'article 75 de la loi relative à la liberté de création à l'architecture et au patrimoine de 2016 en France

<sup>14</sup> NYAMA (J-M.), *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, Nouvelle édition, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2018, p.94.

<sup>15</sup> V. l'article 14 de l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

occupation effective<sup>16</sup>. Cette dernière catégorie constitue le nœud de la controverse, car, elle n'a jamais été acceptée de libre consentement par les collectivités coutumières. Ainsi, la controverse autour de la catégorisation implique une mise à l'écart des constituants du domaine national par les collectivités coutumières (1) et une conceptualisation du domaine national (2).

### 1- La mise à l'écart des catégories constituant le domaine national par les collectivités coutumières

Au sens juridique, le terme collectivité renvoie à une institution administrative à base territoriale qui par opposition aux simples circonscriptions, est dotée de la personnalité juridique<sup>17</sup>, et qui par opposition aux établissements territoriaux, jouit d'une compétence générale de gestion<sup>18</sup>.

Le terme coutumier quant à lui est un qualificatif pour ce qui a trait à la coutume. Elle signifie dans une large mesure la norme de droit objectif fondée sur une tradition qui prête à une pratique constante<sup>19</sup>. En outre, il renvoie à une règle traditionnelle, de caractère savant ou plus technique reçu par la jurisprudence ou issu d'une pratique professionnelle, parfois tirée d'un fond d'anciennes maximes, et souvent conservées sous forme d'adages<sup>20</sup>. A ce titre, en regroupant les deux termes « *collectivités coutumières* », on est en droit de dire que cette expression désigne l'ensemble de personnes vivant dans un même territoire et partageant la même coutume ou encore liées par les mêmes pratiques.

Dans la pratique camerounaise du droit foncier, force est de constater que les collectivités coutumières, procèdent un rejet de l'assiette du domaine national de première catégorie et du domaine national de seconde catégorie. Encore que l'assiette ici renvoie à un grand ensemble qui forme un domaine. En droit camerounais, l'assiette du domaine de première catégorie est constituée des « *terrains d'habitation, les terres de culture, de plantation, de pâturage et de*

---

<sup>16</sup> V. l'article 15 de l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun, « *Les dépendances du domaine national sont classés en deux catégories. Les premières sont les terrains d'habitation, les terres de culture, de plantation, de pâturage et de parcours dont l'occupation se traduit par une emprise évidente de l'homme sur la terre et une mise en valeur probante. Les deuxièmes sont des terres libres de toute occupation effective* ».

<sup>17</sup>V. dans ce sens CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association henry Capitant, *Op.cit.*, PUF, p.192.

<sup>18</sup> V. le dictionnaire français Larousse, édition 2013, p.65

<sup>19</sup> V. dans ce sens CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association henry Capitant, *Op.cit.*, PUF, p.284.

<sup>20</sup> On peut noter à cet effet « Nul ne doit s'enrichir injustement au détriment d'autrui : Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet. Formule du serment judiciaire ; CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *Op.cit.*, p.284.

*parcours dont l'occupation se traduit pas une emprise évidente de l'homme sur la terre et une mise en valeur probante »<sup>21</sup>.*

Au sens de cette disposition normative, les terres occupées depuis des décennies par les collectivités coutumières ne leur appartiennent pas encore, car, elles entraînent dans l'assiette du domaine national. Voilà le nœud de cette problématique pour ces différentes collectivités, il est injuste de ne pas considérer cette action de cultiver, et de mise en valeur de ces terres, encore qu'au moment des réformes, on leur exige encore certaines formalités<sup>22</sup>.

Ainsi, les collectivités villageoises rejettent cette deuxième catégorie en se basant sur le fait que ces terres leur appartiennent du simple fait qu'elles les occupent, exploitent et mettent en valeur. De plus, elles estiment que l'Etat ne devrait pas mettre cette catégorie dans le domaine national<sup>23</sup>.

Dans cet ordre d'idées, il est à relever que la pratique camerounaise nous révèle également la mise à l'écart de certaines prérogatives reconnues aux collectivités coutumières. Il s'agit ici des prérogatives qu'accorde le droit objectif sur les terres. Dans ce sillage, deux ordres de prérogatives sont reconnus aux collectivités coutumières : la propriété, et la jouissance<sup>24</sup>. Il est évident que ces prérogatives permettent aux sujets de droit d'exploiter une chose, d'en tirer les revenus, mais sans pouvoir l'aliéner. Encore que l'accès à cette jouissance de droit est fixé par la loi.

## 2- La polémique autour de la conceptualisation du domaine

Si la nature renvoie à l'ensemble des êtres et des choses qui constituent l'univers, le monde physique ou la réalité<sup>25</sup>, ou encore, elle renvoie à ce qui définit en fait une chose, sa nature réelle parfois irréductible à toute catégorie juridique<sup>26</sup>. De là, on peut s'en rendre compte que le terme nature est vraisemblablement lié à la notion de conceptualisation. Cette dernière suppose le fait de former des concepts à partir de quelque chose pour le représenter mentalement<sup>27</sup>. Il est visible dans la pratique camerounaise du droit foncier, une nature controversée du domaine national dans la conceptualisation. Au regard de cette polémique de controverse, il y'a lieu de

<sup>21</sup> V. l'article 15 de l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

<sup>22</sup> TJOUE (A-D.), *Droit domaniaux et technique foncière en droit camerounais*, Paris, Economica, 1982, p.90

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> MBEM LISSOUCK (B-A.), *Les étrangers et la terre en droit foncier camerounais*, Thèse pour le doctorat Ph.d en droit privé, Université de Yaoundé II-SOA, Novembre 2012, p.294.

<sup>25</sup> V. le dictionnaire français Larousse, *Op.cit.*, p.679.

<sup>26</sup> V. le dictionnaire français Larousse, *Op.cit.*, p.282.

<sup>27</sup> V. dans ce sens la définition du lexique des termes juridiques, *Op.cit.*, p.834.

s'interroger sur la catégorie du domaine national. Le domaine national est-il une catégorie foncière ou alors une catégorie domaniale ?

La réponse à de telles questions remue des veilles préoccupations du droit foncier. A ce titre, nous pouvons comprendre que le domaine national dans le contexte camerounais est une catégorie domaniale discutable, et une catégorie foncière approximative.

Dire que le domaine national dans le contexte camerounais est une catégorie discutable, c'est penser qu'il est non seulement discutable par la non confusion entre l'Etat et la nation, mais également par la reconnaissance de la personnalité à la nation.

Si la personne morale est le nom<sup>28</sup> donné à la personnalité juridique des personnes morales, la personnalité juridique est comprise comme l'aptitude pour une personne physique ou morale d'être sujet de droit et de d'obligation. En considération de la nation comme un groupement humain dont les membres ont entre eux des affinités tenant à des éléments communs la fois objectifs et subjectifs<sup>29</sup>, qui les unissent et les distinguent des autres groupements nationaux, on se rend alors compte que la nation eut d'une façon généralisée englober la terre, la population et tout ce qui s'y trouve. Dans cet ordre d'idées, on peut dire que même l'Etat est un élément de la nation. La polémique ici naît du fait que l'Etat sera confondu ici à la nation, et le domaine national sera confondu au domaine privé de l'Etat. Pourtant la réforme foncière de 1974 qui est à l'origine de cette notion de « *domaine national* », laisse paraître le domaine national comme une propriété de la nation. Ce qui est paradoxalement pour nous juriste, d'autant plus que la nation demeure une notion abstraite et dépourvue de personnalité juridique. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle la gestion de ce domaine est confiée à un administrateur légal en occurrence l'Etat par cette technique juridique appelée « *compromis* »<sup>30</sup>.

De même, dire que le domaine national est une catégorie foncière approximative, revient à assimiler le domaine national aux terres relevant de l'emprise des hommes et de reconnaître dans une certaine mesure des droits concurrents sur les terres du domaine national. L'idée

<sup>28</sup> V. dans ce sens la définition du lexique des termes juridiques, *op.cit.*, p.834.

<sup>29</sup> L'élément subjectif renvoie à l'histoire commune, sentiment de parenté spirituelle, désir de vivre ensemble ; V. dans ce sens lexicographique de terme juridique, *Op.cit.*, p.749.

<sup>30</sup> KONASSIGAN (G-A), *L'homme et la terre, droit foncier coutumier et de propriété en Afrique occidentale*, O.R.S.T.O.M, Paris, 1966, 6<sup>ème</sup> édition, p.1.

d'assimiler le domaine national aux terres est depuis fort longtemps évoquée par la doctrine<sup>31</sup>. A ce titre, un auteur avisé a pu relever que « *le domaine national est constitué des vastes terres qui n'entrent pas dans le domaine privé de l'Etat ou des personnes privées ou dans le domaine public* ». Il poursuit en écrivant que qu'il s'agit d'une « *véritable réserve susceptible d'alimenter le domaine privé* »<sup>32</sup>. De plus, le législateur camerounais n'est pas resté indifférent dans cette optique d'assimilation du domaine national aux terres relevant de l'emprise des hommes. Dans l'ordonnance de 1974, il décide de classer les terres du domaine national en deux dépendances: les dépendances de première catégorie et de deuxième catégorie. En relevant que les dépendances de première catégorie comprennent les terres d'habitation, les terres de culture, de pâturage et de parcours dont l'occupation se traduit par une emprise évidente de l'homme et une mise en valeur probante<sup>33</sup>, on peut alors s'en rendre compte que pour le législateur, le domaine national est bien sous l'emprise des hommes et par conséquent une catégorie foncière approximative.

## **B- Une contestation dans la gestion de domaine national par la puissance publique**

La puissance publique est entendue ici comme l'Etat. Il revient à l'état, la responsabilité d'administrer les terres au Cameroun, en outre de son administration constitutionnelle. La controverse dans l'administration du domaine national nous conduit aujourd'hui à de vives contestations dans la gestion de ce domaine. Ceci est dû à une forte présence de la puissance publique dans la gestion du domaine national (1) et par une faible implication des communautés coutumières dans la gestion de domaine national (2).

### **1- L'omniprésence de la puissance publique dans la gestion du domaine national.**

L'omniprésence de la puissance publique dans la gestion du domaine nationale alimente et justifie cette polémique dans la mesure où la collectivité coutumière dénonce le fait que l'Etat soit au début et à la fin des processus d'acquisition des terres du domaine national. Ainsi, la rationalisation de l'administration domaine national est aussi comprise comme un facteur de la forte implication de l'Etat dans la gestion domaine national. À la lecture de l'ordonnance N°74-1 de Juillet 1974, on peut s'en rendre compte que le « *domaine national est administré par*

<sup>31</sup> V. OLOWALE (E.), *La nature du droit coutumier africain*, Paris Présence Africaine 1961 ; V. aussi dans ce sens TIENCHEU NYAKI (A.), *Droit et politique de l'immobilier en Afrique : exemple du Cameroun*, édition 2015, Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), p.643.

<sup>32</sup> KENFACK (P-E), « Limiter la braderie des terres d'Afrique central: un enjeu de portée planétaire », *Revue Juridique de l'environnement* 2019/ HS18, N° spécial, p.23.

<sup>33</sup> V. l'article 15 de l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

*l'Etat en vue d'en assurer une utilisation et une mise en valeurs rationnelles* ». Dans cet ordre d'idées, on peut noter la mise sur pied des commissions consultatives présidées par les autorités administratives et comprenant obligatoirement les représentants des autorités traditionnelles<sup>34</sup>. De cette disposition, l'Etat a la responsabilité d'administrer le domaine national en vue de la rationalisation des mises en valeurs. Encore qu'en plus de rationalisation des mises en valeurs, L'État a un pouvoir de créer les commissions consultatives. Elles sont chargées de l'assister. Ainsi, la mainmise des pouvoirs publics sur le domaine national est visible.

De même, le développement économique social peut aussi dans une certaine mesure justifier une forte implication de la puissance publique dans la gestion du domaine national. En effet, le gouvernement tente de donner à la terre un vrai rôle d'instrument de développement. Sous les anciennes législations dans l'ex Cameroun occidental, le système de location n'offrait pas beaucoup de garantie aux industriels qui voulaient par exemple créer des usines ou des plantations industrielles, la rigidité de la notion terres coutumières était de nature à freiner les mises en valeur des terres, et partant opérer le développement<sup>35</sup>. Dans l'ex-Cameroun oriental, les investisseurs ne trouvaient pas facilement de terrains, pourtant de grandes étendues non mises en valeur existaient et faisaient l'objet de la spéculation. Désormais, des dispositions permettent de lutter contre cette spéculation, on ne pourra plus comme avant, procéder à des immatriculations de terrains sans les avoir préalablement mis en valeur. La conséquence directe de cette disposition sera un effort accru de ceux qui ont la jouissance des terrains tombant désormais dans le domaine national, pour les mettre en valeur, afin de consolider leurs droits par l'obtention du titre foncier.

Il en est de même de l'application stricte des ordonnances contribuant au maintien de la paix sociale, les risques de conflit entre allogènes et autochtones en matière d'occupation des terres sont atténués. En réalité, les pouvoirs publics en étendant le domaine national, peuvent installer les allogènes sans que les autochtones se sentent frustrés de leur droit. Par ailleurs, les pouvoirs publics peuvent intervenir à tout moment pour en assurer une jouissance paisible. Les commissions consultatives créées et placées à la tête de chaque département trancheront plus rapidement les litiges qu'autrefois traînaient devant les tribunaux. Ces différentes interventions et implications de l'Etat, marquent une implication mineure des communautés coutumières dans la gestion du domaine national.

<sup>34</sup> V. l'article 16 de l'ordonnance, *Op.cit.*

<sup>35</sup> OWONA (J), *Domianialité publique expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun*, Paris, l'Harmattan, 2012, p.61.

## 2- Une faible implication des communautés coutumières dans la gestion du domaine national

Il est reconnu à l'Etat l'administration du domaine national en vue d'en assurer une utilisation et une mise en valeur rationnel. La loi de juillet 1974 a consacré la possibilité pour l'Etat de mettre sur pied, une commission consultative pour l'accompagner dans cette administration. Force est de constater alors l'Etat est fortement représenté dans cette commission au détriment des collectivités coutumières. La représentativité minoritaire des collectivités coutumières va se justifier au niveau de la composition même de cette commission : On peut alors observer que le préfet ou son représentant est président de la commission consultative, représentant local du ministère chargé des domaines, qu'est le rapporteur, le représentant du ministère du tourisme, le représentant du ministère chargé de l'environnement et des forêts, le représentant local du ministère de l'élevage, le représentant local du ministre des mines, le représentant local de l'organisation publique chargée des aménagements, le ou les députés du département, enfin les autorités traditionnelles locales. Force est de constater que la place des autorités traditionnelles, représentant, les collectivités coutumières sont minoritairement représentés. Ceci est la preuve de la forte implication des pouvoirs publics dans la gestion du domaine national.

Ainsi, la faible représentativité coutumière peut également, se justifier par la forte présence des autorités étatiques dans une commission. Car dans le bureau exécutif, bien de fois, ne figure pas un représentant des collectivités coutumières. Ainsi, force est de constater, dans le décret portant création d'une commission consultative<sup>36</sup> que le ou les représentants des populations devraient avoir des positions influentes, pourtant, la réalité nous montre qu'ils sont classés en dernière position. La commission étant présidée au niveau de l'arrondissement par le Sous-Préfet, le secrétariat<sup>37</sup> de la commission étant assuré par le chef service départemental.

De plus, le décret précise que la commission peut varier en fonction des besoins de la nature du projet ou de la disponibilité des membres<sup>38</sup>. Il est donc judicieux de rappeler que cette faible représentativité des collectivités démontre à suffisance qu'il y a une forte implication de l'Etat dans la gestion du domaine national.

<sup>36</sup> V. dans ce sens l'article 3 du décret N°2016/1430/PM du 27 Mai 2016 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission consultative

<sup>37</sup> V. dans ce sens l'article 3 du décret N°2016/1430/PM du 27 Mai 2016, *Op.cit.*

<sup>38</sup> V. l'article alinéa 3 qui précise les modalités de composition de la commission consultative. Cette tâche est confiée au Préfet au début de chaque année civil

Il en est de même du faible poids décisionnel des collectivités coutumières dans la commission consultative. Cela revient à dire que les collectivités coutumières, au moyen de leurs représentants, ont une faible capacité à exercer leur influence décisive au sein de la commission consultative. Elles n'ont pas vraiment un poids dans le déclenchement encore le déroulement des débats et délibérations. Cela a été souligné par un auteur, lorsqu'il présentait la phase des débats au sein de la commission. Pour cet auteur, c'est le président qui interroge contradictoirement les parties en conflit pour entendre leur prétention. À cette phase, force est de constater, que les collectivités coutumières jouent un rôle d'observateur des débats au sein de la commission. Il est même des délibérations, les membres de commission se concertent après une enquête publique sur le terrain sans toutefois prendre compte les avis des collectivités coutumières.

L'analyse du domaine national au Cameroun nous révèle un certain nombre de problèmes. Il est à présent évident que le domaine national est une institution controversée au Cameroun, Cette controverse autour de catégorisation, de la conceptualisation, et même de l'administration de cette institution non Complice précaire. C'est regard de ces différents problèmes soulevés qu'il est judicieux pour le législateur Camerounais, et même les pouvoirs publics, de remédier à de telles situations. Pour ce faire, nous sommes en droit de dire que cette institution du domaine national est à repenser.

## **II-LE DOMAINE NATIONAL : UNE INSTITUTION A RECONSIDERER**

Le domaine national est une institution très controversée au Cameroun. Cette controverse est visible tant sur la catégorisation que de son administration. Les collectivités coutumières sont en quelque sorte lésées dans la gestion du domaine national au profil de la puissance publique. Au regard de toute ces différentes analyses, il nous semble opportun de repenser le domaine national. Il est judicieux pour les pouvoirs publics, d'améliorer cette institution par une meilleure gestion du domaine national. Pour ce faire, les pouvoirs publics devraient adopter une nouvelle approche da du domaine national (A) et une nouvelle approche dans la conception des terres du domaine national (B).

### **A- Une nouvelle approche dans la conception du domaine national**

Dans le souci d'améliorer la pratique foncière, et la législation foncière au Cameroun, il est judicieux au regard de la controverse sus évoquée de procéder à un réaménagement du

domaine national. En réalité, la législation devrait évoluer afin de s'adapter aux conditions socio-économiques.

Ainsi, dans une démarche prospective, une nouvelle approche dans la conception du domaine national suppose non seulement une nouvelle classification des terres du domaine national de première catégorie (1), mais également, une nouvelle composition du domaine national de deuxième catégorie (2).

### **1- Une nouvelle classification des terres du domaine national de première catégorie**

L'ordonnance N°74-1 de 06 juillet 1974 a procédé à une répartition bipartite des terres du domaine national. À cet effet, dans cette catégorie, il range les terres du domaine national de première, et celle du domaine national de seconde catégorie. Mais, il est évident que cette classification, ne fait aujourd'hui l'unanimité, puis qu'elle n'a pas atteint le résultat escompté. Dans un souci de clarté et d'efficacité, nous sommes en droit de proposer un nouveau classement des terres du domaine, national de première catégorie, qui regroupent les terres occupées et exploitées. Du moins, celles qui ont une emprise de l'homme.

À ce titre, on pourra ranger d'une part toute la première catégorie constituant le domaine national conformément à la disposition de l'ordonnance de 1974 dans le domaine foncier communautaire créé. En outre, les pouvoirs procéderont à la détermination du domaine national permanent.

On peut s'en rendre compte aujourd'hui, d'une recette de classifier les terres du domaine national de première catégorie dans un domaine foncier communautaire. Cette opération s'inscrit dans le souci d'une meilleure gestion du domaine nationale et le souci de clarté pour la création d'un domaine foncier coutumier<sup>39</sup>. Ainsi, les collectivités coutumières pourraient dans une moindre mesure procéder à l'opposition à la législation foncière. Elle, apparaît comme un fondement à cette classification nouvelle. Si l'opposition s'entend comme le fait de s'opposer à quelque chose ou à quelqu'un. C'est l'acte par lequel on s'oppose. C'est une manifestation de volonté destinée à empêcher l'accomplissement d'acte juridique, ou en neutraliser les effets. Ainsi, les communautés villageoises peuvent s'opposer à cette législation foncière de 1974 tout en restant dans les normes juridiques. C'est l'ensemble de ces oppositions et pratiques

---

<sup>39</sup> TJOUEU (A-D), *Droit domaniale et technique foncière en droit camerounais*, Etude d'une réforme législative, Edition Economica, Paris 1981, *Op.cit.*, p.71.

reconnues partout qui implicitement approuvent l'existence de la propriété foncière coutumière. Il serait donc utile que l'on procède par la création d'un domaine foncier communautaire.

À notre sens, la consécration ici s'oppose à la reconnaissance aux communautés des droits à la terre et propriété coutumière des particuliers. La reconnaissance des droits coutumiers sur les terres des dépendances de premières catégories aux collectivités rurales urbaines se présente comme le résultat des multiples revendications enregistrées depuis 1974<sup>40</sup>. À cet effet, un auteur a pu relever qu'au « *Sud Cameroun, les milieux urbains sont restés hostiles à la notion de domaine national alors que les milieux ruraux, l'ont accueilli avec indifférence* »<sup>41</sup>. C'est dans ce sillage que l'Etat doit admettre l'existence d'un droit d'un coutumier des collectivités sur des terrains non immatriculés<sup>42</sup>. Ainsi, la création et la codification d'un domaine communautaire permettront aux collectivités de poser divers actes d'aliénation, cession diverses<sup>43</sup>. De là, il devra simplement veiller à la régulation des transactions dans ce nouveau domaine.

À côté de la création d'un domaine communautaire, en vue d'une nouvelle classification des terres du domaine national de première catégorie, il est nécessaire que l'on puisse laisser un domaine national qui sera permanent. À cet effet, cette deuxième composante du domaine national de première catégorie sera essentiellement composée, des terres non exploitées et non occupées de manière permanente pouvant faire l'objet d'une concession. Ainsi, domaine national permanent ici est similaire<sup>44</sup> à l'actuel domaine national de seconde catégorie conformément à la réglementation en vigueur<sup>45</sup>. Il peut d'ailleurs faire l'objet d'une occupation effective. Dans cette nouvelle catégorie, on pourra ranger les terres de pâturage et de parcours<sup>46</sup>, mais on va exclure contrairement à l'actuel domaine national de première catégorie, les terres d'habitation, de cultures et de plantations telle que définies par l'ordonnance de 1974<sup>47</sup>. Ce domaine peut également comprendre les terres du domaine national de seconde catégorie autre que celles abritant les forêts. L'ensemble de ce terrain peut faire l'objet d'une occupation affective. Cette dernière se traduit par une emprise évidente de l'homme sur la terre et une mise en valeur probante. Ce domaine national permanent est fondamental dans la mesure où il

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> TJOUEU (A-D), *Droit domaniale et technique foncière en droit camerounais*, Etude d'une réforme législative, Edition Economica, *Op.cit.*, p.24.

<sup>42</sup> TIENCHEU NJIAKO (A.), *Le titre foncier au Cameroun*, Yaoundé, Arika 2009, p.46 et s.

<sup>43</sup> NYAMA (J-M), *Régime foncier et domaniale publique au Cameroun*, l'UCAC, 2018, p.163.

<sup>44</sup> TIENCHEU NJIAKO (A.), *Droit réel et domaine national au Cameroun*, Arika 2009, p.340.

<sup>45</sup> L'allusion est faite au domaine national catégorisé à l'article 15 de l'ordonnance. « *Les terres libres de toute occupation effective* ».

<sup>46</sup> Celles qui constituent une partie des terres de dépendances de première catégorie

<sup>47</sup> V. l'article 15 de l'ordonnance N°74/1 du 6 Juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun

permettra d'espérer une distinction entre les terres libres de toute occupation, mais peuvent être mises en valeur.

## 2- Une nouvelle Composition du domaine national de deuxième catégorie

Page | 257

L'ordonnance N°74/1 du 06 Juillet 1974 fixant le régime foncier a donné, une définition du domaine, national à savoir: les « *terres libres toutes occupation effective* ». Au regard de cette définition, on peut s'en rendre compte que le domaine national de seconde Catégorie est composé du couvert forestier qui mérite dans une large mesure être explicite. Ceci dans le l'intérêt d'établir une nette différence entre elle et d'autres domaines forestiers<sup>48</sup>.

Au Cameroun, le couvert forestier n'est pas clairement défini par la loi de 1994 sur le régime des forêts, de la faune et de la pêche. Mais, le couvert on peut retenir impose ce qui est abrité. Il s'agit des massifs d'arbres qui donnent de l'ombre et un abri<sup>49</sup>. Le terme forestier renvoie bien évidemment à la forêt, ce qui suppose une « *grande étendue de terrain couverte d'arbres; ensemble des arbres qui la couvrent* »<sup>50</sup>. Ainsi, on peut en déduire que le couvert forestier est un ensemble constitué des massifs d'arbres qui donnent de l'ombre et un abri sur une étendue de terrain. Seulement, l'on ne doit pas perdre de vue qu'il importe tout d'abord de différencier le couvert forestier des autres types de forêts. Ainsi, la loi N° 94/01 du 20 janvier 1994 portant régime, des forêts, de la faune et de la pêche dans son titre 11 nous révèle que « *la protection de la nature et de biodiversité* », montre que le couvert forestier c'est « *un ensemble plus, on moins continu formé par les cimes des plantes ligneuses d'un peuplement* » peut-être crée dans le but de maintien des sols, même de protection des cours d'eau, à régulation du régime hydrique de la conservation de la diversité biologique, les terrains correspondant peuvent être soit mis en défens, soit déclaré zone d'écologie ou classé.

Selon les cas, forêt domaniale de protection, réserve écologique intégrante, sanctuaire ou réserve de faune, dans les conditions fixées par décret<sup>51</sup>. L'idée de cette disposition est de faire comprendre que le couvert forestier est généralement libre de toute occupation, car personne ne peut le revendiquer. À ce titre, sa propriété échoit au seul pouvoir public. Il peut attribuer le couvert forestier par concession aux divers requérants. Aussi, « *l'Etat étant le gardien de toutes les terres, il peut intervenir en me d'en assurer un usage, rationnel ou pour tenir compte des*

<sup>48</sup> Nous faisons allusion ici au domaine forestier non permanent, forêt permanente

<sup>49</sup> V. le dictionnaire français Larousse, *Op.cit.*, p.328.

<sup>50</sup> V. le dictionnaire français Larousse, *Op.cit.*, p.587.

<sup>51</sup> V. l'article 17 alinéa 1 : « Lorsque la création ou le maintien d'un couvert forestier est reconnu nécessaire à la conservation »

*impératifs de la défense des options économiques de la nation* ». Dans cette optique, la forêt ne peut faire l'objet d'une appropriation. Cette nouvelle vision aura pour conséquence une gestion efficace et durable patrimoine forestier.

De même, il est logique d'intégrer domaine forestier non permanent dans le domaine national de deuxième catégorie. Il s'agit évidemment de forêt non permanente répondant à des modalités de gestion bien précises. Elles sont susceptibles de faire l'objet d'une exploitation de leurs produits. Cette exploitation peut se faire par des entreprises ou des particuliers. Elles peuvent également être affectées à des utilisations autres que forestières<sup>52</sup>. Ainsi, les modalités de gestion du nouveau domaine national de seconde catégorie doivent prendre en compte l'intérêt des populations riveraines. À cet effet, il s'agira de reconnaître un ensemble de droits, d'exploitation des ressources sur un espace donné. L'objectif principal ici est la régulation aux ressources<sup>53</sup>.

## **B- Une nouvelle approche dans la gestion des terres du domaine national**

Il est évident que le droit sur la terre soit un enjeu fondamental pour ne pas dire, l'enjeu principal des rapports entre l'Etat central et les pouvoirs locaux. Étant une institution contestée, le domaine national devra être mieux exploité pour la préservation de la paix sociale. A ce titre, une nouvelle approche dans la gestion des terres du domaine national nécessaire et impérieuse. À cet effet, il nous semble logique que cette nouvelle approche devrait s'illustrer à travers une décentralisation de la gestion du domaine national (1) et une consécration d'une propriété foncière coutumière (2).

### **1- Une décentralisation dans la gestion du domaine national**

La décentralisation est un mode d'aménagement des structures de l'administration dans laquelle la personnalité juridique ayant été reconnue à des communautés d'intérêts ou à des activités des services publics<sup>54</sup>. Le pouvoir de décision est exercé par les organes propres à ces personnes agissant librement sous un contrôle de simple légalité. Ainsi, lorsque cette décentralisation est territoriale, on l'entend comme étant : celle qui est fondée sur la nation d'intérêt local, donne naissance à des collectivités publiques distinctes de l'Etat dont l'existence

<sup>52</sup> Pour plus d'informations, voir la loi N°94/01 du 20 Janvier 1994, *Op.cit.*

<sup>53</sup> V. TIENCHEU NJIAKO (A.), *Droit réel et domaine national au Cameroun*, *Op.cit.*, p.340.

<sup>54</sup> FAVOREU (C.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTER (J-L), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19 Ed, 2017, Pp 458 et s. V. également dans ce même sens NCHOTU V. NCHANG, « The Cameroon anglophone question in international Law », *African journal of international and comparative Law*, 22/2/2004, Edinburg University Press, Pp .284-257

est la libre administration par les conseils élus<sup>55</sup>. Dans un sens large, le terme décentralisation englobe une variété de concepts. Généralement, c'est le transfert d'autorité et de responsabilité des fonctions publiques, de l'administration centrale, vers les organisations gouvernementales subordonnées ou quasi autonomes vers le secteur privé. C'est au regard de ces différentes précisions, qu'il nous paraît judicieux que cette notion est une nécessité pour gestion du domaine national.

La décentralisation dans la gestion des terres de domaine national suppose la diminution du monopole de l'Etat dans la gestion du domaine national. Elle passe par l'identification des acteurs locaux pour une gestion décentralisée du domaine national. A cet effet, il s'agit des différentes personnes qui seront choisies la pour gestion du domaine national avec l'Etat. Les collectivités locales doivent être dotées de la personnalité juridique, d'une autonomie financière, des instances délibérantes et exécutives élues. Pour un auteur averti, les points de vue différent sur le caractère éligible des instances délibérantes et exécutives<sup>56</sup>. L'Etat dans cette forme va juste garder un contrôle sur les activités des collectivités locales en question, essentiellement pour veiller au respect de la légalité, et éventuellement, dans le souci de garantir le bon fonctionnement de celle-ci en tant que membre de la collectivité nationale. Il faut alors que les conditions d'accès au statut de collectivités soient bien définies.

De plus, cette décentralisation dans gestion des terres du domaine national apportera certainement des changements judicieux. Le plus visible est la facilitation du passage de propriété coutumière à propriété par titre. Ceci à coût sur apportera une sécurité des droits coutumiers par le certificat foncier. Afin de mieux cerner la réalité d'une mise en œuvre de la gestion financière décentralisée, le Cameroun devrait entreprendre le recensement des terres incultes ou vacantes et sans maîtres<sup>57</sup>. Toutefois, on peut constater que rares sont les pays africains qui se sont engagés dans cette opération<sup>58</sup> arguant du fait que la mise en œuvre des moyens humains et financiers nécessaires, a la détermination des terres incultes n'est pas facile. Cependant, le recensement des concernées qui s'impose devrait se faire sur la base des critères

<sup>55</sup> KOUOMEGNE NOUBISSI (H.), *Décentralisation et centralisation au Cameroun, la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, Paris, l'harmattan, 2013, p.54.

<sup>56</sup> V. dans ce sens ROCHEGUIDE (A.), *Décentralisation, acteurs locaux et foncier, (mise en perspective juridique des textes sur la décentralisation et le foncier en Afrique de l'Ouest et centrale)*, Mars 2000, Presses d'IPCB, p.44.

<sup>57</sup> HOUDEINGAR (D.), « L'accès à la terre en Afrique subsaharienne », Colloque international d'Abidjan du 23 au 25 janvier 1980

<sup>58</sup> Il faut préciser que le recensement des terres incultes au Togo a été entrepris après la promulgation du texte sur la réforme en 1974. En 1980, un rapport de synthèse des travaux faisait ressortir l'existence de 669037Ha, 239 hectares de terres incultes. V. dans ce sens ADJAMAGBO, *Le droit et l'accès à la terre en milieu rural*, communication au colloque international d'Abidjan, *Op.cit.*

précis de rattachement de ces terres définis par les textes, et conduite à la matérialisation des parcelles recensées.

La décentralisation dans la gestion du domaine national passe également par la certification foncière qui apparaît comme un instrument de sécurisation des droits fonciers. En plus, elle serait une amélioration de la qualité l'administration foncière. L'enjeu est bien en amont, il est dans la construction de dispositifs de régulation foncière permettant d'apporter des réponses concrètes aux acteurs, et d'organiser la coexistence paisible de différents modes d'exploitation du milieu, dans un contexte marqué par la pluralité des normes, par la diversité des acteurs et des modes d'exploitation du milieu. De ce fait, la gestion foncière, n'est pas uniquement une question d'administration<sup>59</sup>.

C'est en amont de cela une question de gouvernance, qui pose la question de la prise en compte par les politiques publiques de la diversité économique et sociale dans une logique d'inclusion, et qui nécessite des choix politiques forts, quand aux types de droits reconnus, au degré d'ouverture du cadre légal et institutionnel, à la conception des instances chargées du foncier pour assurer l'égalité et légitimité. Les procédures d'administration foncière sont une façon de traduire dans les pratiques ses choix de gouvernance. Dans ce contexte de pluralité des normes, et face à la diversité des situations, un cadre institutionnel lui-même pluriel hybride<sup>60</sup>, et évolutif est souvent nécessaire<sup>61</sup>. Outre, la réduction des contradictions internes au cadre légal actuel, la formalisation des droits de propriété n'est qu'un des éléments de la sécurité foncière, et pas nécessairement le premier.

## 2- Une nécessaire Consécration de la propriété foncière coutumière

Il faut impérativement prendre en compte les droits coutumiers; c'est un préalable à la consécration d'une législation foncière coutumière. Il ne faut pas perdre de vue que cela implique la reconnaissance du droit coutumier en matière, foncière et la protection de la propriété foncière coutumière. Ainsi, la consécration qui implique aussi l'harmonisation des droits coutumiers et du droit écrit en matière foncière, il sera nécessaire dans l'optique de mettre sur pied un droit foncier équitable qui serait favorable à toutes les couches sociales, précisément en ce qui concerne les communautés rurales et autochtones. Dans cet ordre d'idées,

<sup>59</sup> C'est précisément les procédures d'enregistrement des droits et des mutations

<sup>60</sup> Qui emprunte dans les propositions variables aux institutions publiques et aux institutions locales

<sup>61</sup> LAVIGNE DELVILLE (Ph.), « Pour une sécurisation foncière des producteurs ruraux », Acte du séminaire international d'échange entre chercheurs et décideurs », Ouagadougou du 19 au 21 Mars 2012

l'harmonisation est une technique juridique qui permet d'identifier les ensembles législatifs ou des systèmes juridiques différents par l'élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres. Elle implique que les droits coutumiers au même titre que le droit écrit soient appliqués en matière foncière. Ceci, en tenant compte d'un quelconque conflit qui pourrait survenir entre les deux systèmes.

De plus, la consécration d'un régime de propriété coutumière pourrait passer par la mise en œuvre des institutions traditionnelles. Les autorités traditionnelles ont eu un lien étroit avec l'administration. Encore que l'article 19 du décret n°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles, nous révèle que « *sous l'autorité du ministre de l'administration territoriale, les chefs traditionnels ont pour rôle de seconder les autorités administratives dans leur mission d'encadrement des populations* », Ils sont alors, les représentants des collectivités traditionnelles organisées sur une base territoriale<sup>62</sup> auxiliaire de l'administration. A cet effet, ils sont chargés d'assurer le lien entre la population et l'administration qu'ils doivent d'assister et d'accomplir toutes tâches que l'administration peut leur confier.

Par ailleurs, les chefs traditionnels sont membres obligatoires des commissions consultatives. Dans la partie septentrionale du pays, il est même à constater une prééminence des autorités traditionnelles dans la gouvernance foncière<sup>63</sup>. Leur implication dans la question foncière semble favoriser le consensus dans la gestion de cette ressource. Au regard de l'importance que peuvent revêtir les chefferies traditionnelles, l'Etat pourrait tenter le pari du retour aux sources historiques du droit foncier, en aménageant le régime de propriété coutumière des espaces construits autour des institutions traditionnelles<sup>64</sup>, en ce qui concerne la cohabitation des droits coutumiers et du droit écrit dans les institutions traditionnelles. Cette cohabitation revêt une importance capitale pour les populations villageoises. Dans ce sillage, l'inversion de la règle de résolution des conflits entre le droit légiféré, et la coutume s'appliquerait sauf dans les cas de menace à l'ordre public.

---

<sup>62</sup> V. dans ce sens le décret N°77/245 du 15 Juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun

<sup>63</sup> TEYSSIER (A.), HAMADOU (O.), SEIGNOBOS (C.), « Expérience de médiation foncière dans le Nord-Cameroun », p.93.

<sup>64</sup> GUIFFO (S.), MBALLA (N.), KENFACK (P-E), « L'incident des lis foncières historiques et modernes sur le droit foncier de communauté locale et autochtone du Cameroun », in les droits fonciers et les peuples des forêts d'Afrique, perspectives historiques, juridiques et anthropologiques, 2009, p.22.

Les populations rurales seront propriétaires collectivement du foncier et les modalités d'utilisation, les membres de la communauté obéiraient au droit traditionnel dans toute sa complexité, suivant le régime des ressources communes. Loin d'être considéré comme une hypothèse d'école, ce système s'applique déjà en matière foncière au Ghana où le droit coutumier régit la gestion des espaces dans les zones rurales. Les incertitudes autour des contours du droit coutumier seraient tranchées par un recours à l'autorité traditionnelle.

### **Conclusion**

Au terme de cet essai d'analyse de la complexité du domaine national au Cameroun, deux grandes idées sont mises en exergue ; le domaine national en tant qu'institution au Cameroun est très controversé par conséquent, il demeure une institution à reconsidérer.

Le domaine national en tant que catégorie résiduelle, mérite d'être mieux appréhendé dans la catégorisation que dans son administration par la puissance publique au regard des enjeux tant juridique qu'économique qu'il comporte. Toutefois, reconsidérer cette institution imposerait alors une nouvelle approche de cette institution dans sa gestion, la puissance publique au regard des buts juridiques, économiques et sociales. Et ceci, éviterait dorénavant des contestations et des résistances en ce qui concerne l'expérience camerounaise.

**Le rôle de l'abus dans les sociétés commerciales OHADA***The role of abuse in OHADA commercial companies*

Par :

**WINNIE LAURE MGBOOBERBE**

Doctorante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politique

Droit des affaires

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 263

**Résumé :**

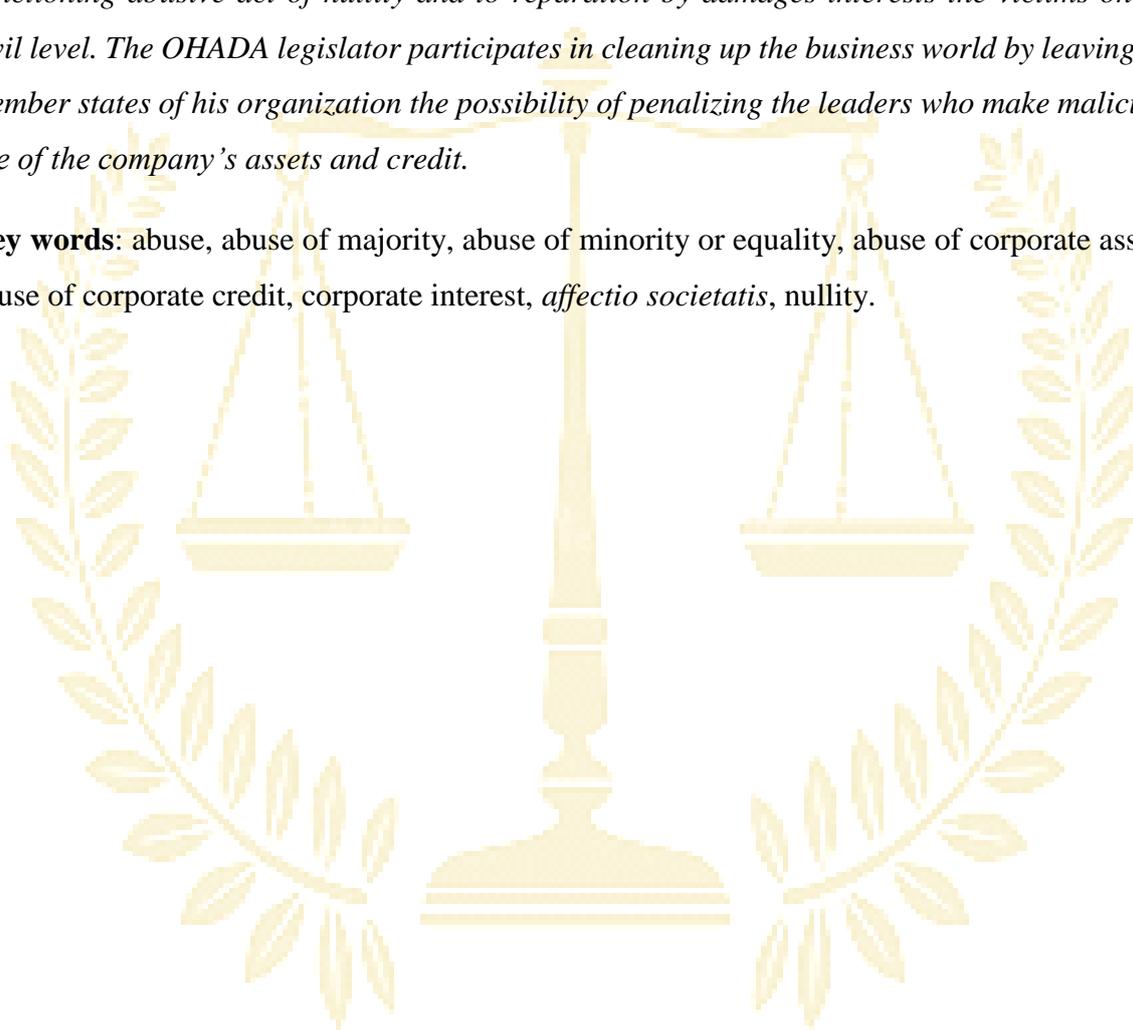
*L'abus dans les sociétés commerciales joue un rôle important dont, la préservation de l'intérêt social en fait partie. Pour pouvoir déterminer les éléments caractéristiques des différentes manifestations de l'abus, le législateur OHADA utilise la violation de l'intérêt social comme l'un de ces éléments aussi bien dans l'abus du droit de vote que dans l'abus des biens et du crédit de la société. Ceci dans le but de préserver la société contre les excès découlant de l'usage des droits et des pouvoirs dont disposent les organes sociaux. L'abus contribue de façon manifeste à sanctionner les actes abusifs de nullité et de réparer par les dommages-intérêts les victimes sur le plan civil. Le législateur OHADA participe à l'assainissement du monde des affaires en laissant les Etats membres de son organisation la possibilité de sanctionner pénalement les dirigeants qui font un usage malicieux des biens et du crédit de la société.*

**Mots clés :** abus, abus de majorité, abus de minorité ou d'égalité, abus des biens sociaux, abus du crédit social, intérêt social, *affectio societatis*, nullité.

**Abstract :**

*Abuse in commercial companies plays an important role of which, the preservation of the corporate interest is part of it. To be able to determine the characteristic elements of the different manifestations of abuse, the OHADA legislator uses the violation of social interest as one of these elements both in the abuse of the right to vote and in the abuse of property and company credit. This with the aim of preserving society against the excesses arising from the use of the rights and powers available to the corporate organe. Abuse manifestly contributes to sanctioning abusive act of nullity and to reparation by damages-interests the victims on the civil level. The OHADA legislator participates in cleaning up the business world by leaving the member states of his organization the possibility of penalizing the leaders who make malicious use of the company's assets and credit.*

**Key words:** abuse, abuse of majority, abuse of minority or equality, abuse of corporate assets, abuse of corporate credit, corporate interest, *affectio societatis*, nullity.



## Introduction

Les sociétés commerciales font face à de diverses situations qui plombent leur fonctionnement et causent par ricochet d'énormes préjudices financiers. Nous avons entre autre les fautes de gestion, les conflits d'intérêts, l'abus des biens et du crédit social, l'abus dans le droit de vote dans les assemblées. C'est dans ce sens que le professeur André AKAM AKAM a pu dire que l'entreprise peut être le siège de désordres divers dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition par un arrêt de crédit et des flux financiers<sup>1</sup>. Ce qui suppose un besoin crucial d'assainissement de la gestion des sociétés commerciales. C'est la quintessence des diverses révisions qu'a opéré le législateur OHADA dans les Actes Uniformes qui sont en étroite relation avec la gestion de ces sociétés commerciales<sup>2</sup> et qui, aux travers de leurs analyses nous amènent à cerner la nécessité d'une transparence accrue aussi bien dans le fonctionnement que dans la gestion financière de celles-ci. L'abus, terme qui renferme divers sens, est un vocable que le législateur utilise pour tirer profit d'une gestion aussi équitable que possible de la société commerciale, dans un environnement où les intérêts de ceux qui l'ont institué sont en confrontation avec ceux de la société elle-même.

Prescrit par le législateur OHADA, l'abus n'est pas comme le serait la confidentialité<sup>3</sup> ou l'image fidèle<sup>4</sup>, une notion qui a un sens positif en affaire. A première vue, cette notion est tout ce que l'on peut redouter lorsqu'on est en relation avec une personne car, personne n'aimerait qu'on abuse de sa confiance ou de sa loyauté. Elle est l'opposé de la franchise ou de ce qui est reconnu comme juste dans par les hommes. L'abus dans les sociétés commerciales fait appel à des notions telles que droit et pouvoir. Droit d'une part parce que les associés/ actionnaires ont des droits qui leur sont reconnus par la société en guise de contrepartie à leurs apports dans la société<sup>5</sup>. Le législateur a pris le soin de faire une liste non exhaustive de ces droits : droit au dividende, droit de vote, droit aux informations sur la gestion de la société et des droits spécifiques qui représentent des privilèges à savoir le droit préférentiel de

---

<sup>1</sup> PERECHON (R) et BONHOMME (F.), *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n°1, p.1., cité par AKAM AKAM (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », in colloque de formation des juristes camerounais en droit OHADA, n°1, p.1.

<sup>2</sup> Il y'a tout d'abord l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêts économique du 14 janvier 2014, ensuite l'Acte Uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif de 2015 et enfin l'Acte Uniforme portant harmonisation de la comptabilité des entreprises de 2017.

<sup>3</sup> Pour plus de précision sur la notion, lire, NKOUMMO NGNEGUE (L.-N.), « Le rôle de la confidentialité dans la procédure préventive de conciliation de l'OHADA », *IJMST.*, vol.5, issue 8, 2020, p.1465.

<sup>4</sup> Pour plus de précision sur la notion, lire OBA'A AKONO (R.), « La notion d'image fidèle de l'entité en droit OHADA », in *Juridis-périodique, RDSP*, n°126, 2021 p.169

<sup>5</sup> L'article 51 de l'AUSCGIE dispose que « la société émet des titres sociaux en contrepartie des apports faits par les associés. Ils représentent les droits des associés et sont dénommés actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres sociétés ».

souscription aux actions émises en cas d'augmentation du capital social. Quant au pouvoir d'autre part, il est attribué à celui qui dirige la société car « *tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser [...]* »<sup>6</sup>. Ainsi, dans un monde où des droits et des pouvoirs sont relation, il faut chercher à les canaliser. L'abus joue donc ce rôle de canalisateur pour que chacun joue sa partition pour le bon fonctionnement de la société commerciale. Dès lors, qu'entend-on par abus ?

Pour décrire l'abus, des auteurs ont fait appels à des éléments aussi bien interne qu'externe propre aux personnes qui y sont impliquées. Nous avons entre autres l'intention de nuire<sup>7</sup>, la faute, le préjudice, l'usage<sup>8</sup>. Ces éléments ressortent les intentions et le but recherché par ces personnes. Du latin *abusus*, du verbe *abuti*, l'abus signifie faire mauvais usage<sup>9</sup>. Aussi, il est tout ce qui est fait de façon à dépasser les limites permises. Il est un Usage excessif et sanctionné en tant que tel, d'une prérogative ou d'une situation en elles-mêmes licites<sup>10</sup>. L'abus revêt des sens aussi variés que possible selon les domaines dans lesquels il se retrouve. Il est un versant négatif, une faute que l'on commet lorsqu'on est en possession de quelque chose. Selon le Juridictionnaire<sup>11</sup>, il y'a abus chaque fois que l'exercice d'un droit ou l'avantage tiré d'une situation particulière s'opère au détriment d'autrui ou au mépris des droits légitimes d'un tiers, outrepassant de ce fait les limites de ce que la loi considère comme admissible, acceptable, normal ou raisonnable. Par conséquent, commet un abus de droit quiconque outrepassé les limites de son droit, soit du fait de sa mauvaise foi ou de son intention de nuire, soit par suite de l'exercice anormal, maladroit ou insouciant de son droit, et, ce faisant, cause un dommage ou un préjudice à autrui. De ce fait, Pour qu'il y ait abus, la jurisprudence requiert, suivant un ordre décroissant de sévérité, tantôt une mauvaise foi caractérisée<sup>12</sup>, tantôt un détournement

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre XI, Chapitre IV, Genève, 1748.

<sup>7</sup> Selon RIPERT, le droit subjectif est un pouvoir égoïste, absolu, foncièrement inégalitaire. Seul l'exercice d'un droit dans le dessein de nuire à autrui prive son titulaire de son immunité car, en ce cas, tout en se conformant à la légalité (le droit positif), il transgresse la moralité (art. cit. et aussi La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4 e éd., 1949, n o 93

<sup>8</sup> Voir KHALED AGUEMON, *Réflexions sur l'Abus en droit des sociétés commerciales OHADA : une contribution du droit français*, th, Univ. Panthéon- Sorbonne, 2014, p.96 et s.

<sup>9</sup> Vocabulaire juridique Henri Capitant ; voir dictionnaire universel, Hachette, 4<sup>e</sup> éd. V. abus.

<sup>10</sup> Lexique des termes juridiques, 25<sup>e</sup> éd., 2017-2018 s/d de GUINCHARD S. et DEBARD Th.

<sup>11</sup> PICOTTE (J.), *Juridictionnaire, Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, CTTJ, p.42

<sup>12</sup> Cass. 2 e civ., 11 janv. 1973, Bull. civ. II, n o 17 : « *L'exercice d'une action en justice, de même que la défense à une telle action, constitue, en principe, un droit et ne dégénère en abus, pouvant donner naissance à une dette de dommages-intérêts, que dans le cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol* ».

du droit de sa fonction<sup>13</sup> ou de pouvoir<sup>14</sup>, tantôt une faute simple ou l'absence d'un intérêt légitime<sup>15</sup>, tantôt seulement un dommage excessif<sup>16</sup>. Quant au mot rôle, il est attribué à quelque chose qui a de la valeur et par conséquent représente une action que doit faire quelque chose. L'abus aurait dans ce cas à agir dans la société commerciale définie comme un contrat dont deux ou plusieurs personnes se conviennent, d'affecter à une activité des biens en numéraire, ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter<sup>17</sup>. Soucieux du bien-être des sociétés commerciales de son espace, le législateur OHADA le démontre en définissant quelques situations d'abus qui peuvent s'y retrouver : l'abus de minorité ou d'égalité<sup>18</sup>, l'abus de majorité<sup>19</sup> et l'abus des biens et du crédit de la société<sup>20</sup>. Ces situations d'abus sont prévues pour prévenir tout excès susceptible de survenir dans le fonctionnement des sociétés commerciales soit du fait des associés, soit du fait des dirigeants sociaux. Elles trouvent leurs sanctions aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal. Dans le but de rendre l'environnement des affaires de ses pays membres attractif, le législateur OHADA se doit de garantir aux investisseurs une gestion saine de leurs investissements par la mise en œuvre des mesures d'assainissement des sociétés commerciales, et l'abus vient donc répondre à ce souci. Ainsi, la question se pose de savoir quel peut être le rôle de l'abus dans le fonctionnement des sociétés commerciales OHADA ? autrement dit l'abus est-il en mesure de garantir une gestion saine de la société commerciale ? il est important de noter que le législateur OHADA soucieux de la préservation de l'intérêt social fait de ce

---

<sup>13</sup> CE, 7 juill. 1950, Dehaene, D. 1950, 538, note A. Gervais ; JCP G, 1950.II.5681, concl. Gazier ; RDP 1950, p. 691, note M. Waline : « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ». L'abus du droit de grève consiste à détourner cette prérogative de sa fonction (ex. : grève tournante, débrayages inopinés entraînant une désorganisation complète de l'entreprise, grève de pure solidarité, grève politique, occupation des locaux entravant la liberté de travail des non-grévistes...).

<sup>14</sup> L'abus de minorité ou de majorité en droit des sociétés combine un détournement de pouvoir (il suppose le blocage d'une prise de décision par les minoritaires ou un vote des majoritaires contraire à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser leurs intérêts personnels) et une intention de nuire (aux autres associés)

<sup>15</sup> La jurisprudence sanctionne l'abus de droit commis, dans la religion juive, par un mari divorcé qui refuse de délivrer le gueth à son épouse (lettre de répudiation indispensable à la femme désireuse de se remarier). La femme n'a pas à établir l'intention de nuire de son ex-conjoint (Cass. 2 e civ., 5 juin 1985, JCP G, 1987.II.20728. V. Droit de la famille, coll. Droit civil). Sur ce thème, v. le film Gett. Le procès de Viviane Amsalem (réalisé par S. et R. Elkabetz, 2014).

<sup>16</sup> L'abus dans l'exercice d'une faculté de résiliation ou de non-renouvellement d'un contrat peut se déduire de la gravité du préjudice subi par l'autre partie (par ex. perte de lourds investissements effectués dans l'exécution d'un contrat de concession : Cass. com., 20 janv. 1998, JCP G, 1999, II, 10018 ; D. 1998, 414). Adde : Cass. com., 28 févr. 1995, Bull. civ. IV, n° 63 (« la société avait fait dégénérer en abus son droit de mettre fin à des relations commerciales ») ; Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998, Somm. p. 113, obs. D. Mazeaud (« l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans (sic) la volonté de nuire de celui qui résilie »).

<sup>17</sup> Voir les dispositions de l'article 4 de l'AUSCGIE.

<sup>18</sup> Article 131 de l'AUSCGIE

<sup>19</sup> Article 130 de l'AUSCGIE.

<sup>20</sup> Article 891 de l'AUSCGIE

vocabulaire un principe autour duquel doivent graviter tous les actes qui entrent dans la gestion de la société (I) et sanctionnent par la même occasion sa violation (II).

## I- LA PRESERVATION DE L'INTERET SOCIAL PAR L'ABUS DANS LES SOCIETES COMMERCIALES

Page | 268

Les sociétés commerciales dans le paysage économique des Etats africains sont de grands vivriers d'emplois. Elles participent à la hausse du PIB et regorgent d'énormes potentialités économiques. Il est donc important d'assurer leur sécurité et par ricochet leur fonctionnement normal. Ce dernier passe par la convergence des intérêts de ses membres. Cette dernière est soutenue par le fait que les acteurs sociaux doivent regarder dans la même direction, même si chacun est soucieux de la préservation de ses intérêts personnels. L'intérêt social devrait pouvoir orienter les décisions que prennent les associés pour le bien-être de la personne morale qu'est la société. Terme à contenu variable, l'intérêt social n'est pas défini par le législateur OHADA et est considéré par certains comme la « *boussole* »<sup>21</sup> de la société, et par d'autres comme la « *cause* »<sup>22</sup> de la société commerciale. Malgré cette divergence de point de vue, l'idée qui se dégage est celle de veiller à la pérennité de la société. Tout comme l'intérêt social joue un rôle important dans les sociétés commerciales, l'abus veille à ce que ce rôle ne soit pas détourné par les acteurs sociaux et concourt à orienter les actes sociaux dans son seul respect(A). Par ailleurs, l'abus oriente également l'intervention de toute personne externe à la société vers la préservation de l'intérêt social (B).

### A- L'abus dans la préservation de l'intérêt social par les associés

Le législateur OHADA utilise l'abus comme un outil de préservation de l'intérêt social dans la mesure où ce dernier est un élément clé dans la définition des situations d'abus mentionnées dans l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales. Ainsi, aux termes de l'article 130 alinéa 2, « *il y'a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* ». et l'article 131 alinéa 2, « *il y'a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ». De ces articles, il ressort qu'une

<sup>21</sup> COZIAN (M.) & al., *Droit des sociétés*, Litec, 23<sup>ème</sup> éd. , p. 175

<sup>22</sup> MOUTTHIEU DJANDEU (M.-A.) , *L'intérêt social en droit des sociétés*, th., Doctorat d'Etat, Univ Yaoundé II, 2006.p.63

décision est considérée comme abusive lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt de la société. A quoi renvoie l'intérêt social ? il est considéré par les uns et les autres tantôt comme l'intérêt de la personne morale, tantôt comme l'intérêt des associés (1). Dans tous les cas, l'abus participe de façon indéniable à veiller à ce que l'intention qui prévalait lorsque les associés mettaient leur bien en commun soit préservé pour l'atteinte de l'intérêt social (2).

### 1- Les différentes controverses sur la conception de l'intérêt social

L'intérêt social fait l'objet d'une vive controverse née de la nature de la société commerciale dont il est sensé protégé. Ainsi, il est rattaché soit à la vision institutionnelle de la société, soit à la vision contractuelle.

Pour la vision institutionnelle de la société, l'intérêt social est un intérêt qui transcende les intérêts catégoriels<sup>23</sup>. On pourrait retenir que l'intérêt des associés n'est que le contenu de l'intérêt social<sup>24</sup> qui sert également d'intérêts de tous. Dès lors, en cas de conflits d'intérêts, le juge cherchera à protéger prioritairement l'intérêt de l'entreprise.

Il en découle que l'intérêt de l'entreprise ne protège pas seulement les intérêts catégoriels mais également la société elle-même par sa pérennité, sa stabilité, son fonctionnement ; ce qui semble logique puisque la protection des intérêts catégoriels nécessite la protection de la source de ces différents intérêts. S'il est souhaitable de considérer l'intérêt social au sens de l'AUSC, comme l'intérêt de l'entreprise, compte tenu de la plus grande protection pour la société qu'offre cette approche, on peut néanmoins reprocher à cette conception de justifier la mainmise sur la société d'une classe de dirigeants s'abritant « *derrière la bannière de l'intérêt social, entendu comme l'intérêt supérieur dans l'entreprise* »<sup>25</sup>. L'intérêt de l'entreprise pourrait « *être le moyen d'une confiscation du pouvoir au profit d'une petite oligarchie de dirigeants* »<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> DE CORDT (Y.), L'égalité entre actionnaires, Louvain 2004, p.434, n°282. Cité par MAGNE FOSSO (V.-Y.), *L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, th., Univ. Cote d'Azur 2020,

<sup>24</sup> PAILLUSSEAU (J.), « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », *Sirey*, 1967, p.200. L'auteur assimilait l'intérêt social à un « intérêt propre d'une entité autonome et indépendante », car disait-il, qu'en effet, « l'intérêt de l'entreprise est le meilleur garant de la protection de l'ensemble des intérêts catégoriels. Il est évident que si l'entreprise est la cause de l'existence de tous ces intérêts, sa prospérité est aussi le dénominateur commun de leur protection. C'est dans la perspective de son expansion et de sa rentabilité que les associés lui ont apportés des fonds, que des tiers lui ont accordé du crédit, que les dirigeants la conduisent, que des salariés des cadres y travaillent, que des partenaires l'admettent dans une centrale d'achats, (...) ».

<sup>25</sup> PIROVANO (A.), « La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.* 1997, p. 189.

<sup>26</sup> DAIGRE (J.-J.) « le gouvernement d'entreprise: feu de paille ou mouvement de fond »; *Droit & Patrimoine*, juillet - août 1996. 21

C'est de l'intérêt propre de la société qu'il s'agit. « *Il ne se confond pas avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés* »<sup>27</sup>. La distinction résidant dans le principe selon lequel « *la société est une personne morale indépendante de la masse des personnes physiques qui la composent* »<sup>28</sup>. C'est également la conception qui, selon Monique Aimée MOUTHIEU NJANDEU<sup>29</sup>, déplace le contenu de l'intérêt social des contractants vers l'intérêt propre d'une entité.

Par contre, la conception contractualiste de l'intérêt social repose sur un domaine très restrictif de la société commerciale. Il limite la société commerciale au gain que les associés qui ont créés la société sont susceptibles d'avoir car, aux vues des dispositions de l'article 4 de l'AUDSC in fine, la société commerciale est créée aux fins de réaliser des bénéfices. Ainsi, Pour le Professeur SCHMIDT<sup>30</sup>, ce texte assigne au contrat de société un but précis qui est le partage entre les associés du bénéfice réalisé par la société. Aussi, estime-t-il, le gouvernement de la société doit avoir pour objectif le partage du bénéfice. Le second élément de réflexion est tirée de l'article 1833 qui dispose que « *toute société doit être (...) constituée dans l'intérêt commun des associé* », ce qui permet à l'auteur de conclure que « *la société (...) n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social* »<sup>31</sup>.

La satisfaction de l'intérêt de chacun (l'enrichissement individuel) passe inévitablement par celle de l'intérêt commun (l'enrichissement de la société). En conséquence, l'enrichissement social étant recherché par tous, il paraît naturel d'imposer une coopération effective des associés pour satisfaire l'intérêt personnel de chacun<sup>32</sup>. Certes, les associés

<sup>27</sup> COZIAN (M.) et al., *Droit des sociétés*, Litec, 23<sup>ème</sup> éd., p. 175

<sup>28</sup> VERDIER (J.-M.) et MONSALLIER (M.-C.), « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », L.G.D.J., 1998, n° 762. 318 cité par EWANE MOTTO (P.-Ch.), *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, th., Univ. Paris- Est 2015, p.132

<sup>29</sup> MOUTHIEU NJANDEU (M.-A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, th., Doctorat d'Etat, Univ Yaoundé II, 2006.p.63

<sup>30</sup> SCHMIDT (D.) « De l'intérêt social » ; JCP éd E 1995, 488

<sup>31</sup> SCHMIDT (D.) « De l'intérêt social » ; JCP éd E 1995, n° 38. 488

<sup>32</sup> En ce sens, voir CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. GHOZI (A.), n° 54, p. 62 : « La poursuite de cet intérêt commun explique que la distribution soit une opération économique où règne un incontestable esprit d'équipe » ; PICOD (Y.), « L'obligation de non concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », JCP E 1994, 349, p. 195, spéc. p. 201 : « L'imbrication des intérêts supposera en effet une étroite et permanente collaboration ainsi que des rapports particuliers de confiance et de loyauté » ; LOSFELD (B.), *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 448, p. 364 ; LAITHIER (Y.-M.), « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, doct. p. 1003, spéc. p. 1008 ; FAVARIO (T.), « Regards civilistes sur le contrat de société », Rev. soc. 2008, p. 53, spéc. p. 71 ; AYNES (L.), « L'obligation de loyauté », Archives de Philosophie du Droit 2000, p. 195, spéc. p. 201 ; DIESSE (F.), art. préc., spéc. p. 277, note de bas de page n° 108 ; WEIL (K.-

peuvent avoir des opinions divergentes sur la manière de gouverner la société. Tous souhaitent cependant la réalisation de l'objet social afin de parvenir à un enrichissement collectif qui bénéficiera à chacun. Partant, tous sont incités à agir de concert pour que la cause commune se réalise<sup>33</sup>. Chacun des associés s'attend à ce que les autres se comportent en considération de cet intérêt commun et, par conséquent, s'entraident pour sa réalisation.

Précisons néanmoins que l'intérêt social représente « *ce qui est bon pour la société* » alors que l'intérêt commun implique que chaque associé participe à l'enrichissement social proportionnellement à ses droits individuels. Ainsi, c'est parce que les décisions sociales produisent des effets sur le patrimoine des associés, par exemple parce qu'une distribution des dividendes est répartie entre chaque actionnaire proportionnellement à sa part légale ou statutaire dans les bénéfices, qu'il y a intérêt commun. Or, l'intérêt commun n'est pas le seul impératif de la vie des affaires et doit se coupler avec la considération de l'intérêt des actionnaires.

Cet intérêt commun à tous les actionnaires implique donc que la société soit dirigée avec pour objectif premier le partage du plus grand bénéfice social. Ce qui implique l'obligation de discerner les actionnaires qui sont à la recherche du profit immédiat de ceux qui sont à la recherche d'une croissance à long terme de la société. Selon Philippe BISSARA, il convient dès lors de constater les divergences d'intérêts entre dirigeants et actionnaires puisque les premiers sont partisans d'une stratégie d'enracinement tendant à conforter leur situation personnelle, à accroître leurs pouvoirs et gains ainsi qu'à prolonger leur fonction au détriment des actionnaires qui cherchent légitimement à maximiser leurs profits.<sup>34</sup> Le Professeur SCHMITD lui-même distingue chez les actionnaires l'intérêt des entrepreneurs de celui des investisseurs en relevant que la thèse de la société contrat « *développe tous ses effets à l'égard des sociétés de capitaux, notamment celles cotées en bourse : les investisseurs attendent en effet une création de richesse à partir des fonds qu'ils ont apportés ou mis en réserve dans l'objectif*

---

G.), « La protection des associés minoritaires en droit allemand des sociétés à responsabilité limitée », Rev. soc. 1993, p. 561, spéc. p. 563 : les obligations de loyauté et de coopération « résultent de la nature même du contrat de société » ; à suivre l'auteur, il n'existerait aucun lien entre l'existence d'un intérêt commun et le développement de la coopération dans le contrat

<sup>33</sup> LOSFELD (B.), *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 448, « l'enrichissement final de chaque associé demeure nécessairement conditionné à la bonne exécution du contrat de société, laquelle ne se réalise qu'au moyen d'une collaboration efficace entre tous » et n° 471, p. 380 : « S'il est exact que deux futurs associés doivent, en tout état de cause, avoir l'envie de se lier l'un à l'autre, la collaboration qui en découle demeure largement facilitée par cette circonstance que l'énergie déployée par l'un ne bénéficie pas exclusivement à l'autre, mais participe au contraire à la fructification de l'apport de chacun ».

<sup>34</sup> BISSARA (Ph.), « L'intérêt social », Rev. sociétés, janv.- mars 1999, p. 6. Cité par BRUDER (A.), Les conséquences de l'actionnariat salarié en droit des sociétés per action, th., Univ de Lille II, 2007, p.347

d'une optimisation de la valeur des actions »<sup>35</sup>. Selon cet auteur, on est en train de passer d'un droit des sociétés tendant vers la réalisation de l'intérêt social à un droit tiraillé par le souci de satisfaire l'intérêt commun, l'intérêt de la société, l'intérêt des salariés ainsi l'intérêt du marché financier<sup>36</sup>.

L'intérêt collectif marque la synthèse entre ces deux branches superposables : c'est le point de convergence entre l'intérêt de la société et la somme des volontés individuelles des associés. L'abus de majorité renvoie à cette définition puisqu'il se caractérise cumulativement par une rupture de l'égalité entre actionnaires et un acte contraire à l'intérêt de la société. L'intérêt commun des associés n'est jamais pris en considération exclusive de l'intérêt social et inversement. Affirmer la prééminence de l'intérêt supérieur de la personne morale tout en reconnaissant les intérêts catégoriels susceptibles d'être invoqués, c'est consacrer la notion d'intérêt collectif<sup>37</sup>.

L'intérêt social est une contrainte réelle pour l'éthique dans la mesure où la responsabilité des dirigeants est engagée par son non-respect. L'éthique doit s'insérer dans le cadre posé par l'intérêt social, ce qui suppose d'en expliquer succinctement le contenu<sup>38</sup>. Comme l'indique le professeur Alain VIANDIER, « *l'intérêt social est le concept majeur du droit moderne des sociétés* »<sup>39</sup>. Il s'agit là d'un concept que ni le législateur de l'OHADA, ni le législateur français n'ont pensé à le définir. Pour sa part, la doctrine dans son ensemble se divise entre les tenants d'un intérêt social identifié à l'intérêt des associés et ceux qui considèrent que l'intérêt social n'est rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise<sup>40</sup>. Quant à Monsieur BERTREL, il considère que l'intérêt social est d'abord et avant tout l'intérêt des associés mais n'est pas que

<sup>35</sup> SCHIMDT (D.), « De l'intérêt social », Rev. dr. banc., 1995, n°50, p. 130 et s. cité par BRUDER (A.), Les conséquences de l'actionnariat salarié en droit des sociétés per action, th., Univ de Lille II, 2007, p.347

<sup>36</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), Le législateur des procédures collectives et ses échecs, Paris, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 115 (no 22), cité par BADJI (P.-A.-S.), « L'évolution du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales », op.cit.

<sup>37</sup> CADIET (I.), « L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance », in Management et Sciences Sociales, n°13, 2012, p.19.

<sup>38</sup> NGUIHE KANTE (P.), « A propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », revue ERSUMA n°2, Mars 2013, p. 11.

<sup>39</sup> VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, Bibliothèque de droit privé, t. CLVI, p. 72.

<sup>40</sup> Sur cette notion, cf. SCHAPIRA, *L'intérêt social...*, RTD. Com. 1971, p. 959 et s. ; SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse (dactyl.), Lyon, 1974 ; SCHMIDT D., De l'intérêt commun des associés, JCP E 1994, 1, 404 et s. ; *De l'intérêt social*, JCP, E, 1995, I, p. 361 et s. ; COURET, *L'intérêt social*, Cah. dr. entr. 1996/4 ; GERMAIN M., *L'intérêt commun*, ibid. ; PIROVANO (A.), « La boussole de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise » ?, D. 1997, chr., p. 189 et s. GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD.Com., 2004, p. 35 et s. ; BASUYAUX (B.), *Intérêt social une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales*, L.P.A., 2005, n° 4, p. 3 et s. MOUTHIEU (M.-A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, thèse doctorat d'Etat, Yaoundé II, 2006

l'intérêt de ceux-ci<sup>41</sup>. Les objectifs que les administrateurs doivent poursuivre, lorsqu'ils exercent, en conseil, leur droit de vote : « *ils sont tous, écrit-il, pareillement obligés de prendre leurs décisions en considération de l'intérêt social sans pouvoir faire prévaloir l'intérêt spécifique des groupes dont ils émanent* »<sup>42</sup>. L'abus est donc appelé dans ce cas à veiller à ce que l'intérêt social, entendu comme l'intérêt de la personne morale soit protégé ; sans toutefois affecter la volonté qu'ont les associés de rester associés.

## 2- La contribution de l'abus au maintien de *l'affectio societatis*

L'absence de consécration de l'obligation de coopération des associés n'a pas empêché la doctrine de mettre en exergue une exigence comportementale à travers le renforcement de *l'affectio societatis*<sup>43</sup>. Bénéficiant d'une plus grande légitimité doctrinale que l'intérêt commun<sup>44</sup>, *l'affectio societatis* a en effet connu un important succès auprès de la jurisprudence qu'elle a précisément défini comme « *la collaboration effective à l'exploitation d'un intérêt commun sur un pied d'égalité* »<sup>45</sup>.

Il faut tout de même établir un distinguo entre *l'affectio societatis* exprimé dans les sociétés de personnes à celui exprimé dans les sociétés de capitaux. Dans les sociétés de personnes réunissant le plus souvent de vrais partenaires agissant pour une œuvre commune, les associés sont animés d'une volonté forte de participer à la gestion sociale et de collaborer. En revanche dans les sociétés de capitaux, on y trouve certes des associés tenant à s'impliquer véritablement dans la société, mais également une masse anonyme des associés qui n'ont fait que de placements financiers dont ils attendent le rendement maximal en terme de dividendes. Ce sont de simples bailleurs de fonds et des investisseurs<sup>46</sup>. Ce qui a fait reconnaître aux contrôleurs la qualité d'associés au motif que seul ceux-ci seraient animés de *l'affectio societatis*<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> BERTREL (J.- P.), « La position de la doctrine sur l'intérêt social », Droit et Patrimoine, Avril 1997.

<sup>42</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), « L'acquisition du contrôle d'une société anonyme et l'information de l'acquéreur », in *Mélanges Dalcq*, p. 591

<sup>43</sup> SCHMITD (D.), « De l'intérêt commun des associés », JCP E 1994, I, 48, p. 535.

<sup>44</sup> Alors que les manuels se contentent de mentionner l'intérêt commun, ils accordent tous des développements autonomes à *l'affectio societatis* lors de l'exposé des éléments constitutifs de la société. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 252 et s., p. 219 et s

<sup>45</sup> Si les auteurs ne s'accordent pas sur une définition unique de *l'affectio societatis*, ils mettent tous en avant cette idée de collaboration pour la satisfaction d'un intérêt commun. Certains évoquent « la volonté de participer à la vie sociale de façon active et intéressée ». V. E. Du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, de M. De Juglart et B. Ippolito, vol. 2, Les sociétés, 3e éd., Montchrestien, T. II-1, 1981, n° 388.

<sup>46</sup> COZIAN (M.), & al. , *Droit des sociétés*, Litec LexisNexis, 19<sup>e</sup> éd., 2007, n°136

<sup>47</sup> LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé » ? brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur » : RDBF., juil.-aout 2002, p.216.

*L'affectio societatis* est un élément important dans les sociétés commerciales qui maintient les associés dans l'esprit d'union. C'est la volonté qu'expriment les associés de coopérer, de développer ensemble leur société et de prospérer. Par conséquent, sans cet élément important pour le vivre ensemble des associés, on est tenté à croire que la société commerciale est susceptible de disparaître. La doctrine classique a vu dans cette notion « *une volonté de collaboration active en vue d'un but commun qui est la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et des activités des associés* »<sup>48</sup>. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris a-t-il estimé que le concept impliquait « *pour les associés, outre leur vocation à la répartition des bénéfices une participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité, un pouvoir de contrôle et de critique, un concours actif à l'administration de l'affaire* »<sup>49</sup>.

Cette conception classique a néanmoins été contestée par quelques auteurs. Tout d'abord, le doyen HAMEL, raisonnant à partir de la notion de cause, a défini *l'affectio societatis* comme la juxtaposition d'une volonté d'union et de celle d'accepter délibérément certains risques<sup>50</sup>. Selon lui, *l'affectio societatis* est un élément de la cause du contrat de société. Aux vues de ces développements, la notion d'*affectio societatis* fait l'objet de controverses doctrinales car cerner le sens exact qu'a voulu donner le législateur paraît peu explicite. Mais une chose est claire, c'est que cette notion édicte une norme de comportement aux associés et est une application de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat.

Certes, il est vrai que *l'affectio societatis* ne se rencontre pas avec la même intensité dans tous les types de sociétés<sup>51</sup>. Le sentiment d'être associé est très fort chez tous les membres d'une société de personnes alors qu'il est quasiment inexistant chez le petit porteur de droits sociaux cotés en Bourse. En effet, « *si dans une société de personnes, l'affectio societatis implique une complète entente entre les associés, il n'en est pas de même dans les sociétés de capitaux où joue avec plus de rigueur la loi du nombre* »<sup>52</sup>. On le voit, quelle que soit la

<sup>48</sup> PIC (P.), « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », Ann. Dr. Comm., 1906, p153. Cité par KADDOUCH (R.), *Le droit de vote de l'associé*, th., Univ d'Aix –Marseille, 2001, p.20

<sup>49</sup> TGI Paris 14 mars 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, p. 913, note M. PEISSE ; Rev. Sociétés 1974 p. 92, note M. GUILBERTEAU ; RTD com. 1974 p. 104, obs. R. HOUIN ; dans le même sens, cass civ 3<sup>e</sup> 25 juin 1997, pourvoi n° 95-18154, *Lexilaser*, n° 1112, qui fait référence à la participation, même indirecte, à la direction de la société, et à un pouvoir de contrôle.

<sup>50</sup> HAMEL (J.), « *L'affectio societatis* », RTD civ. 1925 p. 761 ; *adde*, du même auteur, *Quelques réflexions sur le contrat de société*, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 2, 1963, p. 645. Cité par KADDOUCH (R.), *Le droit de vote de l'associé*, th., Univ d'Aix –Marseille, 2001, p22

<sup>51</sup> MERLE (P.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2000, n° 43. cité par KADDOUCH R., *Le droit de vote de l'associé*, th., Univ d'Aix –Marseille, 2001, p.23

<sup>52</sup> CA Besançon 3 nov. 1954, JCP 1955 II 8750, obs. D.B.

conception que l'on en retienne, l'*affectio societatis* postule la convergence d'intérêts entre les associés. Il fait peser sur chacun l'obligation de se conduire en associé, de subordonner ses intérêts propres à l'intérêt commun. De toute évidence comme le fait remarquer un auteur<sup>53</sup>, « l'*affectio societatis* est un élément caractéristique de la société. Son existence même est subordonnée à la présence de l'*affectio societatis* ».

Or, il est difficile de ne pas voir dans l'*affectio societatis* une application de l'obligation de bonne foi au contrat de société<sup>54</sup> dont un auteur disait qu'il était de « *droit naturel. Il se forme et se gouverne par les seules règles de ce droit, il doit sans doute reposer sur la bonne foi, elle est nécessaire dans tous les contrats mais elle est encore plus spécialement requise dans les contrats de société, elle devrait être excessive s'il est permis de le dire, et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi* »<sup>55</sup>. Ce qui nous laisse penser que l'abus contribue toujours à préserver l'intérêt social à l'égard de toute personne externe sollicitée en cas de mésentente ou de dysfonctionnement de la société commerciale.

## **B- La prise en compte de l'intérêt social par les mandataires judiciaires**

Les sociétés commerciales font de plus en plus l'objet de conflits d'intérêts lorsqu'il y'a mésentente entre les associés. Cette mésentente fait intervenir des personnes dont leur expertise est nécessaire pour aboutir à un terrain d'atteinte. L'abus est donc appelé à veiller à ce que ces personnes n'agissent pas dans leur intérêt personnel mais dans l'intérêt social. Tel est le cas du mandataire ad hoc (1) et de l'administrateur provisoire (2).

### **1- Le respect de l'intérêt social par le mandataire ad hoc**

Le mandataire ad hoc chargé de représenter les associés minoritaires dans la prise de décision en cas d'abus de minorité est appelé à voter dans le sens conforme à l'intérêt social<sup>56</sup>. Pour ce faire, la juridiction compétente qui le désigne doit l'enquêter de ce que la société a comme objectif à atteindre. Il ne doit pas se laisser convaincre de ce que la décision que les associés s'approprient à prendre est forcément la bonne, mais doit faire jouer la logique par la même occasion protéger les associés minoritaires. Comme le dit si bien ALAIN FENEON, « *il*

<sup>53</sup> CODJO MO NTCHO AGBASSA (E.), « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », RTSJ. 2017, n.7, p.71

<sup>54</sup> KADDOUCH (R.), op.cit, p.103

<sup>55</sup> TREILHARD, discussion au Corps législatif du titre du Code civil relatif au contrat de société, cité par AMIAUD (A.), « L'*affectio societatis* », Mélanges Simonius, Aequitas und bona fides, 1955, p. 1 – V. aussi, DAVID (R.) La protection des minorités dans les sociétés par actions, op. cit., n° 38 et s. cité par KADDOUCH (R.), op cit., p.103

<sup>56</sup> Voir article 131 alinéa3 de l'AUSCGIE

ne revient pas au juge d'imposer à l'administrateur ad hoc de nécessairement voter dans le sens des associés majoritaires »<sup>57</sup> mais, l'exigence dans le sens conforme à l'intérêt social doit conduire son jugement dans cette prise de décision. Il serait logique de penser que dans les sociétés dans lesquelles la loi de la majorité prévaut et que le pouvoir est détenu par cette majorité, toutes décisions qu'elle peut soumettre est sou tendue par la préservation de l'intérêt social. Mais, les minoritaires ont également un enjeu financier à préserver et sont le plus souvent butés pour faire entendre leur point de vue. C'est pourquoi pour recadrer toutes décisions susceptible d'être entachées d'abus, seul l'intérêt social pourra réorienter le sens des décisions des acteurs sociaux. Tel doit également prévaloir lorsque la société fait appel à un administrateur provisoire pour remplacer les dirigeants dans la gestion de celle-ci.

## 2- Le cas de l'administrateur provisoire

L'administrateur provisoire est un mandataire judiciaire qui entre dans la société lorsque son fonctionnement normal est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés<sup>58</sup>. Il ne vient pas remplacer les associés dans le cadre d'une prise de décision, mais est appelé à assurer momentanément la gestion des affaires sociales parce qu'il y'aurait également conflit d'intérêt, mésentente, résumé par les termes « *fonctionnement normal de la société rendue impossible* ». il doit assurer la gestion de la société dans l'intérêt de celle-ci et la juridiction compétente qui l'a désigné doit s'assurer du respect de cette condition. C'est pourquoi son mandat est soumis à l'obligation d'établir un rapport sur les opérations qu'il a accompli une fois tous les trois mois<sup>59</sup>. Et il est responsable des actes qu'il accomplit en outrepassant le pouvoir qui lui est confié.

En plus de l'orientation de l'abus vers la préservation de l'intérêt social, l'abus joue un rôle répressif dans la société commerciale

## II-LA CONTRIBUTION DE L'ABUS A LA REPRESSION DANS LES SOCIETES COMMERCIALES

L'abus dans les sociétés commerciales n'est pas un vain mot dénué de valeur répressive. Il contribue à ce qu'un regard soit mis aussi bien sur les actes qu'accomplissent les

<sup>57</sup> FENEON (A.), *Droit des sociétés*, Droit africain, LGDJ- éd. Lextenso, 2015, v° administration provisoire et administration ad hoc, n°158, p.74.

<sup>58</sup> Article 160-1 de l'AUSCGIE.

<sup>59</sup> Article 160-5 de l'AUSCGIE

acteurs sociaux (A) que sur les acteurs eux même, appelés à répondre de leurs actes non seulement à l'égard de la société mais également des associés (B).

### A- La participation de l'abus à la répression des actes

Page | 277

Les sociétés commerciales fonctionnent à base des actes et des décisions que prennent les associés. C'est ce que nous révèlent les dispositions de l'article 130 alinéa 1 selon lesquelles « *les décisions collectives constitutives d'abus de majorité sont nulles* ». Ces actes et décisions lorsqu'ils sont contraires à l'intérêt social sont frappés de nullité. Le régime juridique de cette nullité n'est pas déterminé par le législateur OHADA. Le droit commun distingue deux types de nullité selon la gravité de la décision. Elle peut être soit relative, soit absolue. Du seul fait qu'on soit dans une société commerciale qui est considérée par les uns et les autres tantôt comme un contrat, tantôt comme institution, cette tergiversation sur le type de nullité à appliquer aux actes entachés d'abus règne. Par conséquent, il serait logique d'analyser les contenus de ces types de nullité ( 1) pour déterminer de façon claire la nullité qui convient d'appliquer en cas d'abus (2).

#### 1- Le contenu de la nullité des actes sociaux

Les actes et décisions sociaux sont susceptibles d'être annulés par la juridiction compétente. Ce qui contribue à rétablir l'ordre dans les sociétés commerciales. Cette nullité n'est pas admise que lorsqu'une décision est constitutive d'abus mais également dans divers autres cas<sup>60</sup>. Mais dans le cas précis des délibérations, il est question de voir ce sur quoi repose cette nullité. Autrement dit, cette délibération porte-t-elle atteinte à l'intérêt des associés ou est constitutive d'un trouble à l'ordre public économique ? il est de prime abord reconnu que l'abus de majorité est un acte contraire à l'intérêt social et lèse les associés minoritaires. Dans ce cas, l'intérêt social pourrait-il s'assimiler à l'ordre public économique<sup>61</sup> ou inclurait-il l'intérêt des partenaires, créanciers et investisseurs qui sont en relation avec la société ?

En droit commun, toute nullité est de droit dans la mesure où le juge saisi doit se prononcer s'il constate que les conditions de cette nullité sont réunies<sup>62</sup>. Il est donc saisi par les

<sup>60</sup> Voir FENEON (A.), *Droit des sociétés*, op.cit, plus précisément, la nullité, p.623 et s. et les dispositions de l'AUSCGIE par exemple l'article 143 al.2 qui évoque la nullité de la décision ayant autorisé la distribution des réserves sans le respect de certaines conditions.

<sup>61</sup> L'ordre public économique s'oppose à l'ordre public classique dans la mesure où il ne renvoie pas aux principes fondamentaux ou aux valeurs éthiques qui régissent la société, mais constitue une notion fonctionnelle qui comporte l'ensemble des mesures par lesquelles le législateur tend à organiser les relations économiques, a une finalité positive et recourt surtout à des procédés de réglementation et de contrôle. Voir FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, th., LGDJ., 1963 et *Droit économique*, 2<sup>e</sup> éd., PUF., 1982, p. 49 et s.

<sup>62</sup> TERRE (F.) et al., *Droit civil, LES OBLIGATIONS, D.*, 11<sup>e</sup> éd., v<sup>o</sup> le régime des nullités, pp.437 et s.

parties à l'effet de constater. Ce constat résulte des faits de l'espèce et des preuves qu'auront apportées les parties mises en cause. Nous distinguons la nullité relative de la nullité absolue. Chacune de ces nullités sont invoquées pour protéger.

Pour ce qui est de la nullité relative, elle sanctionne la transgression d'une règle protectrice des intérêts privés. Son régime juridique est défini en contemplation des objectifs qu'elle poursuit. Seules les personnes protégées pourront agir en nullité ; seules ces mêmes personnes pourront renoncer à invoquer une nullité édictée dans leur seul intérêt.

Quid de la nullité absolue, elle sanctionne une règle protectrice de l'intérêt général et par ricochet en droit des sociétés, fait intervenir l'intérêt social qui est le corolaire de l'ordre public économique<sup>63</sup>

## 2- Pour une nullité absolue des délibérations entachées d'abus

Il est de prime abord connu qu'en droit des sociétés, seules les personnes concernées directement par la décision prise dans les assemblées entachée d'abus, peuvent invoquer sa nullité. La nullité absolue a un effet abrogatif, efface la décision et pour le passé, et pour l'avenir. On dit le plus souvent que cette nullité a un effet *erga omnes* dès leur publication.

Ce problème de l'effet de la nullité des délibérations des organes sociaux a fait l'objet d'une vive discussion. Selon certains auteurs, la décision qui prononce la nullité d'une délibération irrégulière a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de tous les associés ou actionnaires ainsi que vis-à-vis des tiers qui auraient pu déduire des droits de la délibération annulée car, il s'agit d'une question indivisible<sup>64</sup>. Il est certes reconnu en droit des sociétés une protection des tiers de bonne foi auxquels les décisions des organes sociaux ne peuvent leur être opposé. Dans ce cas, l'effet de cette nullité est-il susceptible de ne pas leur être appliqué ?

La réponse à cette question nous paraît assez délicate dans la mesure où la délibération dont les associés demande l'annulation est irrégulière, abusive, porte atteinte non seulement à l'intérêt social, mais également préjudice aux intérêts des associés minoritaires. Il aurait été logique que les tiers de bonne foi ne soient pas concernés par l'effet de cette nullité car, n'ayant pas été informés des manigances des majoritaires et que ceux-ci prennent leur responsabilité en les dédommageant du gain qu'ils auront perdu par l'effet de cette nullité. Seule

<sup>63</sup> SIMONART (V.), « L'ordre public et le droit des sociétés », in *Sociétés et droit commercial général*, RDCTBH., 1994, p.96

<sup>64</sup>Cass.21 avril 1966, pas., 1966, I. 1060

la jurisprudence sera en mesure de nous renseigner sur la pratique de cette nullité car le législateur OHADA étant resté silencieux à ce sujet. Ainsi, dans le souci de protéger l'ordre public économique, la rigueur dans la sanction sera un bénéfice et garantira un assainissement des sociétés commerciales dans le but d'attirer les investisseurs. La mise en œuvre de la responsabilité des organes sociaux participera par la même occasion à cet élan.

## **B- La responsabilité des organes sociaux pour abus**

Les organes sociaux qui sont concernés par la sanction de leurs actes abusifs sont entre autre les majoritaires, les minoritaires ou les égalitaires et les dirigeants sociaux. Les votes des décisions abusives sont sanctionnés sur le plan civil (1), par contre, les actes des dirigeants, parce que en rapport direct avec les biens de la société et portent atteinte à la crédibilité de la société, peuvent s'apparenter à un détournement des deniers de la société commerciale (2).

### **1- La responsabilité des associés pour abus de droit de vote**

La responsabilité des associés majoritaires et minoritaires ou égalitaires peut être engagée en cas d'abus de leur part dans le droit de vote. Pour ce faire, le recours au droit commun du droit de la responsabilité civile par le paiement des dommages-intérêts du fait du préjudice subi sera appliqué par le juge. Ainsi, les associés lésés et la société seront en mesure de réclamer ce paiement en rapportant la preuve du préjudice subi. Ce préjudice peut être financier englobé en droit civil par le terme matériel ou même moral. Mais étant donné que nous sommes dans le cadre des sociétés commerciales, le préjudice ne peut être que matériel<sup>65</sup>.

Est-ce qu'un tiers *pénitus extranéi* au contrat de société peut se prévaloir d'un abus et réclamer dommages-intérêts aux associés fautifs ? nous estimons que le tiers peut englober aussi bien les créanciers de la société que les investisseurs. L'abus porte certes atteinte à l'intérêt social qui est l'ensemble des intérêts de tous ceux qui participent d'une manière ou d'une autre au fonctionnement de la société commerciale et y ont un profit à gagner. Par ailleurs, Le législateur évoque comme éléments constitutifs de ces abus le fait qu'il doit porter atteinte à l'intérêt social, la mise à l'écart des minoritaires quant à l'abus de majorité d'une part, et d'autre part, l'abus de minorité est constitué de l'atteinte à l'intérêt social et le refus de voter non justifié par un intérêt légitime. Ces conditions sont-elles cumulatives ou séparées pour que puisse jouer le droit au dommage-intérêt ?

---

<sup>65</sup> Cela peut être un gain manqué

Si elles sont cumulatives, seules les personnes qui sont directement concernées par la décision constitutive d'abus peuvent s'en prévaloir ; c'est-à-dire les associés. Si elles peuvent par contre être dissociées et que l'atteinte seule à l'intérêt social peut jouer, dans ce cas même les tiers pourront s'en prévaloir. Dans la pratique, la jurisprudence nous renseigne sur le cumul de ces conditions. Il serait opportun de revoir cet aspect dans la mesure où la protection des intérêts catégoriels<sup>66</sup> par la sanction de l'abus de droit de vote peut être un atout pour l'attractivité des investisseurs et participerait par la même occasion à l'assainissement des sociétés commerciales OHADA. Les dirigeants sociaux sont doublement sanctionnés pour cet abus.

## 2- La responsabilité des dirigeants sociaux pour abus

Investis des pouvoirs les plus larges pour conduire les affaires sociales, les dirigeants sociaux sont jugés à l'aune des performances ou des échecs<sup>67</sup> tout comme des réalités de la gestion quotidienne<sup>68</sup> de la société. Leur survie à la tête de celle-ci dépend en grande partie des résultats obtenus. Il va de soi que pour les associés ou les actionnaires, le maintien des dirigeants ne saurait se faire au détriment de leurs intérêts ou de ceux de la société. Leur responsabilité peut être engagée aussi bien sur le plan civil, que sur le plan pénal.

S'agissant de la responsabilité des dirigeants sociaux sur le plan civil, il est important de noter que non seulement les associés auront subi des dommages par leurs actes abusifs, mais également la société elle-même va subir. Ainsi, l'associé qui a subi un dommage pourra, via l'action individuelle dont il dispose demander réparation du chef du préjudice subi. L'article 162 de l'AUSCGIE sanctionne la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. L'article ajoute que cette action est intentée par celui qui subit le préjudice. Dans la mesure où les actionnaires peuvent souffrir des conséquences des décisions prises dans l'exercice des fonctions sociales, il est logique qu'une action indépendante leur soit reconnue. De la sorte, pris individuellement, les actionnaires ont le droit d'agir en responsabilité contre les dirigeants sociaux afin qu'ils répondent de leurs actes, lorsqu'ils s'estiment victimes des fautes de ces derniers<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Pour en savoir plus, voir ETOULA ESSOH (Cl.), La protection des intérêts catégoriels dans la gestion des sociétés anonymes OHADA, th, Univ de Yaoundé II, 2015.

<sup>67</sup> AKAM AKAM (A.), « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit OHADA », *Afrilex*, mars 2009

<sup>68</sup> COZIAN (M.), & al., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 27ème éd. 2014, n° 290, p. 172

<sup>69</sup> NJEUFACK TEMGOUA (R.), *La responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales OHADA*, Mémoire de DEA de Droit Communautaire et Comparé UDEAC/CEMAC, Université de Dschang, 1999,

En ce qui concerne l'action sociale, elle est en principe le fait des dirigeants sociaux et est appelé action sociale *ut universi*. Mais la pratique en est tout autre car le dirigeant fautif sera peu enclin à agir contre lui-même<sup>70</sup>. De plus, l'expérience montre que même en cas de remplacement de l'auteur des manquements, les nouveaux hésitent souvent à poursuivre leurs prédécesseurs<sup>71</sup>. Face à cette situation d'anomalie ou de carence<sup>72</sup>, la loi<sup>73</sup> a mis en place un correctif qui permet à tout associé d'agir afin de protéger le patrimoine social<sup>74</sup>. C'est ce mécanisme que la doctrine dénomme action *ut singuli*, par opposition à l'action *ut universi*. Par son application, l'associé cherche à obtenir réparation de l'intégralité<sup>75</sup> du dommage causé à la société<sup>76</sup>, en engageant la responsabilité civile<sup>77</sup> du ou des dirigeants fautifs.

Sur le plan pénal, l'article 9 du même texte sanctionne d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 2.000.000 à 20.000.000 FCFA, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi ont fait, des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement.

Le droit pénal est un droit essentiellement « sanctionnateur », et chaque législateur national prend des dispositions pénales en tenant compte de l'atteinte que l'infraction peut porter à son ordre public interne ; autrement dit, tout le droit répressif est innervé car un comportement puni d'une peine criminelle dans un Etat peut n'être puni que d'une peine correctionnelle ou contraventionnelle dans un autre Etat, ou ne même pas être puni du tout<sup>78</sup>. L'exemple type est celui du Cameroun où la qualification délictuelle ou criminelle d'une

<sup>70</sup> PORACCHIA (D.), « L'actionnaire bénéficie du droit propre d'exercer l'action sociale au nom et pour le compte de la société », obs. sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Dr. et patr.*, juin 2001, p. 108, spéc. p. 9.

<sup>71</sup> CHESNÉ (G.), « L'exercice 'ut singuli' de l'action sociale dans la société anonyme », *RDT.com*. 1962, p. 347, spéc. n°2.

<sup>72</sup> VATINET (R.), « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés*, 2003, p. 247, spéc. n°12.

<sup>73</sup> Art. 1843-5 du Code civil qui s'applique à toutes les sociétés ; art. L225-252 du Code de commerce pour les sociétés par actions.

<sup>74</sup> CHESNÉ (G.), « L'exercice 'ut singuli' de l'action sociale dans la société anonyme », art. cit., n°2.

<sup>75</sup> Avant la loi du 24 juillet 1966, la jurisprudence estimait que l'associé ne pouvait obtenir réparation que de la fraction du dommage social qui correspondait à sa part dans le capital social, voir par exemple, Cass. com. 4 août 1952, *JCP* 1952, 2,7180, note Lescot.

<sup>76</sup> Sur les fonctions de cette responsabilité, voir DIDIER (Ph.) « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés*, 2003, p. 238.

<sup>77</sup> Sur les contours de cette responsabilité, voir GERMAIN (M.), « La responsabilité civile des dirigeants, rapport de synthèse », *Rev. sociétés*, 2003, p. 284.

<sup>78</sup> MOUKALA MOUKOKO (C.), « L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les Etats parties », Session de formation à l'ERSUMA, juil. 2012, p. 64.

incrimination peut influencer par la qualité de la victime ou la nature des biens du délit. C'est ainsi que l'abus de biens sociaux sanctionné de peines délictuelles de la loi 2003/008 du 10 juillet 2003, devient criminel pouvant être condamné de peines perpétuelles de l'article 184 du Code pénal<sup>79</sup>, lorsque les biens distraits appartenaient en tout ou en partie à l'Etat. Pour AGUEMON, *« il faut rechercher un juste équilibre pour une sanction équitable »*<sup>80</sup>.

### Conclusion

Aux termes de cette étude sur le rôle de l'abus dans les sociétés commerciales OHADA, nous pouvons dire que, bien qu'il à première vue quelque chose de négatif et redouté, l'abus contribue de par son intervention à la protection même de la société commerciale. Prévu par le législateur pour avoir un regard sur les actes des organes sociaux, il veille à ce que le but pour lequel les associés se sont accordés pour mettre en commun les biens pour le fonctionnement de la société soit respecté via le respect de l'intérêt social, le maintien de la volonté de rester associé et surtout la sanction des actes contraire à l'intérêt social et l'application de cette sanction sur les personnes qui ont causé des dommages aussi bien aux associés à la société du fait de leurs actes abusifs par le paiement des dommages-intérêts. Cette sanction est davantage rigoureuse lorsque cet abus touche aux biens et au crédit de la société. Cela participe à n'en pas douter à l'assainissement de l'environnement économique des Etats membres de l'OHADA auquel le législateur OHADA tient à les rendre attractifs aux investissements<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Art. 184 du Code pénal camerounais : « Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient frauduleusement quelque bien que ce soit, mobilier ou immobilier, appartenant, destiné ou confié à l'Etat fédéral ou fédéré, à une coopérative, collectivité ou établissement, ou publics ou soumis à la tutelle administrative de l'Etat ou dont l'Etat détient directement ou indirectement la majorité du capital, est puni : a) Au cas où la valeur de ces biens excède 500.000 francs, d'un emprisonnement à vie ; b) Au cas où cette valeur est supérieure à 100.000 francs et inférieure ou égale à 500.000 francs, d'un emprisonnement de quinze à vingt ans ; c) Au cas où cette valeur est égale ou inférieure à 100.000 francs, d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 francs (...) ».

<sup>80</sup> KHALED AGUEMON, Th. Op.cit., p.384.

<sup>81</sup> Pour plus de détail sur ce sujet, lire KAMGA (J.), « L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties », RJSP., n°5, 2012, p.43

**Soliloque sur la temporalité des juridictions pénales internationales : cas  
des TPI *ad-hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda**

*Soliloquy on the temporality of international criminal jurisdictions: the case of ad-hoc ICTs  
for the former Yugoslavia and for Rwanda*

Par:

**WIMANDAMI LIDAM Proté**

Doctorant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Maroua  
(Cameroun).

**Résumé :**

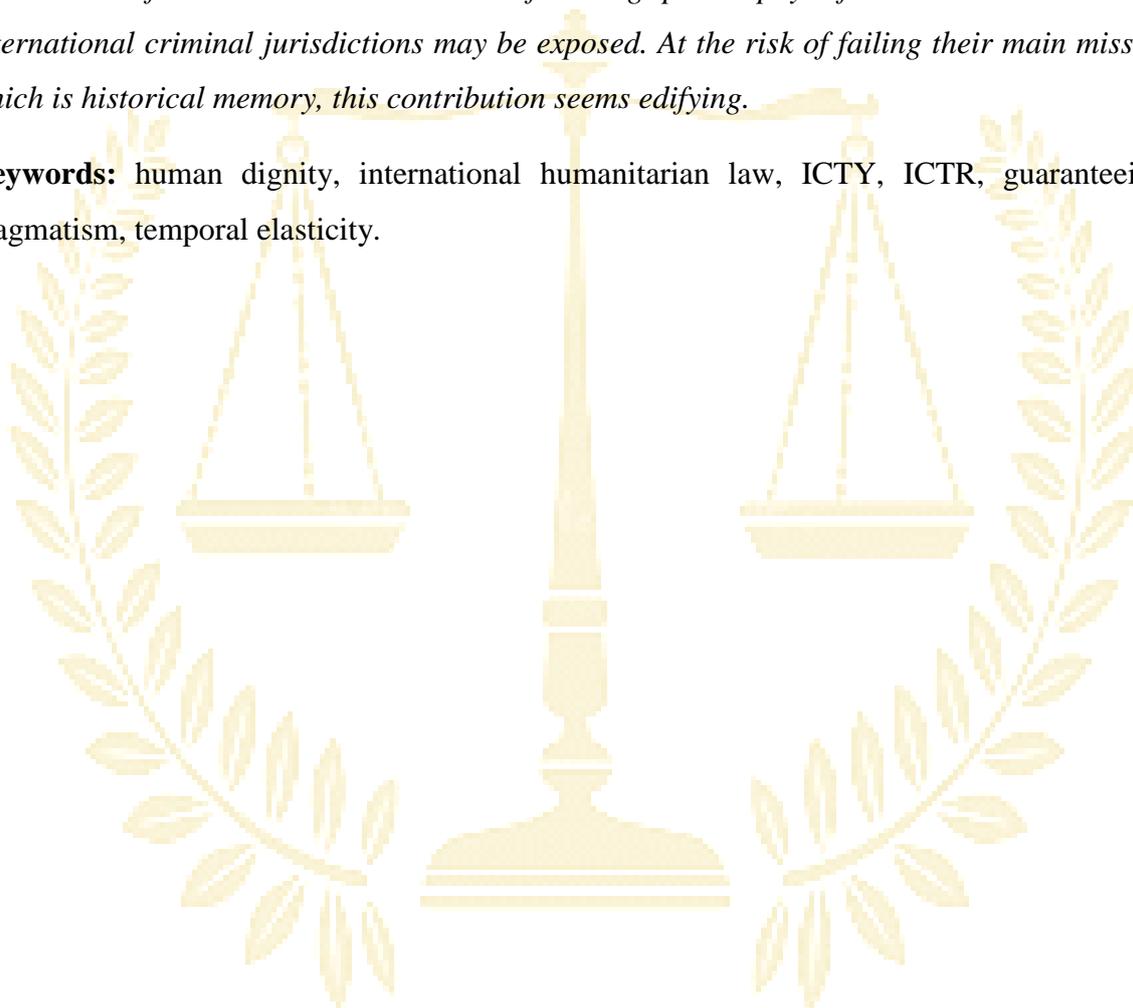
*Créés pour réprimer les horribles exactions ayant porté atteinte à la dignité humaine et plus précisément au droit international humanitaire, horreurs commises par des personnes humaines identifiables, le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda ne devraient durer que le temps d'une vie humaine. C'est pourquoi la présente contribution se veut indicative sur ce point. Fondée sur le garantisme tant juridictionnel que procédural d'une part et dans la logique de pragmatisme d'autre part, mettant en évidence la thèse de l'espérance de vie d'un être humain, cette contribution indicative s'est saisie de la réalité pour exposer quelques risques d'égarements auxquels peut s'exposer la philosophie fondatrice de ces juridictions pénales internationales dites ad-hoc. Au risque d'échouer leur mission principale qui est de mémoire historique, cette contribution paraît édifiante.*

**Mots clefs :** dignité humaine, droit international humanitaire, TPIY, TPIR, garantisme, pragmatisme, élasticité temporelle.

**Abstract :**

*Created to punish horrific abuses that have undermined human dignity and more specifically international humanitarian law, horrors committed by human beings, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda should during only the time of a human life. This is why the present contribution aims to be indicative. Based on both jurisdictional and procedural guaranteeism on the one hand and on the logic of pragmatism on the other hand, highlighting the thesis of the life expectancy of a human being, this indicative contribution seized on reality to expose some risks of deviations to which the founding philosophy of these so-called ad-hoc international criminal jurisdictions may be exposed. At the risk of failing their main mission, which is historical memory, this contribution seems edifying.*

**Keywords:** human dignity, international humanitarian law, ICTY, ICTR, guaranteeism, pragmatism, temporal elasticity.



## Introduction

La justice pénale internationale<sup>1</sup> a connu, depuis ses premières expériences<sup>2</sup> jusqu'à l'avènement de la Cour Pénale Internationale<sup>3</sup>, encore querellée sous d'autres cieux<sup>4</sup>, une

<sup>1</sup> L'idée de la justice pénale internationale est un peu ancienne bien que querellée. Elle est *ancienne* parce qu'elle résulte de la vieille notion de coopération qui la fonde également. Mikhaël POUTIERS, par exemple, renseigne que la première trace de coopération se trouverait dans l'Égypte Ancienne il y a de cela 1269 ans avant Jésus-Christ (V. à cet effet, POUTIERS (M.), « L'extradition des auteurs d'infractions internationales », in ASCENCIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, n° 1, p. 933). En effet, selon l'auteur, c'est dans la ville de Karnac qu'on pouvait lire, gravé sur un mur, le traité de paix entre le Pharaon Ramsès II et le Prince des Hittites Hattoussil III. Paul REUTER, à son tour, se basera sur l'« échange de lettres » qui eût lieu entre ces deux éminences de l'Antiquité pour montrer l'impact et l'importance de l'écrit dans les engagements contractuels (V. REUTER (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1985, pp. 1-49. Précisons qu'une 3<sup>ème</sup> édition dudit livre est apparue toujours aux PUF en 1995 et la 1<sup>ère</sup> édition quant à elle datait de 1972 publiée aux éditions *Armand Colin*). Cette notion de justice pénale internationale est ensuite *querellée* parce que des auteurs nombreux la trouvent difficile à réaliser. Bien d'auteurs pensent que c'est avec l'avènement de la CPI que la justice pénale internationale aspire à la pertinence. Pourtant, il y a des auteurs qui ont exprimé les traces des premiers procès pénaux internationaux bien avant le procès de Guillaume II. Il en va ainsi du Professeur Marie BOKA qui révèle dans les premières lignes introductives de sa thèse de Doctorat ce qui suit : « En 1474, s'ouvrait le procès de Peter Von Hagensbach, Grand Bailli d'Alsace, serviteur de Charles le Téméraire. Jugé pour ce que l'on appelle aujourd'hui crimes de guerre, dix-sept souverains des cités voisines l'ont déclaré coupable. » (V. BOKA (M.), *La Cour Pénale Internationale entre droit et relations internationales. Les faiblesses de la Cour à l'épreuve de la politique des Etats*, Université Paris-Est, 2013. On peut télécharger ladite thèse sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01022596>, Introduction, p. 9.

<sup>2</sup> V. BASSIOUNI (M.-C.), « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », in Hervé ASCENCIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000 (1<sup>ère</sup> éd.), pp. 635-659.

<sup>3</sup> Le traité de Rome a été un long processus qui est issu de plusieurs projets avortés. Mais, soucieux de l'ampleur que prend la violation du droit international humanitaire et de la dignité humaine, le système des Nations-Unies a jugé utile de mettre sur pied un Statut de la Cour pénale Internationale baptisé le Statut de Rome de la CPI. Le Cameroun sera d'ailleurs parmi les premiers Etats au monde à le signer. Mais son application relève encore d'une gageure parce qu'il n'est pas depuis lors ratifié par le Cameroun. La loi portant Code de justice militaire dans ce pays a incorporé tout de même les infractions relevant de la compétence matérielle de la CPI à savoir le crime de génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Il ne donne pour autant aucun contenu à ces infractions et ne réfère à aucun texte non plus. Ce qui peut poser une question de sécurité juridique vu que devant une situation, le juge militaire camerounais peut se heurter à la conceptualisation de ces infractions. Devra-t-il donc recourir aux définitions émises par le Statut de Rome de la CPI ou se référer aux Conventions qui traitent spécifiquement de ces infractions ? Sur ce point justement, le législateur aurait dû le préciser pour lui éviter des tâtonnements. Puisque, le magistrat militaire camerounais saisi pour connaître de l'infraction de génocide, par exemple, sera embarrassé de faire le choix entre la conception donnée par l'article 2 de Convention de 1948 traitant du génocide qui donne une définition qui semble plus complète et générale et qui a alimenté, *mutatis mutandi*, les Statuts des TPI ad hoc de l'Ex-Yougoslavie et du Rwanda d'un côté et la définition que donne le Statut de Rome de la CPI qui n'est qu'un copier-coller de la lettre donnée par la Convention de l'autre. Ainsi, le Statut de Rome reprend la définition de ladite Convention sans retirer un *iota* pour la formulation de son article 6 qui définit le crime de génocide dans les mêmes termes. Est-ce qu'on peut dès lors se permettre de dire qu'on est en voie de ratifier le Statut de Rome au Cameroun ? La pratique deviendra coutume et loin s'en faut, on peut avoir la prétention de dire que le souci d'internaliser définitivement le Statut de Rome de la CPI hante déjà trop le législateur.

<sup>4</sup> FERNANDEZ (J.), *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Paris, Ed. A. Pedone, 2010, 650 pages ; DETAIS (J.), « Les Etats-Unis et la Cour Pénale Internationale », in *Droits fondamentaux*, n°3, janvier-décembre 2003 et sur le site [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org) consulté le 16 janvier 2016. Ici, Julien DETAIS présente le projet non seulement de déstabilisation, mais d'éradication ou de suppression de la CPI. Les Etats-Unis auraient mis leur menace à exécution 1<sup>er</sup> juillet 2003 en restreignant leur assistance militaire à 35 Etats et en suspendant près de 50 millions de dollars d'aide destinée à ces Etats. V. LESNES (C.), « Les Etats-Unis durcissent leur campagne contre la CPI », *Le Monde*, parution du 03 juillet 2003, p. 3.; CONDORELLI (L.), « La Cour pénale internationale : un pas de géant, pourvu qu'il soit accompli », *RGDIP*, 1999, pp. 17-18 où il

compétence juridictionnelle inscrite dans la durée<sup>5</sup>. Si au lendemain de la première guerre mondiale<sup>6</sup>, le traité de Versailles<sup>7</sup> condamnait à travers ses articles 227 et 228 l'empereur allemand Guillaume II considéré comme principal auteur de cette atrocité<sup>8</sup> ; et qu'après la deuxième guerre, les Tribunaux Militaires Internationaux de Nuremberg et de Tokyo établissaient une justice à l'honneur des vainqueurs et dirigée contre Hitler et ses acolytes<sup>9</sup>, les choses sont allées un peu différemment avec les Tribunaux Pénaux Internationaux ad hoc à savoir celui pour l'Ex-Yougoslavie<sup>10</sup> et celui pour le Rwanda<sup>11</sup>. Ces juridictions ad-hoc<sup>12</sup>, contrairement à celles qui les ont précédées, ont brillé par la cabale des criminels qui se rendaient introuvables<sup>13</sup>. Ces criminels pensaient qu'ils bénéficieraient d'une forme de prescription pour ces crimes qu'ils ont commis. Ils avaient foi en leur droit interne qui prévoyait cette cause qui supprimerait, au fil des ans, leur responsabilité pénale<sup>14</sup>. Ce qui validerait alors

---

pense que « *le Statut favoriserait l'impunité des hauts responsables d'Etats non parties qui commettent des crimes à l'intérieur des frontières nationales, alors qu'il défavoriserait les Etats, tels les Etats-Unis, dont le personnel (militaire dans la plupart des hypothèses) est très présent à l'étranger* ». A l'opposé, les Etats africains montent au créneau et disent leur indignation contre cette institution judiciaire, qui, pensent-ils, serait exclusivement et spécialement dirigée seulement à l'endroit des justiciables africains. C'est lors d'un Sommet de l'Union Africaine en Afrique du Sud, au sujet des Présidents Kényan UWURU KENYATTA et de son Vice-Président William RUTO, de l'Ex-Président soudanais Omar El BECHIR (V. MOUANGUE KOBILA (J.), « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », in *Cahiers Thucydide*, n°10, Etude – Février 2012, Centre Thucydide-Analyse et Recherche en Relations Internationales, Université Panthéon-Assas (Paris II), 61 pages).

<sup>5</sup> C'est ainsi que le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie et celui pour le Rwanda, institués aux lendemains des génocides bosniaque et rwandais respectivement, devraient cesser leur activité en fin 2014. Et début 2015, la place devrait être laissée au Mécanisme qui leur était commun et qui devrait les supplanter.

<sup>6</sup> La guerre que certains polémologues appellent ou baptisent « *la guerre 14-18* ».

<sup>7</sup> C'est le traité de paix que les Nations ont institué pour restaurer la stabilité menacée. On a mis sur pied un *Plan Marshall* pour reconstruire l'Allemagne presque décimée.

<sup>8</sup> L'Empereur Guillaume II a été incriminé pour violation du droit international et offense à l'autorité des traités internationaux. Ce sont là ses actes d'accusation, les griefs portés contre lui.

<sup>9</sup> Il s'agit là des vaincus de la seconde guerre mondiale. Ce qui a conduit à la formation des mouvements des alliés et non alliés (de l'Axe) tels que nous l'apprend l'histoire de la deuxième guerre mondiale.

<sup>10</sup> Le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie est mis sur pied par la Résolution 808 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies en 1993.

<sup>11</sup> Le Tribunal International pour le Rwanda est institué par la Résolution 955 de 1994 du même Conseil de Sécurité des Nations-Unies.

<sup>12</sup> A savoir le TPIY et le TPIR. V. DJALDOUDA (C.), *Les juridictions pénales internationales ad-hoc et le crime contre l'humanité*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Maroua, Année académique 2019/2020, inédit, 491 pages.

<sup>13</sup> Les auteurs présumés de crimes odieux relevant de la compétence des TPI ad hoc étaient des fugitifs en refuge dans certains paradis pénaux. Tous ou presque, pour infiltrer un pays, changèrent leur identité à l'instar de Félicien KABUGA qui changea plus d'une dizaine de fois son identité et qui était en cabale entre plusieurs pays en Europe et en Afrique.

<sup>14</sup> La loi pénale du Rwanda prévoit la prescription tant de la peine que celle de l'action publique à l'image du droit pénal camerounais. Si en droit pénal camerounais, les peines se prescrivent à 20 ans pour les crimes, 5 ans pour les délits et 2 ans pour les contraventions, et que l'action publique quant à elle se prescrit à 10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits et 1 an pour les contraventions (V. article 65 du Code camerounais de procédure pénale), on peut lire à l'Article 5 du code rwandais de procédure pénale intitulé Prescription de l'action publique, bien que la version citée soit postérieure au génocide rwandais, une indication du même quantum qu'en droit camerounais. Quant à la prescription de la peine, l'article 75 du code pénal rwandais diffère du contenu de l'article 67 du code pénal camerounais. Intitulé Prescription de la peine d'emprisonnement, l'article 75 du Code pénal rwandais prévoit une durée de 2 ans révolus pour les peines d'emprisonnement inférieures à 6 mois, 10 ans révolus pour les peines d'emprisonnement supérieures à 6 mois mais inférieures à 5 ans, 20 ans révolus pour les peines d'emprisonnement

la thèse de l'oubli<sup>15</sup>. Voici ce qui justifiera une sortie presque en cascade des auteurs de ces crimes qui se sont autrefois cachés pour échapper aux foudres de la répression internationale. Or, c'est mal connaître le droit international pénal qui rend imprescriptibles les crimes odieux touchant au droit international humanitaire<sup>16</sup>. Le pragmatisme et la prise en considération des intérêts des victimes prévalent aujourd'hui sur toutes autres considérations.

Revenant à la notion de compétence juridictionnelle définie dans le temps, elle désigne la limitation dans le temps d'une juridiction pénale internationale. C'est ainsi que les TPIY et TPIR créés par les Résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU de 1993 pour le premier et de 1994 pour le second, devraient vider leur saisine dans un temps bien déterminé. A cet effet, lesdites juridictions étaient censées fermer fin 2014, et le Mécanisme qui leur est commun devrait prendre le relais pour rattraper les fugitifs en cabale. C'est ce que prévoyait déjà le Paragraphe 1<sup>er</sup> de la Résolution 1966 du 22 décembre 2010 qui formulait que, le Conseil de Sécurité des Nations-Unies, soucieux de mettre fin aux activités des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, à savoir le T.P.I.R et le T.P.I.Y, aurait décidé de « (...) créer le Mécanisme International appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux (« le Mécanisme »), composé de deux divisions dont les dates d'entrée en fonction seront le 1er juillet 2012 pour la division chargée des fonctions résiduelles du T.P.I.R, et le 1er juillet 2013 pour la division chargée des fonctions résiduelles du T.P.I.Y, et décide à cette fin d'adopter le Statut du Mécanisme figurant à l'annexe 1 de la présente résolution. »<sup>17</sup>

Pour le TPIR, par exemple, 8 fugitifs étaient activement recherchés parmi lesquels Félicien KABUGA, le financier du génocide qui avait importé des machettes pour

---

supérieures à 5 ans autre que la condamnation à perpétuité, 30 ans révolus pour les peines d'emprisonnement à perpétuité des infractions prescriptibles. Quant à son homologue et frère camerounais qui, lui, prescrit les peines en tenant compte de la division tripartite faite dans l'article 21 de son Code pénal. Selon le Code pénal camerounais, on peut lire à l'article 67 intitulé La prescription, notamment dans l'alinéa 1<sup>er</sup> ce qui suit :

« La peine principale non subie ainsi que les peines accessoires et les mesures de sûreté qui l'accompagnent ne peuvent plus être exécutées après l'expiration des délais ci-après déterminés à compter de la date du jugement ou de l'arrêt devenu définitif :

- a) Pour crime : vingt ans ;
- b) Pour délit et contravention connexe : cinq ans ;
- c) Pour toute autre contravention : deux ans »

N.B. : les crimes de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité rentrent dans la catégorie des infractions que la loi pénale au Rwanda rend imprescriptibles.

<sup>15</sup> L'amnistie, la vengeance et l'oubli sont les causes de l'échec de la justice pénale internationale émises par le professeur Antonio CASSESE (V. CASSESE (A.), « Présentation de la III<sup>ème</sup> Partie », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Op.cit., pp. 621-631).

<sup>16</sup> L'imprescriptibilité des infractions internationales est un principe phare de droit pénal international. Ainsi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 09 décembre 1948 et qui entrera en vigueur le 12 janvier 1951 rend l'infraction de génocide imprescriptible. Le Statut de Rome de la CPI fera pareil pour ce qui est des infractions relevant de sa compétence.

<sup>17</sup> Paragraphe 1 de la Résolution 1966(2010) du Conseil de sécurité du 22 décembre 2010.

l'accomplissement de la sale besogne<sup>18</sup>. Il était aussi propriétaire de la fameuse Radio des Milles Collines. Mais, ce cerveau du génocide rwandais sera cueilli près de Paris à la mi-mai 2020 sous une fausse identité<sup>19</sup>.

De plus, le Conseil de Sécurité des Nations-Unies commande aux dites juridictions de clôturer leurs travaux « *au plus tard le 31 décembre 2014, de préparer leur fermeture et d'opérer une transition sans heurt avec le Mécanisme, (...)* ». Par cette formule, le TPIY et le TPIR sont appelés à disparaître pour laisser la place au Mécanisme qui doit assurer un rôle résiduel. La justice, désormais incarnée par le Mécanisme, est depuis lors aux trousseaux des auteurs de crimes relevant de la compétence de ces juridictions.

La justice prend heureusement tout son temps. Et ceux des fugitifs qui croyaient que la justice avait oublié leur affaire respective seront tout de suite rattrapés par celle-ci. La spécificité de ces juridictions ne tient pas seulement à leur aspect organique qui fait d'elles des TPI ad-hoc, mais aussi à leur aspect fonctionnel, c'est-à-dire à la capacité des juridictions nationales de Kigali, de Sarajevo et aussi des autres juridictions étrangères à participer à la lutte contre l'impunité, devenue la chose commune de tous les Etats<sup>20</sup>.

Beaucoup seront alors ces auteurs du génocide rwandais qui seront retrouvés et pêchés au Cameroun<sup>21</sup>, d'autres dans les rues françaises à l'instar de Félicien KABUGA, arrêté à Asnières-sur-Seine le 16 mai 2020, d'un Bourgmestre rwandais au temps des hostilités retrouvé en 2021 à Paris, d'un ancien adjudant de la gendarmerie rwandaise retrouvé à la mi-2022 dans une rue parisienne. Décidément, la France est l'un des pays qui a hébergé le plus de génocidaires rwandais.

On peut dès lors se poser une série de questions :

<sup>18</sup> Il s'agissait de l'extermination de l'ethnie Hutu par les Batutsi.

<sup>19</sup> Le communiqué du Procureur du Mécanisme pour les Tribunaux Pénaux Internationaux (MTPI), Serge BRAMMERTZ, précise que « *les forces de l'ordre françaises ont arrêté Félicien KABUGA dans le cadre d'une opération coordonnée sophistiquée ayant nécessité la fouille simultanée de plusieurs endroits.* » (V. le Journal Hebdomadaire *Le Point Afrique* publié le 16/05/2020 à 12h33).

<sup>20</sup> V. WIMANDAMI LIDAM (P.), *L'effectivité de la règle « Aut dedere aut judicare » en droit positif camerounais*, Mémoire de Master-Recherche, Université de Yaoundé II-Soa, Année académique 2014-2015, inédit, p. 28. Ici, l'auteur montre que dans le cadre de la mise en œuvre de leur compétence universelle, les Etats sont tenus à la solidarité qui leur impose la coopération. Pour tout dire, précise l'auteur, « *la portée du principe de compétence universelle vise la lutte contre la criminalité qui apparaît comme une détermination des Etats coopérants à en découdre avec les atteintes à l'ordre public international. Mais, cette portée ne se limite pas à la seule lutte contre la criminalité. Elle va bien plus loin et intéresse aussi la bonne administration de la justice.* ».

<sup>21</sup> V. NGONO (S.), « La participation du Cameroun à la répression du génocide rwandais. Réflexions à partir des décisions de la Cour d'Appel de Yaoundé », *Afrilex n°4*, octobre 2002, sur le site <http://www.Afrilex.u-bordeaux-4.fr>, consulté le 16 janvier 2016, pp. 373-396.

- Comment après tant d'années, les auteurs de crimes odieux sont-ils toujours en cabale et pourtant les standards internationaux commandent une coopération franche des Etats ?
- Interpol existant, comment n'arrive-t-on pas à appréhender ces délinquants ?
- Est-ce pour palier au problème de coût de la justice pénale internationale que le Mécanisme a été institué à la place des juridictions de la Haye et celle d'Arusha ?
- Pourquoi ce changement de dénomination ? Etait-il nécessaire ?
- Quelles sont les raisons logiques avancées pour la création du Mécanisme ?
- Pourquoi une juridiction temporelle pour des criminels introuvables ?

Cette série de questions se résume tant en la conception qu'en la complication du temps de la justice pénale internationale incarnée par les TPI ad-hoc. Un fait pourrait légitimer nos réponses. C'est, suppose-t-on, de la logique du pragmatisme que ce changement de dénomination pourrait trouver son fondement. Reste alors à s'interroger sur la finalité de cette conception du temps à bien d'égards critiquable et de cette complication ô combien salvatrice pour le règne de la justice et de la lutte contre l'impunité. Telles sont exposées en filigrane les deux grandes articulations de notre monologue.

## I- LA CONCEPTION DU TEMPS DANS UNE LOGIQUE DE JUSTICE ABSOLUE

La notion de *justice absolue* est apparue bien longtemps avant l'œuvre du philosophe Emmanuel KANT qu'on reconnaît comme père de ladite théorie<sup>22</sup>. Depuis la naissance de l'Empire Babylonien entre 1730-1686 avant Jésus-Christ, le Code d'Hammourabi punissait déjà par la loi du Talion. Les paragraphes 196 et 197 du code d'Hammourabi s'énonçaient d'ailleurs de la façon suivante : « *Si quelqu'un a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crevera l'œil. S'il lui a brisé l'os, on lui brisera l'os* ».

---

<sup>22</sup> Emmanuel KANT, à travers ses œuvres majeures *La critique de la raison pratique* parue en 1788 et *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, a influencé l'« Ecole de la Justice Absolue », par l'association du droit pénal aux données de la morale, par l'exaltation de l'idée d'expiation par la peine, et par l'affectation à la peine de sa fonction expiatoire.

Cette formulation inspirera la loi de Moïse qui la reprendra dans l'Ancien Testament<sup>23</sup>. On constate ici que la loi n'est ni plus ni moins qu'une riposte proportionnelle à l'acte posé, une réaction manifestant une égalité entre le tort causé<sup>24</sup> et le préjudice subi<sup>25</sup>.

Adosser le droit pénal sur cette conception purement moraliste présente aussi bien des avantages que des inconvénients pour le développement du droit pénal. Dans l'expression des avantages, le Philosophe HEGEL, se fondant sur la thèse du « *contrat social* », pense que le coupable est celui qui aurait rompu ledit contrat social, en se mettant ainsi en marge de la société<sup>26</sup>.

Pour ce qui est des inconvénients, il faut reconnaître que le droit pénal n'est pas calqué sur des théories essentiellement empiriques. La théorie des sciences criminelles combine des données à la fois empiriques et normatives<sup>27</sup>. Dans le cadre des théories empiriques, l'*Ecole Classique* sera prolongée par des perceptions extra philosophiques entretenues d'une part par la figure paternelle de la légalité pénale, en l'occurrence Cesare BECCARIA<sup>28</sup>, et d'autre part par l'utilitariste Jeremy BENTHAM<sup>29</sup>.

Cesare BECCARIA ne se démarque pas totalement de la conception philosophique d'HEGEL et de KANT. Il complète plutôt ces auteurs dans une moindre mesure. Pour BECCARIA en effet, seules les lois peuvent fixer des peines pour chaque délit. Le droit de faire des lois ne réside que dans la personne du législateur, représentant attitré de la société, unie par le contrat social. Dans cet esprit, l'idée de contrat social avancée par HEGEL trouve une importante assise.

En outre, l'idée de morale s'exprime à travers les principes de personnalité et d'individualisation de la peine. La personnalité des peines est un principe de droit pénal en vertu duquel, la loi pénale ne touche ou n'atteint que la personne du délinquant. Voici pourquoi,

---

<sup>23</sup> Dans l'Ancien Testament, il est écrit : « *Tu donneras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie* ».

<sup>24</sup> Le tort causé est l'entreprise ou l'œuvre de l'auteur d'un acte ou d'un comportement qui cause une menace à autrui. Il nécessite une réaction à cet effet.

<sup>25</sup> Le tort subi est la réaction contre l'acte commis par l'auteur d'un acte ou d'un comportement répréhensible. Il vise la correction puisque, en subissant le même sort qu'il a réservé à autrui, l'auteur de l'acte pourra réaliser qu'il a causé quelque chose de moralement inadmissible, néfaste et qui est contre-nature.

<sup>26</sup> L'Homme n'est pas une Robinsonnade. Il est un être sociable. Il est condamné à être en société avec son *alter ego*.

<sup>27</sup> NTONO TSIMI (G.), *Cours inédit de Théorie des Sciences Criminelles*, Université de Yaoundé II, Année académique 2014/2015.

<sup>28</sup> BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, 1764. Dans cette œuvre, l'auteur remet en cause la loi du Talion en critiquant vivement la rigueur des peines et la peine de mort, la torture. Il met l'accent sur l'amendement du coupable et recommande une objectivisation du droit pénal.

<sup>29</sup> BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, 1802.

auteurs, coauteurs et complices sont « *cousus dans le même sac* ». Cette heureuse formule de BECCARIA<sup>30</sup> est l'expression la plus aboutie du principe de la légalité dont on retrouve l'incidence en droit camerounais, à travers l'article 17 du Code Pénal.

Tandis que l'individualisation de la peine est un principe de droit pénal qui vise l'adaptation de la peine à la personne du délinquant en tenant compte de sa qualité de délinquant primaire ou récidiviste. Son implication dans le Code Pénal se traduit par l'article 93 qui traite du choix de la peine.

En revanche, BENTHAM, dans sa pensée utilitariste, pense que dans un Etat de droit, le Législateur doit être perçu comme « *le mathématicien suprême* ». Le droit pénal, pour remplir sa fonction dans une société en dépravation des mœurs, doit être revêtu d'une fonction d'intimidation. Voici pourquoi, l'oubli par la prescription de l'article 67 du Code Pénal, les faits justificatifs des articles 84 et 86 relatifs respectivement à la légitime défense et à l'état de nécessité, constituent autant d'implications de la thèse utilitariste Benthamienne.

Au regard de cet exposé théorique, foncièrement empirique, on peut dire que l'Ecole classique vient en complément aux théories philosophiques qui fondent la justice absolue. A dire vrai, il n'y a qu'une continuité, mieux un trait d'union entre les deux. D'aucuns diraient même que la pensée philosophique est idéaliste, alors que la pensée de l'Ecole Classique est normative. Pour tout dire, l'Ecole de la justice absolue se prolongerait et embraserait la période classique marquée par les figures de BECCARIA et de BENTHAM.

Revenons-en au sujet. A leur création, les Tribunaux Pénaux Internationaux ad-hoc étaient circonscrites dans le temps. Ce qui avait alors poussé les auteurs présumés et recherchés à fuir les foudres de la justice par la voie de l'exil. Ils partaient, pour la plupart, craignant être rattrapés et jugés. Beaucoup falsifiaient alors leur identité afin de bénéficier des faveurs de l'Etat qui devra les accueillir ou leur consacrer un droit d'asile<sup>31</sup>.

Ces juridictions étaient censées prendre fin avec la création du Mécanisme en 2010<sup>32</sup>. C'est alors que le 1<sup>er</sup> juillet 2012, le Mécanisme pour les Tribunaux Pénaux Internationaux (MTPI) entre en fonction dans sa division de la Haye et dans celle d'Arusha. En vue de liquider

<sup>30</sup> Si l'idée de BECCARIA se traduit dans le Code Pénal camerounais à travers les articles 74, 96 et 97, il faut reconnaître que le législateur camerounais est allé beaucoup plus loin en incriminant la conspiration (article 95) et la tentative (article 94).

<sup>31</sup> *Le cas de Félicien KABUGA* est très éloquent sur ce point. Ce délinquant a changé plusieurs fois son identité. Mais, son procès s'est ouvert à la Haye le 29 septembre 2022 (V. Chambre de 1<sup>ère</sup> Instance, MICT-13-38), en cours.

<sup>32</sup> Leurs activités étaient censées prendre fin avec la création du Mécanisme le 22 décembre 2010.

les affaires qui étaient encore pendantes, et pour besoin de pragmatisme et pour plus de réalisme, le TPIR va fermer ses portes le 31 décembre 2015 et le TPIY en fera de même pour les siennes le 31 décembre 2017.

Une fois le temps circonscrit pour la fermeture de ces juridictions pénales internationales passé, les fugitifs sortirent en cascade, croyant que les faits étaient oubliés ou prescrits, s'en tenant certainement à la législation nationale qui reconnaissait la prescription et les immunités<sup>33</sup>. Voici pourquoi, n'ayant pas atteint les objectifs qu'elles s'étaient assignés pendant leur période d'activité prédéfinie, ces juridictions pénales internationales ont dû se tourner vers la création d'un Mécanisme qui prolongera la poursuite des présumés auteurs en cabale de par le monde<sup>34</sup>.

Le Mécanisme ainsi institué se donne pour mission d'assurer une permanence résiduelle de ces TPI ad-hoc (B), bien que leur fin ait été, en amont, programmée et même dépassée (A).

#### **A- Les Tribunaux Pénaux Internationaux ad hoc, des juridictions à la fin programmée ?**

S'il nous vient à l'esprit d'avancer que les TPI ad-hoc sont des juridictions à la fin programmée, c'est parce que l'histoire de leur mise en place et celle de leur activité le prescrivent nettement. Pourtant, à en croire Gabriël OOSTHUIZEN et Robert SCHAEFFER, parler de fermeture, ou évoquer la fin d'activité de ces TPI ad-hoc paraîtrait bien « *trompeur* »<sup>35</sup>.

Voici pourquoi dans un premier temps, il nous faut traiter des deux grands moments qui les ont influencés à savoir leur durée d'activité certes précise mais différée, et la durée imprécise du Mécanisme qui perdure à nos jours (1). Dans un deuxième temps, et comme dans une théorie de cause à effet, on dira un mot sur la sortie en cascade de ces présumés auteurs, sortie favorisée par l'arrivée à échéance des susdits TPI ad-hoc. Le Mécanisme catalogue ces délinquants en fonction soit de la gravité de l'acte posé, soit de la fonction hiérarchique occupée au moment des hostilités (2).

<sup>33</sup> Pour les personnes présumées auteurs de ces infractions, la prescription de l'action publique leur est favorable.

<sup>34</sup> A la recherche de paradis pénaux, d'un asile ou d'un exil politique, les auteurs présumés d'infractions relevant de la compétence des TPI ad-hoc paradent dans tous les pays. Le procès « *Onesphore Rwabukombe* » éclaire bien cet état de choses. V. KERSTING (N.), « La poursuite pénale du génocide rwandais devant les juridictions allemandes : L'intention de détruire dans l'affaire « *Onesphore Rwabukombe* » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 octobre 2016, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2539>, 22 pages.

<sup>35</sup> OOSTHUIZEN (G.) et SCHAEFFER (R.), « Fonctions résiduelles et Mécanisme résiduel potentiels du TPIY, TPIR et du TSSL », in *Journal Judiciaire de la Haye*, Vol. III, n°1, 2008, p. 56.

## 1- D'une fin d'activité différée à la naissance d'un Mécanisme commun

Pour que le Mécanisme commun aux deux TPI ad-hoc soit institué, on a assisté à la création d'un cadre de fin d'activité différée. En effet, les travaux du TPIY étaient censés prendre fin avant 2013. Mais, tous les délinquants n'avaient pas été appréhendés malgré l'activité ô combien pertinente et rocambolesque desdits Tribunaux. Il fallait alors mettre sur pied un Mécanisme commun qui compresserait les institutions, et réduirait par conséquent le coût que celles-ci imposent. Ce qui fût fait le 1<sup>er</sup> janvier 2016 pour le TPIR, et 1<sup>er</sup> janvier 2018 pour le TPIY après la boucle du procès de Radovan KARADZIC le 24 mars 2016<sup>36</sup>.

Avec ces échéances différées de clôture d'activités des TPI ad-hoc, comment le Mécanisme devrait-il être implémenté ? Devrait-on attendre la clôture d'activités du TPIY en suspendant l'activité du TPIR ? Ou bien, le TPIR devrait-il voir sa division d'Arusha du Mécanisme anticiper le travail du MTPI ?

A ces questions, la réponse paraît quelque peu évidente. Puisque le Mécanisme était censé prendre la relève de ce que faisaient les TPI, il est vraisemblable que ce Mécanisme continua directement l'œuvre du TPIR sans avoir à attendre l'oraison de sa conjointe paire qu'est le TPIY.

C'est ainsi que lors de son allocution du 10 décembre 2007, le Président du TPIY d'alors, et aussi désormais Président du MTPI, Theodor MERON, demandait au Conseil de Sécurité d'indiquer et de « *dire clairement que ces fugitifs (recherchés) seront jugés par la Communauté Internationale, quel que soit le calendrier proposé pour la mise en œuvre de la stratégie d'achèvement des travaux du Tribunal* »<sup>37</sup>.

Au sein du Mécanisme, il existe un Centre de détention des personnes en cabale retrouvées qui sont par la suite catégorisées, répertoriées et renvoyées devant les juridictions suivant la gravité de leur forfait ou selon la position qu'ils occupaient pendant les hostilités.

C'est fort de ce catalogue qu'on désignera la juridiction devant laquelle répondront les personnes recherchées, trouvées et retenues dans ce Centre.

## 2- Le catalogage des auteurs présumés

<sup>36</sup> Radovan KARADZIC a été condamné à 40 ans par le TPIY pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide orchestrés à Srebrenica entre 1992-1995 qui fit plus de 100000 morts et plus de 2 millions de déplacés.

<sup>37</sup> OOSTHUIZEN (G.) et SCHAEFFER (R.), « Fonctions résiduelles et Mécanisme résiduel potentiels du TPIY, TPIR et du TSSL », *Op.cit.*, p. 58. Cette exhortation a été rappelée, selon ces auteurs, par le même Président du TPIY un an plutôt, c'est-à-dire en 2006. On peut alors dire qu'il s'agit d'une réitération de sa perception, d'un renouvellement de son vœu.

Suivant la Résolution 1534 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies, le Mécanisme jugera en tenant compte d'une part de la gravité des crimes reprochés, et d'autre part de la position hiérarchique de l'accusé.

Dans cette logique, devant la Division d'Arusha du Mécanisme, les rwandais Laurent BUCYIBARUTA<sup>38</sup> et Wenceslas MUNYESHYAKA verront leur affaire renvoyées en France tandis que les affaires Bernard MUNYAGISHARI et Jean-Bosco UWINKINDI seront déférées devant les juridictions rwandaises<sup>39</sup>. Dominique NTAWUKULIYAYO est transféré au TPIR à Arusha<sup>40</sup>. Pour le cas de Félicien KABUGA, le procès s'est ouvert à la Haye le 29 septembre 2022. Ce procès suit encore son cours<sup>41</sup>.

Dans le cadre des atrocités commises au Rwanda, il y a eu un acharnement délirant du Front Patriotique pour le Rwanda contre les grands hommes d'église comme l'atteste la liste dressée par Edison NDAYISABA dans sa thèse de Doctorat<sup>42</sup>.

Devant la Division de la Haye du Mécanisme, on peut citer deux affaires mises en état en appel à savoir les espèces Jovica STANISIC et Franco SIMATOVIC, espèces qui portent sur les crimes contre l'humanité et dont les auteurs sont traduits devant le TPIY<sup>43</sup>. A côté de celles-ci, on note des affaires qui sont bénignes et qui se rapportent aux cas d'outrage. C'est le cas de l'espèce Peter JOVIC ou encore de l'espèce Vjerica RADETA<sup>44</sup>.

Il faut préciser ici que si pour les premiers, on a évité de verser leur affaire devant les juges nationaux rwandais, c'est pour leur garantir non seulement la sécurité par l'évitement

<sup>38</sup> Laurent BUCYIBARUTA a été condamné à 20 ans par la Cour d'Assise de Paris pour complicité de génocide et crimes contre l'humanité.

<sup>39</sup>Affaire n° ICTR-05-09. Arrêté en RDC, MUNYAGISHARI fut transféré au Rwanda par le T.P.I.R en date du 25 juillet 2013.

<sup>40</sup> V. notamment le communiqué de presse FIDH-LDF-CPCR-Survie du 21 février 2008 « Wenceslas MUNYESHYAKA et Laurent BUCYIBARUTA devant la justice française – Dominique NTAWUKULIYAYO transféré au TPIR » : <http://www.fidh.org/Wenceslas-MUNYESHYAKA-et-Laurent>

<sup>41</sup> V. MICT-13-38 de la 1<sup>ère</sup> Chambre d'Instance du MTPI. Rappelons que c'est dans une optique de garantie des droits de la défense et d'assurance pour l'accès à un procès équitable que l'espèce KABUGA a été délocalisée pour la Haye. Sinon, logiquement comme les autres, le procès se serait tenu en France où il a été appréhendé.

<sup>42</sup> NDAYISABA (E.), *Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda face à sa mission : Contribution à l'étude des limites de la justice internationale répressive contemporaine*, Thèse de doctorat, Université des Antilles, 16 mai 2017, 564 pages, précisément à la page 15, à la note de bas de page n°38 de ladite thèse, il est indiqué que « Voici la liste des religieux massacrés : Mgr Vincent Nsengiyumva archevêque de Kigali, Mgr Joseph Ruzindana évêque de Byumba, Mgr Thaddée Nsengiyumva évêque de Kabgayi et président de la conférence épiscopale, Mgr Jean Marie Vianney Rwabirinda, vicaire général du diocèse de Kabgayi, Mgr Innocent Gasabwoya ancien vicaire général, les abbés Emmanuel Uwimana, recteur du Petit Séminaire, Sylvestre Ndaberetse économiste général, Bernard Ntamugabumwe représentant préfectoral de l'enseignement catholique, François Xavier Muligo curé de la cathédrale, avec ses vicaires Alfred Kayibanda et Fidèle Gahonzire, tous du même diocèse, l'Abbé Denis Mutabazi du diocèse de Nyundo ainsi que le Frère Jean Baptiste Nsinga, Supérieur Général des Frères Joséphistes... »

<sup>43</sup> V. MICT-15-96-A, mise en état en appel pour crimes contre l'humanité.

<sup>44</sup> V. MICT-17-111-R90, cas d'outrage.

d'un acharnement sur eux du fait du tort grave qu'ils auraient porté à l'endroit des victimes encore choquées, mais surtout pour la tranquillité et la sérénité de l'ordre public rwandais lui-même.

Cependant, pour les seconds, leur position de subalternes ou d'intermédiaires lors des hostilités d'une part, et le caractère bénigne des actes qu'ils ont posé<sup>45</sup> d'autre part, atténuent leur responsabilité pénale. Ce n'est pas pour autant méconnaître qu'il puisse advenir que certaines garanties soient méprisées, surtout qu'on présume une certaine partialité du juge national<sup>46</sup>.

L'existence du Mécanisme ne fait pas obstacle au principe de primauté tel que l'expriment les Résolutions fondatrices des TPIY et TPIR. Comme le martèle la Résolution 1503, les stratégies mises en avant par le TPIY et le TPIR ne doivent pas modifier l'obligation qu'ont les deux pays d'enquêter sur les accusés qui n'ont pas été jugés par ces Tribunaux de prendre les mesures nécessaires pour l'inculpation et les poursuites « *tout en gardant à l'esprit que lesdits TPI ad-hoc priment sur les tribunaux nationaux* ».

### **B- La permanence résiduelle assurée par le Mécanisme, une expression de l'élasticité temporelle**

Pour donner quitus ou pour apporter du tonus à cette articulation, les questions suivantes méritent d'être posées, à notre sens. Comment apprécier le fonctionnement des TPI ad hoc à l'aune du Statut de Rome de la CPI ? Qu'est-ce qui peut expliquer le fait que cette justice pénale internationale soit encore tiraillée entre l'effet de complémentarité et l'effet de primauté ?

A ces deux questions qu'on considère comme importantes et conséquemment logiques, on peut donner des réponses en épilquant sur la coexistence, à l'ère de la CPI qui se veut complémentaire des juridictions nationales, avec la primauté, deux visions qui s'opposent quant au règlement des différends de la justice pénale internationale d'une part (1). Ce qui légitime l'argument suivant lequel la rétroactivité en matière de justice pénale internationale reste un fait qui devient culte d'une part (2).

### **1- Le paradoxe de l'adossement pacifique du principe de primauté à l'ère de la complémentarité**

<sup>45</sup> Actes qui se résument, pour l'essentiel, aux cas d'outrage et aux faux témoignages.

<sup>46</sup> Pour le TPIY par exemple, la Résolution 1503 créait, au sein de l'Etat de Bosnie-Herzégovine à la demande de son Haut-Représentant, une Chambre spéciale dénommée « *Chambre des crimes de guerre* ». Celle-ci a été très vite dénoncée, du point de vue de son fonctionnement par le manque de partialité dont elle faisait montre à l'endroit des personnes accusées d'origine bosniaques.

A l'heure actuelle, les activités des TPI ad-hoc et celles du MTPI seraient clôturées si le calendrier des charges avait été respecté. Mais, le fait qu'on n'ait pas fini de mettre la main sur tous les délinquants rend élastique le temps de persécution et de recherche. Par ailleurs, on a le principe de primauté qui irrigue ces juridictions pénales internationales ad-hoc, et par voie de conséquence le Mécanisme qui les a supplantés. Ce principe place le TPIY et le TPIR au-dessus des juridictions nationales. Celles-ci deviennent donc inférieures aux TPI ad-hoc.

Sur ce point, le Statut de ces TPI ad-hoc le prévoit expressément, et respectivement, en l'article 28 pour le TPIY et en l'article 29 pour le TPIR. Or, depuis plus de deux décennies déjà, on a assisté à l'institution d'une CPI, dont le projet a fait l'objet de plusieurs débats, divisions et révisions. Mais longtemps maturée, et finalement instituée en 2002, la CPI qui va naître, sera complémentaire des juridictions nationales. Ce qui pourrait traduire l'idée d'une concurrence en matière de compétence. En réalité, un tel conflit peut-il exister ou prosaïquement est-il pensable ?

On pense qu'une institution comme la CPI n'est pas venue jouer les seconds rôles. C'est pourquoi, en lisant avec minutie les dispositions éparses du Statut, on constate que son intention d'exercer sa suprématie sur les juridictions pénales nationales est bien là, quoique voilée dans son expression.

Vivement, il est souhaitable que l'activité des TPI ad-hoc s'achève assez rapidement afin que puisse prospérer l'ère de la compétence complémentaire de la juridiction pénale internationale avec les juridictions nationales. Pour le moment, l'existence des TPI ad-hoc compromet sérieusement la pratique de la thèse de complémentarité instituée par le Statut de Rome de la CPI.

Bien que le libre arbitre fut l'apanage du droit pénal des Etats, son corollaire qu'est la théorie du volontarisme fait face à des défis nouveaux qui sont la quête absolue de la justice et ses piliers qui sont la lutte contre l'impunité et l'oubli, le renforcement de la solidarité dans la société internationale. Ce qui fait que la liberté contractuelle de l'Etat se trouve comprimée et étouffée, aux dépens du solidarisme né de la prospérité perceptible des ordres communautaires ou régionaux.

En plus, les moyens dont dispose la Cour de porter les affaires à la connaissance des deux gendarmes attitrés du système des Nations-Unies, à savoir l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité notamment, amène à se poser des questions. La principale préoccupation est de savoir si la Cour a les mains libres, vu les liens étroits qu'elle entretient avec les organes

de l'ONU qui sont pourtant politiques et non juridictionnels<sup>47</sup> ? C'est en fait l'indépendance de la Cour qui est mise sur la sellette. Il existe d'autres préoccupations, mais c'est la plus étincelante qu'on put retenir.

Dans sa jurisprudence, la CPI à travers sa Chambre Préliminaire, a rendu une décision le 31 mai 2013 déclarant que les autorités libyennes n'étaient pas tenues de poursuivre Saïf Al-Islam Gaddafi sous la même qualification juridique que celle retenue par la Cour<sup>48</sup>. C'est en effet, l'expression sans équivoque de la primauté de la CPI sur la justice nationale. Pour les juges de la CPI, les actes pour lesquels l'accusé Saïf Al-Islam Gaddafi est poursuivi au niveau national ne devraient pas avoir été « *exactement identiques* » que ceux retenus par la Cour<sup>49</sup>. Les juges de la CPI renchérissent que le juge libyen n'avait pas la capacité de mener ce jugement, vu qu'il aurait des difficultés à protéger les témoins et à fournir un bon avocat à l'accusé<sup>50</sup>.

Au vu de la multiplicité des mesures connexes à la coopération que le Statut reconnaît aux Etats non parties parmi lesquels les accords et arrangements ad hoc, les déclarations d'acceptation ou de reconnaissance, on voit bien la ferme volonté de rendre impossible l'hypothèse d'échappatoire à la coopération des Etats avec la Cour. Les Etats deviennent *de facto* captifs<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> ALPHA NDIAYE (S.), *Le conseil de sécurité et les juridictions pénales internationales*, Université d'Orléans (France), 10 novembre 2011, 512 pages, notamment les pp. 392 et 393 où l'auteur évoque le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Conseil de sécurité de constatation. A la page 176, l'auteur dénonce l'excès de pouvoir tant sur son plan organique que dans ses rapports avec les Etats.

<sup>48</sup> V. CPI, *Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi*, Decision on the admissibility of the case against Saïf Al-Islam Gaddafi (Cas n°ICC-01/11-01/11), 31 mai 2013, paragraphes 34-38.

<sup>49</sup> CPI, *Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi*, *Ibid.*, paragraphe 83.

<sup>50</sup> JORDA (C.), « Du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie à la Cour Pénale Internationale : De quelques observations et enseignements », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 307, 2004, pp. 13-24. A la page 20 précisément, l'ancien Président du TPIY relate cette liaison entre le politique et la justice pénale internationale en ces termes : « *La question de la relation entre la justice et la politique est un des points centraux de toute réflexion sur le fonctionnement et l'évolution d'un système de justice internationale, tout au moins criminelle. Les juridictions pénales seront toujours amenées à côtoyer le politique* ». Ainsi, s'agissant du procès du fils à Kadhafi, le juge international craignait que ce procès soit biaisé puisqu'il n'existerait aucune impartialité des maillons retenus pour connaître de l'affaire. Les droits de la défense seraient d'office bafoués et même un procès où aucune victime ne serait satisfaite. C'est en effet, ce qui décrit la réticence de la Cour à être « *complémentaire* » de la justice libyenne.

<sup>51</sup> Sur cette question, plusieurs travaux ont été menés sur l'acharnement de la CPI sur les Etats africains. Ce qui conduisit le défunt Maréchal et Président tchadien Idriss Déby Itno, à la présidence tchadienne de l'Union Africaine, à menacer vertement la CPI de retrait des Etats africains. Sur l'acharnement de la CPI contre les africains, V. BORCHARDT (B.), « Les principes de Nuremberg : des règles du passé aux priorités de demain », in Philippe GRECIANO (dir.), *Justice pénale internationale : les nouveaux enjeux de Nuremberg à la Haye*, Op.cit., pp. 59-74, notamment à la p. 64. Pour Bernd BORCHARDT, le manque d'efficacité de la CPI et de la Justice pénale internationale en général proviendrait du mépris des Principes de Nuremberg par les Etats. Il préconise que, si la Communauté internationale se rallie pour le respect de ces Principes, il pourrait être mis un terme à l'impunité des crimes contre le droit international (p. 65).

En dépit de cette cohabitation de principes contradictoires, comment la justice pénale internationale parvient-elle encore à s'exprimer, et surtout à résister ? Une réponse peut être trouvée dans la rétroactivité considérée dans le système de justice internationale comme un fait.

## 2- La violation du principe de la non-rétroactivité dans le système de la justice pénale internationale, un fait ?

La non-rétroactivité est la conséquence logique et naturelle du principe de légalité en matière pénale<sup>52</sup>. Pas d'infractions que la loi ne définisse<sup>53</sup>, pas de peine que la loi ne prévoie<sup>54</sup>, pas de procédure hors de celle que la loi prescrit<sup>55</sup>. Tout ce qui n'est pas prescrit est proscrit, dira-t-on. C'est dans l'optique d'éviter tout arbitraire dans le droit de la peine<sup>56</sup>. Voici ce qui fonde, en réalité, le principe de légalité pénale.

On peut faire face aussi à un vide législatif ou à un flou du droit qu'il faudrait que le juge comble, sous peine de déni de justice. Toutefois, il est des situations où plane le doute. On sait que le doute bénéficie autant qu'il constitue un droit de la défense<sup>57</sup>.

Il y a un fait qui est devenu comme une mode dans la pratique de la justice pénale internationale. Ce fait c'est la rétroactivité. Cette dernière se mue désormais en principe phare. Généralement, on constate qu'en matière pénale, les législateurs courent derrière les délinquants. En droit interne, la rétroactivité est admise pour les lois qui se veulent plus douces<sup>58</sup>. De ce fait, c'est la loi pénale la plus douce qui aura vocation à s'appliquer au détriment de celle qui est dure, quoique celle-ci ait préexisté à la commission du fait répréhensible.

Mais dans le cadre du droit international, et d'un point de vue historiographique, les juridictions pénales internationales ont été instituées toutes après qu'un certain nombre d'infractions aient été commises en amont. La juridiction vient alors comme en réaction contre l'infraction ainsi perpétrée, soit parce qu'elle porte atteinte au Droit International Humanitaire,

<sup>52</sup> CAYLA (O.), « La qualification, ou la vérité du droit », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, pp. 3-16.

<sup>53</sup> Aux latins de l'exprimer par « *Nullum crimen sine lege* ».

<sup>54</sup> Les mêmes latins ajoutent « *Nulla poena sine lege* ».

<sup>55</sup> A ces deux précédentes maximes, certains auteurs ajoutent « *Nullum iudicium sine lege* », pour dire « *Aucune procédure sans la loi* ». V. dans ce sens, LEVASSEUR (G.), « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité », in *Mélanges HUGUENEY*, Paris, 1964, pp. 13 et suiv. ; VITU (A.), *Le principe de la légalité et la procédure pénale*, R.I.C.P.T., 1967, pp. 97 et suiv.

<sup>56</sup> Pour le Recteur Adolphe MINKOA SHE, cette prévision législative pénale a pour objectif de garantir aux citoyens la sécurité juridique. V. à cet effet, MINKOA SHE (A.), *Droits de l'Homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, Coll. « La Vie du Droit en Afrique », 1999, n°72, p. 35.

<sup>57</sup> « *In dubio pro reo* » qui signifie que le doute profite à la personne poursuivie. Au bénéfice du doute, beaucoup de personnes poursuivies sont relaxées ou acquittées.

<sup>58</sup> On parle alors de la rétroactivité *in mitius* ou rétroactivité des lois pénales les plus douces.

soit parce qu'il s'agit d'une infraction qui ne saurait s'effacer dans les mémoires humaines tant que l'histoire n'en a pas fait de procès<sup>59</sup>.

## II-LA COMPLICATION DU TEMPS, UNE PHILOSOPHIE POUR L'IDEAL DE JUSTICE

Page | 299

Pour atteindre ses objectifs, c'est-à-dire parvenir à implémenter une justice digne de ce nom, il a fallu compliquer le temps de celle-ci. L'idéal recherché procède de l'irruption de la postmodernité en droit pénal. Ce qui va pousser à la redéfinition des principes traditionnels, ou à une lecture par extension de ceux-ci. En effet, la manière de rédiger les incriminations va changer. D'une rédaction à une main, on va passer à la rédaction à plusieurs mains ou à la thèse du réseau<sup>60</sup> qui relève de l'inter normativité développée par le Collège de France, à travers sa figure emblématique, le Professeur Mireille DELMAS-MARTY, de regrettée mémoire<sup>61</sup>.

En plus, l'idéologie du pragmatisme commande qu'on copie ou qu'on imite ce qu'il y a de bon sous d'autres cieux, ou dans d'autres systèmes ou traditions juridiques. Voici pourquoi, en droit camerounais par exemple, le procès pénal s'adosse de plus en plus sur le modèle coopératif. On le voit d'ailleurs avec la contractualisation du droit de punir qui s'intensifie davantage<sup>62</sup>.

En fin, la quête de l'idéal d'une justice reconstructive invite à asseoir le pragmatisme du droit pénal sur des bases assez solides. D'origine anglo-saxonne, la *Restaurative Justice* fait reposer le droit pénal sur le modèle relationnel<sup>63</sup>. Selon les défenseurs de cette thèse, l'infraction traduit avant tout un conflit entre individus. Elle n'est pas un conflit entre le délinquant et l'Etat, mais davantage un conflit entre le délinquant et la victime. A cet effet, le

<sup>59</sup> MATSOPOULOU, « L'oubli en droit pénal », *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, pp. 771 et suiv. ; GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, éd. Odile Jacob, 2002, 348 pages.

<sup>60</sup> MASSIMO VIGLIOTTI, « Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau ? », *RSC*, 2002, p. 702.

<sup>61</sup> Le Professeur Mireille DELMAS-MARTY (10 mai 1941-12 février 2022).

<sup>62</sup> V. article 64 du Code camerounais de Procédure Pénale; l'article 18 de la loi n°2011/028 du 14 décembre 2011, modifiée et complétée par la loi n°2012/011 du 16 juillet 2012 portant création du Tribunal Criminel Spécial ; le décret n°2013/288 du 04 septembre 2013 fixant entre autres les modalités de restitution du corps du délit.

<sup>63</sup> Par opposition au modèle pénal institutionnel axé sur l'action publique qui met le délinquant face à face avec l'Etat, le modèle pénal relationnel met en avant la relation entre le délinquant et la victime. Ce qui amène à considérer juste une théorie commune de droit processuel où procès pénal et procès civil sont si semblables. CADIET (L.), « Pour une « Théorie générale du procès ». », *RLA*, N°28, 2011, pp. 127-146 ; VERGES (E.), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.*, 2007, p. 1441 et suiv. ; BUSSY (F.), « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil en matière pénale. », *RSC*, 2007, pp. 39 et suiv.

but de la justice pénale serait de réparer le dommage causé par le fait du délinquant à la victime, et non de punir ou de traiter celui-là. Car, à la fin du processus, c'est la victime qui en souffre<sup>64</sup>.

Pour tout dire, ces théories sont assez imbriquées.

C'est fort de cette imbrication qu'il a fallu qu'on procédât à une certaine complication du temps de la justice devant les TPI ad-hoc suscités. Cette complication est tributaire tout d'abord du changement du paradigme tant conceptuel que structurel qui amène les esprits non avisés à envisager une certaine démission desdits TPI (A). Ensuite, on peut ajouter que la quête du pragmatisme et du garantisme procéduraux a suffi à assurer et à favoriser une certaine pérennité que seule la soif de justice pourrait combler (B).

#### **A- Le changement de paradigme, expression d'une certaine démission des TPI ad-hoc instituées**

Monsieur STEINBRUNER, cité en épigraphe introductif de Thèse de doctorat par le Professeur Germain NTONO TSIMI, indique que « [Le] Paradigme nous réfère à un ensemble d'hypothèses fondamentales et critiques sur la base desquelles théories et modèles peuvent se développer. (...) »<sup>65</sup>.

S'en tenant à cette précision qui, de notre humble avis, paraît satisfaisante, on peut alors avancer l'idée que le paradigme confère une rupture ou une continuité d'avec une situation ancienne devenue caduque, chaotique, ou simplement critique. Cette situation peut se rapporter à la forme ou à la structure. Voici pourquoi, en ce qui concerne les TPI ad-hoc qu'on a si longuement glosés, les changements de paradigme se sont opérés tant au niveau même du concept (paradigme terminologique ou conceptuel tenant à la forme) qu'à celui du fonctionnement de ces juridictions pénales internationales (paradigme fonctionnel résultant de leur structuration). Ce changement de paradigme fluctue et se mue du modèle « prêt-à-porter » au modèle « sur-mesure » et vice versa, ce en fonction du cadre dans lequel on se trouve. Quand le prêt-à-porter devient sur-mesure, c'est bien décent et la courbe est positive pour le confort du système de justice mis en place. Mais lorsque le contraire se réalise, c'est-à-dire quand le sur-mesure devient prêt-à-porter, il y a une situation inconfortable qui se profile et la courbe devient négative.

<sup>64</sup> GALAWAY et HUTSON résumant très clairement l'économie de cette théorie. Les implications de cette théorie sont entre autres : les Commissions vérité/Réconciliation, les lois d'amnistie, la justice transitionnelle etc.

<sup>65</sup> NTONO TSIMI (G.) *loc. cit.* STEINBRUNER (J.D.), *The cybernetic theory of decision, new dimension of political analysis*, Princeton University Press, 1974, p. 11.

### 1- Le changement du paradigme conceptuel : du « sur mesure » au « prêt-à-porter »

Au départ, étaient le TPIR et le TPIY. Après, on a parlé de Mécanisme censé continuer ses travaux ; et plus tard, on envisage une justice transitionnelle pour la complétude. Ce changement de paradigme conceptuel procède des passerelles terminologiques qui ont fusé pendant une durée bien déterminée quant à la dénomination changeante. Des temps morts ont dû amener les concepteurs de cette philosophie à panser et à repenser les choses pour une efficacité désormais appréciable et perceptible. C'est ainsi que dans le cadre du TPIR par exemple, une fois qu'il a été institué, son activité n'a pas directement démarré. Il a fallu attendre jusqu'en fin 1997 pour voir le tout premier procès devant le TPIR se dérouler<sup>66</sup>.

De même, le Mécanisme International appelé à exercer les fonctions résiduelles, encore simplement appelé « *Le Mécanisme* », a été créé par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 22 décembre 2010 pour continuer à exercer certaines fonctions essentielles du TPIR et du TPIY, qui ont fermé leurs portes en 2015 et 2017, respectivement.

Ensuite, ce Mécanisme commun, en ces deux Sections d'Arusha et de la Haye, devrait continuer l'œuvre ainsi amorcée par les TPI ad-hoc, sous l'onction du Conseil de Sécurité des Nations-Unies<sup>67</sup>.

Aussi, la Chambre d'appel unique et commune aux deux Sections, n'est-elle pas la justification d'une certaine universalisation de/dans la traque des fugitifs en cabale, hautement recherchés. Mais, le Mécanisme lui-même est circonscrit dans le temps, et son activité est censée prendre fin un jour. Le Conseil de Sécurité des Nations-Unies, organe impulsif de la politique dans ce domaine, a imaginé une forme de justice qualifiée de transitionnelle<sup>68</sup>.

Dans une logique historiographique, il faut dire que ces différentes passerelles terminologiques ont eu comme idée forte le fondement pour une accentuation de l'universalité de l'action de la justice pénale internationale. C'est en cela qu'elle devient un modèle de justice en quête d'efficacité et pertinence.

Illustrant l'argument de l'universalité de l'action de la justice pénale internationale, un Centre de détention unique et une institution d'appel unique pour les deux juridictions ont vu le jour. En effet, si pour le centre de détention unique, on peut craindre que la traque des

<sup>66</sup> D'avril 1994 jusqu'en septembre 1997, aucun auteur présumé responsable du génocide rwandais n'a été jugé par la juridiction internationale. C'est avec l'affaire AKAYESU que les procès deviennent effectifs devant le TPIR.

<sup>67</sup> TERTSAKIAN (C.), *Génocide rwandais. Le TPIR ferme ses portes, les poursuites continuent*, Documentaire en version audio à Radio France International (RFI), 2015.

<sup>68</sup> DUMAS (H.), *Le génocide au village. Le massacre des Tutsis au Rwanda*, Paris, Seuil, 2014, 363 pages.

criminels soit arbitraire, un autre argument peut être avancé pour enrayer l'hypothèse, puisque cette traque se fait à l'égard de personnes clairement identifiées sur une liste bien conçue<sup>69</sup>.

Quant à l'organe d'appel unique, il vise non seulement à réduire le coût qui était jugé trop débordant de la justice pénale internationale, mais il est venu sauver les justiciables de cet ordre de juridiction. Beaucoup de personnes jugées devant les juridictions pénales internationales ont vu leur peine revue à la baisse<sup>70</sup>, ou certaines sont même acquittées<sup>71</sup>.

Cet argument vise l'accrochage du système de justice pénale internationale à toutes les astuces visant l'adéquation à la réalisation absolue de la justice. Cette logique est davantage systémique et convient beaucoup plus à l'argument de la structure ou du fonctionnement.

## 2- Le changement du paradigme fonctionnel : du « prêt-à-porter » au « sur mesure »

La mise en un de certains organes de la justice pénale internationale, à l'instar de l'organe d'appel unique aux TPIR et TPIY, participe de l'efficacité et du pragmatisme de ce système au genre particulier. Si plus haut, on a évoqué des temps morts de la justice pénale internationale incarnée précisément par la figure du TPIR, c'était pour exprimer le mécontentement du Gouvernement et du peuple rwandais tant dans l'esprit que dans les actes posés concrètement. Dans l'esprit, le Gouvernement ainsi que peuple rwandais voyaient d'un mauvais œil l'institution d'Arusha. Ils percevaient alors le TPIR comme une continuité du colonialisme. On croyait au Rwanda qu'extirper les auteurs du génocide rwandais de la vengeance ou de la vindicte de la population meurtrie pour les présenter au Tribunal d'Arusha était mettre sur pied un stratagème pour que ceux-là ne soient pas jugés. Pourtant que non, crise

<sup>69</sup> Dans le cadre du TPIR par exemple, une liste de 82 personnes présumées responsables du génocide rwandais a été dressée avant la traque engagée à l'endroit de ces derniers.

<sup>70</sup> V. le procès de l'Ex-Ministre rwandaise de la famille, Pauline NYIRAMASUHUKO, unique femme jugée par le TPIR et ses cinq (05) coaccusés parmi lesquels son fils Arsène SHALOM NTAHOBALI. Ce procès ayant débuté en juin 2001, le jugement en 1<sup>ère</sup> instance sera rendu en juin 2011, soit 10 ans la durée du procès en 1<sup>ère</sup> instance. Les peines étaient plus lourdes en 1<sup>ère</sup> instance. La défense a dû interjeter appel. La perpétuité prononcée à l'endroit de Pauline NYIRAMASUHUKO, son fils susdénommé et l'ancien maire de Muganza (dans le Sud Rwanda) Elie NDAYAMBAJE sera revue à 47 ans d'emprisonnement. L'un des coaccusés, Alphonse NTEZIRYAYO, ancien Préfet de Butare dans le Sud Rwanda s'en tirera avec 25 ans d'emprisonnement contre les 30 ans prononcés en 1<sup>ère</sup> instance. Quant aux deux autres, ils ont connu une libération immédiate en appel du fait qu'ils avaient déjà purgé la peine prononcée contre eux pendant la période de leur détention préventive (arrêtés respectivement en juin 1995 et juillet 1997, l'ancien maire de Ngoma Joseph KANYABASHI et un autre ancien Préfet de Butare Sylvain NSABIMANA ont été condamnés en 1<sup>ère</sup> instance à 20 et 18 ans respectivement, peines correspondant logiquement à leur détention préventive au prononcé de la décision en appel).

<sup>71</sup> ROVETTA (O.), *Un génocide au tribunal. Le Rwanda et la justice internationale*, Paris, Belin, 2019, 439 pages ; FIERENS (M.) et ROVETTA (O.), *Le génocide des Tutsis au tribunal*, Documentaire audio de RFI, 2019, 48 minutes ; TERTSAKIAN (C.), *Génocide rwandais. Le TPIR ferme ses portes, les poursuites continuent*, Op.cit. V. document inédit sur les *Chiffres-clés des affaires du TPIR* préparé par l'office des Nations-Unies en son bureau chargé des relations extérieures du mécanisme – mise à jour : mars 2021.

de dialogue<sup>72</sup> ! C'est plutôt dans le souci d'assurer ou mieux de garantir les droits de la défense dans les conditions les meilleures, étant donné que la peine capitale existe encore dans le dispositif répressif au Rwanda. On l'évoquera plus amplement dans la seconde articulation de cet acte consacrée au garantisme.

Dans les actes en plus, le gouvernement rwandais avait provoqué une grave crise avec le Tribunal d'Arusha. Cette crise avait pour ambition d'empêcher que les procès à Arusha soient bloqués. Ce blocage se manifestait alors à travers la complication ou même la quasi-impossibilité du transport des témoins du Rwanda pour Arusha, en raison des enquêtes menées par le bureau du procureur sur les crimes de guerre présumés de l'Armée Patriotique du Rwanda (APR) en 1994.

On l'a si bien dit en sus : crise de dialogue oblige. La Procureure Générale, à cette époque, Carla del Ponte, a entrepris la suspension formelle des enquêtes courant septembre 2002. Mais, la soif d'établir un cadre de dialogue entre Arusha et les autorités rwandaises a incité le gouvernement américain à l'action. Lors d'une tripartite organisée à Washington aux USA, en mai 2003, un accord de principe a été établi entre les parties conviées, accord selon lequel les autorités de Kigali prendraient la responsabilité des procès à l'égard des membres de l'APR, le TPIR n'intervenant, théoriquement, que si le Rwanda les ferait avec un certain égard, une fantaisie.

Le bilan de Carla del Ponte a été jugé insatisfaisant et négatif pour au moins deux raisons : son zèle devenu erratique et l'engorgement fatal pouvant faire crever ou étouffer le fonctionnement dudit TPIR. Elle sera congédiée avec adoubement et remplacée par le gambien HASSAN BUBACAR JALLOW qui devra combiner sa vision avec celle de l'ambitieux et pragmatique Président Erik MOSE<sup>73</sup>, qui se fixe un cap de quatre ans, un calendrier dans lequel il inscrit ses priorités au rang desquels : mettre fin aux nouvelles mises en accusation pour

---

<sup>72</sup> Le bilan d'échec de la Procureure Générale CARLA DEL PONTE en dit tout. Son départ forcé dudit poste est décidé par le Conseil de Sécurité le 28 août 2003. Elle fut alors remplacée par le gambien HASSAN BUBACAR JALLOW qui, aux côtés du Président Erik MOSE, ont su redorer le blason de l'institution en procédant d'abord à une restauration du dialogue déjà défaillant entre les autorités rwandaises et l'institution d'Arusha ; ensuite au désengorgement des prétoires déjà saturés. Ils ont, à cet effet, retenu une liste de 82 personnes recherchées dans le cadre de la répression du génocide des Tutsis. Ils vont prendre encore l'engagement devant les autorités rwandaises, leur affirmant qu'aucun membre de l'APR (Armée Patriotique du Rwanda), armée régulière au Rwanda, ne serait traduit devant la justice d'Arusha.

<sup>73</sup> Erik MOSE, Président des Chambres d'Arusha et de la Haye issues du Mécanisme commun aux TPIR et TPIY s'est fixé un objectif définitif à savoir : avoir jugé, fin 2007, les 66 personnes qu'il a mises en état d'arrestation pour génocide. Logiquement, la liste n'a pas été filtrée, puisque parmi les 66 personnes visées par son objectif, il n'y a probablement que 42 à juger. Les uns ayant été déjà jugés, et sous le principe « *Non bis in idem* », ne sauraient appelés de nouveau à un procès portant sur les mêmes faits. Les autres sont morts à l'instar de Protais MPIRANYA. A cette liste où figurent 66 personnes mises en accusation, est adjoindue une autre liste de 16 personnes en fuite qu'il doit interpeller dans les brefs délais.

génocide, compléter les dossiers déjà existants et relancer les enquêtes sur l'Armée Patriotique du Rwanda (APR)<sup>74</sup>.

La vision impulsée par les nouvelles figures portées à la tête de ces institutions judiciaires et le travail de fond abattu par lesdites figures, devenues emblématiques aujourd'hui, laissent entendre que la philosophie envisagée par les théoriciens du changement de paradigme est en voie d'atteindre ses objectifs.

Sur ce point, on peut avancer que le paradigme structurel est de nature à reconforter ce système de la justice pénale internationale.

### **B- Une implicite pérennité entretenue et indéterminée des Tribunaux Pénaux Internationaux ad-hoc**

Bien que l'on s'accorde sur le fait qu'il est utile que les activités des TPI ad-hoc cessent, cette unanimité ne crée pas la sérénité pour au moins deux arguments qui semblent parallèles : le premier tient au fait que ces TPI ad-hoc continuent leurs activités à l'ère de la CPI instituée depuis 2002. Sur ce point, le principe de complémentarité contenu dans le Statut de Rome entre en contradiction avec le principe de primauté contenu dans les Statut du TPIY et du TPIR. Le second argument est qu'au-delà de cette ère temporelle conflictuelle, il y a cette résistance et même cette persistance de l'activité desdites juridictions.

On peut légitimement se demander, malgré ces arguments forts invoqués, comment le TPIR et le TPIY parviennent-ils à se maintenir ? La réponse à cette question dépendra de la logique qu'on trouvera tant dans l'ambivalence du garantisme mis en place par ces juridictions (1) que dans l'efficacité du pragmatisme qu'elles instaurent (2).

#### **1- De la mise en place d'un « *garantisme* » ambivalent**

Le garantisme constitue toute la philosophie qui vise la protection des justiciables devant les prétoires. Il va du simple soupçon au lancement d'un mandat d'arrêt, de l'accès à la justice à l'extinction des voies de recours, et s'étend jusqu'à la purge de la condamnation. Ceci implique aussi une haute et sérieuse coopération des autorités étatiques avec les institutions juridictionnelles internationales et leur réelle participation à l'effort de persécution des criminels de l'ordre international. C'est ce qui fait alors l'ambivalence de ce garantisme. Cette

---

<sup>74</sup> V. pour plus amples précisions, le Rapport d'activité d'International Crisis Group, *Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda : pragmatisme de rigueur*, ICG Rapport Afrique, N°69 du 26 septembre 2003, pp. 9-13.

ambivalence fait référence tantôt aux garanties d'ordre procédurales, tantôt aux garanties d'ordre juridictionnelles.

Pour ce qui est des garanties juridictionnelles, on a évoqué dans les développements en sus une batterie de mesure prises. D'abord, la spécialisation en fonction de la gravité de l'infraction ou du rang administratif ou militaire occupés au moment des hostilités. Ce qui a permis de faire un filtre au cas par cas dans le cadre du TPIR. Sachant que la peine de mort est encore une réalité devant la justice nationale rwandaise et que toute personne qui s'y trouve persécutée dans le cadre de cette répression est susceptible de passer devant ce procédé cruel, la justice internationale a jugé bon de présenter à Arusha les criminels contre qui la gravité de l'acte est retenue. Mais, une critique s'est faite acerbe et verte au sujet de certains « *petits poissons* »<sup>75</sup> jugés devant les tribunaux de Kigali qui se voient appliquer des peines plus lourdes que certains « *gros poissons* »<sup>76</sup> renvoyés à Arusha.

Ensuite, on peut noter l'établissement préalable d'une liste de personnes à poursuivre afin d'éviter l'arbitraire. C'est ainsi qu'on a eu à le signaler. Le pragmatique et ambitieux Président Erik MOSE a conçu une liste de 82 personnes qu'il devrait donner issue à leur affaire. Parmi celles-ci, 16 sont en fuite et il dit les retrouver et les juger à l'échéance fin 2007, la liste comportant les 66 autres personnes mises en accusation n'est pas filtrée, puisqu'elle comporte le nom des personnes jugées et déjà condamnées<sup>77</sup>, des personnes condamnées en 1<sup>ère</sup> instance et qui ont relevé appel<sup>78</sup>, des accusés dont le jugement est en délibéré<sup>79</sup>, des accusés dont le

<sup>75</sup> C'est la thèse du déterminisme où dans le monde aquatique notamment dans la mer, les petits poissons soient avalés par les gros poissons. C'est le règne de l'anarchie sans limites. Cette thèse a été reprise devant les juridictions des Gacacas au Rwanda. V. GETTI (J.-P.), « Un tribunal pour quoi faire ? Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Rapport d'activité 1997*, p. 57. L'espèce BAGASORA Théoneste fut symptomatique selon l'auteur, chacun voulant se l'approprié, entre la juridiction de Kigali au Rwanda et celle d'Arusha en Tanzanie.

<sup>76</sup> Appellation attribuée aux « *responsables réels du génocide* », c'est-à-dire à ceux qui ont alimenté le génocide au Rwanda (GETTI (J.-P.), « Un tribunal pour quoi faire ? Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Ibid.*, à la même page 57).

<sup>77</sup> Parmi les personnes déjà jugées et déjà condamnées, on peut citer Jean-Paul AKAYESU (emprisonnement à vie, incarcéré au Mali), Jean KAMBANDA (emprisonnement à vie, incarcéré au Mali), Clément KAYISHEMA (emprisonnement à vie, incarcéré au Mali), Alfred MUSEMA (emprisonnement à vie, incarcéré au Mali), Georges RUGGIU (12 ans de prison, détenu à Arusha), Georges RUTAGANDA (emprisonnement à vie, détenu à Arusha), Obed RUZINDANA (25 ans de prison, incarcéré au Mali), Omar SERUSHAGO (15 ans de prison, incarcéré au Mali).

<sup>78</sup> Parmi ces personnes qui ont relevé appel, on peut citer Eliezer NIYITEGEKA (condamné à l'emprisonnement à vie), le pasteur adventiste Elizaphan NTAKIRUTIMANA (condamné à 10 ans de prison) et son fils médecin dans la région de Kibuye Gérard NTAKIRUTIMANA (condamné à 25 ans de prison), Laurent SEMANZA (condamné à 24 ans et six mois de prison).

<sup>79</sup> Il s'agit d'Emmanuel BAGAMBIKI, Jean-Bosco BARAYAGWIZA, Samuel IMANISHIMWE, Juvénal KAJELIJELI, Jean de dieu KAMUHANDA, Ferdinand NAHIMANA, Hassan NGEZE, André NTAGERURA.

procès est en cours<sup>80</sup>, des personnes décédées<sup>81</sup>, ou même celles qui ont été libérées<sup>82</sup> ou acquittées<sup>83</sup>.

La liste de ces personnes accusées, détenues, libérées ou jugées par le TPIR au 1<sup>er</sup> septembre 2003, qui a été dressée dans un Rapport d'activité de l'ONG International Crisis Group du 26 septembre 2003, amène à constater que l'échéance butoir de fin 2003 est déjà là et que le très ambitieux Président Erik MOSE, qui était à son dernier mandat, voit son projet évolué mais inachevé. Ce tournant favorable au sacre de l'efficacité de la justice pénale internationale a suscité la réélection d'HASSAN BUBACAR JALLOW qui a été reconduit au poste de Procureur dudit TPIR.

Quant aux garanties d'ordre procédural, les plus invoquées dans le cadre de ce travail sont tributaires des droits de la défense d'une part et de la protection des témoins appelés à déposer d'autre part. Sans se fier à cette logique, on retient d'abord le respect du principe « *Non bis in idem* ». Ce principe postule que, si pour les mêmes faits, une personne a été reconnue coupable et jugée par une juridiction nationale, cette personne ne peut être appelée de nouveau pour ces mêmes faits et se trouver à comparaître devant un autre tribunal, fut-il international ou reconnu supérieur, ou même encore inférieur.

Ensuite, on peut penser au droit aux voies de recours. Plusieurs auteurs de crimes internationaux relevant des deux juridictions pénales internationales qu'on a citées se sont sentis soulagés par le rendu des décisions par la Chambre d'appel. Celle-ci a presque toujours été clémentine envers eux. On pense aux procès de l'Ex-Ministre de la famille, unique femme traduite devant le TPIR qui avec son fils, et après leur appel interjeté, sont passés de la perpétuité à la peine d'emprisonnement de 47 ans.

Enfin, la création d'un Centre de détention unique pour les auteurs des infractions relevant de la compétence du TPIR et du TPIY fait que ces juridictions revêtent des caractéristiques spécifiques. Ce qui les range dans une catégorie particulière. Et ceci procède, à notre modeste point de vue, de l'idéal de pragmatisme.

<sup>80</sup> Il s'agit notamment de Théoneste BAGOSORA, Sylvestre GACUMBITSI, Gratien KABILIGI, Joseph KANYABASHI, Elie NDAYAMBAJE, Emmanuel NDINDABAHIZI, Anatole NSENGIYUMVA, Aloys NTABAKUZE, Arsène Shalom NTAHOBALI et de sa mère l'Ex-Ministre de la famille Pauline NYIRAMASUHUKO, et de deux anciens Préfets de Butare dans le Sud Rwanda Sylvain NSABIMANA et Alphonse NTEZIRYAYO.

<sup>81</sup> C'est le cas de Samuel MUSABYIMANA qui est mort pendant sa détention préventive.

<sup>82</sup> Le cas de Bernard NTUYAHAGA et Léonidas RUSATIRA libérés sur retrait de leur acte d'accusation.

<sup>83</sup> L'espèce Ignace BAGILISHEMA en est bien éloquente.

## 2- Un pragmatisme efficient et louable

Si on peut reprocher au garantisme de rester figé dans des approches théoriques qui suscitent souvent beaucoup de débats et interrogations sur le plan de leur réalisation ou de leur implémentation, on reconnaît cependant au pragmatisme de faire preuve de réalisme juridique. Puisque ce dernier se sert des faits, il est évident qu'il prête au garantisme de se saisir de ceux-ci et d'adapter le droit aux circonstances qui en découleraient. Voilà pourquoi la traque des fugitifs en cabale de par le monde a été le *Leitmotiv* du TPIY et du TPIR. Pour le Rwanda, le cerveau de la horde génocidaire Félicien KABUGA sera appréhendé sur une rue non loin de Paris. Pour le TPIY, deux anciens responsables figurant parmi les fugitifs dont le Général Ratko MLADIC, ancien commandant militaire de l'armée des serbes de Bosnie, et Goran HADZIC, ancien Président de la République des serbes de Krajina seront rattrapés et jugés.

Pour davantage renforcer ce pragmatisme, on est parvenu à l'admission de la justice transitionnelle. C'est le cas des Gacaca au Rwanda, qui apparaissent comme une espèce de véritable palabre africain. Bien qu'on puisse reprocher aux tribunaux rwandais et les juridictions *Gacaca* de n'avoir jugé que les accusés de la partie qui a perdu la guerre<sup>84</sup>, et s'en offusquer du fait qu'aucun membre du FPR n'a été concerné pour les crimes pourtant bien documentés qui auraient été commis dans la zone qui était contrôlée par ce mouvement armé, on note tout au moins une progression nette dans le désengorgement des prétoires. Ces facteurs trouvent leur justification dans l'arrangement issu de la tripartite de Washington courant mai 2003 qui s'est soldée par le déblocage de la crise de dialogue entre les autorités rwandaises et l'institution d'Arusha<sup>85</sup>.

### Conclusion

En somme, des premières expériences à l'heure où nous sommes, les échecs d'une justice pénale d'envergure supranationale restent un truisme. L'une des difficultés qu'éprouvent les juridictions susdites vient du fait qu'elles manquent de monopole de contrainte. Ce monopole est réservé aux Etats, seuls détenteurs de la souveraineté. De ce fait, ces juridictions pénales internationales doivent implorer la coopération des Etats pour voir quitus donné par ceux-ci à leur fonctionnement sans failles. Seulement, il faudrait que l'ordre international formule des injonctions à l'endroit des Etats. Mais, le risque est que ces derniers peuvent se

<sup>84</sup> Ce qui ramène à l'éternelle conception de présomption d'une balance déséquilibrée et penchant en faveur du vainqueur de la guerre insinuant que la justice pénale internationale est la justice du fort au détriment du faible.

<sup>85</sup> Les Rwandais trouvent arrogant et à la fois méprisant le fait par exemple que des enquêteurs du TPIR viennent se saisir des documents officiels trouvés entre les mains des autorités judiciaires rwandaises sans même leur en laisser une copie conforme. Les arguments de cette nature avancés par les rwandais sont bien légion.

trouver à user des subterfuges visant à ignorer très souvent ou à se soustraire parfois auxdites exigences en la matière. De ce fait, créés pour juger des entités physiques déjà pénalement responsables au moment des hostilités et pour marquer la mémoire de l'histoire, le TPIY et le TPIR n'ont pas droit à l'erreur. Toute personne reconnue coupable d'acte criminel relevant de leur compétence doit être châtiée selon le dispositif normatif du Statut qui porte leur création. Ce qui suppose qu'aucun membre du groupe criminel ne puisse échapper audit Statut. Ce qui commande que tous les criminels soient atteints. Mais comment y parvenir ? Pendant combien de temps dureront encore ces juridictions dont les criminels recherchés croupissent sous le poids de l'âge et de la maladie ?

Dans une logique de pur pragmatisme, puisque ces juridictions sont dirigées contre des individus à la majorité pénale établie au moment des hostilités, n'est-il pas simplement avantageux d'avancer l'argument de l'espérance de vie humaine pour circonscrire une durée approximative pour la fin de leurs activités ?

A notre humble avis, cet argument semble concilier la majeure partie des débats sur la temporalité desdites juridictions quand on sait qu'elles ont déjà, chacune, presque trente années d'existence. En plus, les dépenses auxquelles elles induisent sont de nature à appeler à une fin d'activité imminente. Encore qu'on fait face à une ère où la justice pénale internationale est revêtue du sceau de la complémentarité comme l'incarne le Statut de Rome de la CPI, une ère bien évidemment, qui ne saurait entrer en conflit avec une logique de primauté juridictionnelle. Ce qui serait de nature à porter un regard suspicieux sur le principe de complémentarité, qui camouflerait l'idée d'une suprématie voilée. Toute chose qui, à notre humble avis, légitime qu'une prévision mathématique soit faite pour la cessation des activités desdits TPI ad-hoc.

Pour ce faire, si l'on reconnaît qu'est pénalement et ce, personnellement responsable celle ou celui qui, âgé(e) de dix-huit ans révolus au moment des faits, se rendrait coupable d'un crime relevant de la compétence du TPIR ou du TPIY. Et si l'on fixe, à témoin, une durée universelle d'espérance de vie humaine moyenne à soixante (60) ans, tout en sachant entre temps que la mort est prescriptive tant de l'action publique que de la peine, on dirait que le TPIY et le TPIR ne devraient avoir chacun qu'une durée d'activité de quarante et deux (42) ans<sup>86</sup>. A supposé pour l'illustrer qu'un délinquant *Lambda* soit âgé de dix-huit (18) lors des hostilités du génocide en Bosnie-Herzégovine et y a participé, et sachant que le TPIY a été institué depuis 1993, et qu'à date (en 2023), ledit TPIY a trente (30) années d'existence. Ce qui

---

<sup>86</sup> Au cas où le plus jeune des délinquants n'aurait que 18 ans nets d'âge.

suppose que ce délinquant *Lambda* aurait quarante-huit (48) ans actuellement. Combien de temps lui faudra-t-il pour atteindre 60 ans ? La réponse est sans équivoque quand on se réfère à une théorie mathématique connue sous le nom de « *la règle de Trois* »<sup>87</sup>.

En guise d'analogie et techniquement, on dira qu'il reste encore douze (12) années au TPIY et treize (13) au TPIR pour voir ces deux juridictions pénales internationales fermer définitivement leurs portes, si l'on s'en tient ou valide cette théorie essentiellement indicative.

Cet argument nous semble logique d'autant plus que la majeure partie des personnes impliquées et retrouvées dans le cadre de ces actes odieux qui relèvent de la compétence de ces TPI ad-hoc croupissent sous le poids de l'âge et des maladies. Et du fait qu'elles apparaissent déjà affaiblies, la plupart d'elles n'attendent que la mort. Pour celles d'entre elles qui se sont converties à la religion, c'est le temps des confessions, d'expiation des péchés, si l'on voudrait rester moins pudique pour l'insinuer. L'une des justifications de cet argument pourrait procéder de la notion de contrainte par corps qui, elle-même, discrimine en fonction de l'âge. Au regard du droit camerounais par exemple, elle ne s'exerce pas à l'endroit des personnes âgées de plus de soixante (60) ans comme le formule *in medio* l'article 565 du Code de procédure pénale<sup>88</sup>.

A la lecture de cette disposition, il faut reconnaître qu'une contrainte par corps prononcée à l'endroit d'une personne âgée de plus de 60 ans apparaît comme attentatoire aux droits de la défense. Cette échéance de fermeture définitive d'activités qu'on aura annoncée à 2035 pour le TPIY et à 2036 pour le TPIR serait purement indicative. Toutefois, elle nous semble tout à fait rationnelle, puisque excéder ce délai indicatif serait, pour notre part, faire échouer la mission historique et hautement symbolique desdites juridictions ad-hoc.

Il est vrai que la justice doit prendre tout son temps pour dire le bon droit. De ce fait, le temps de la justice n'est pas le temps des hommes diraient plus d'uns. Mais, une justice n'est efficace que lorsque les hommes qu'elle recherche peuvent se trouver à se présenter devant elle. Ce qui suppose leur existence personnelle et physique. Mais, autant une justice trop lente serait périlleuse à l'endroit des parties<sup>89</sup>, autant une justice jugée scélérate serait imprudente par les

---

<sup>87</sup> C'est une des règles les plus utilisées dans la logique mathématique. Elle sert à calculer les pourcentages et probabilités en les simplifiant.

<sup>88</sup> On peut lire à l'Article 565 du Code camerounais de procédure pénale ce qui suit : « *La contrainte par corps ne peut être exercée ni contre les personnes âgées de moins de dix-huit (18) ans ou de plus de soixante (60) ans au moment de l'exécution, ni contre les femmes enceintes.* »

<sup>89</sup> La lenteur de la justice peut avoir des répercussions surtout à l'égard des parties. Les victimes sont en premier lieu les plus concernées.

risques d'induction en erreur qu'elle recèle à l'égard du juge<sup>90</sup>. Il faut à cet effet trouver le juste milieu. Un anglicisme le clame très bien : « *une justice retardée est une justice refusée* ».



---

<sup>90</sup> L'imprudence d'une justice trop scélérate procèderait de la permanence des risques d'erreurs judiciaires et procédurales.

**Les règles d'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même***The rules for assessing the obligation of care with regard to oneself*

Par :

**Appolinaire DJONGAIBE**

Avocat au Barreau du Tchad

Doctorant en droit privé

Université de Maroua (Cameroun)

Page | 311

**Résumé :**

*La loi impose à la personne physique la protection contre elle-même, d'où la notion de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même. Il est donc de principe traditionnel que la convenance personnelle du sujet est, à elle seule, impuissante à justifier une atteinte à l'intégrité corporelle de celui-ci. C'est pourquoi, le droit est aujourd'hui conduit à repenser le pouvoir que l'homme peut avoir sur son propre corps et la protection dont ce corps doit bénéficier contre des menaces qui lui sont extérieures.*

*Ce qui nous amène à poser la question de savoir comment apprécier l'obligation de prudence à l'égard de soi-même ? Il a été présenté d'une part l'appréciation in abstracto de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même et d'autre part l'obligation de prudence à l'égard de soi-même comme obligation de moyens.*

**Mots clés :** Appréciation, obligation de prudence et soi-même.

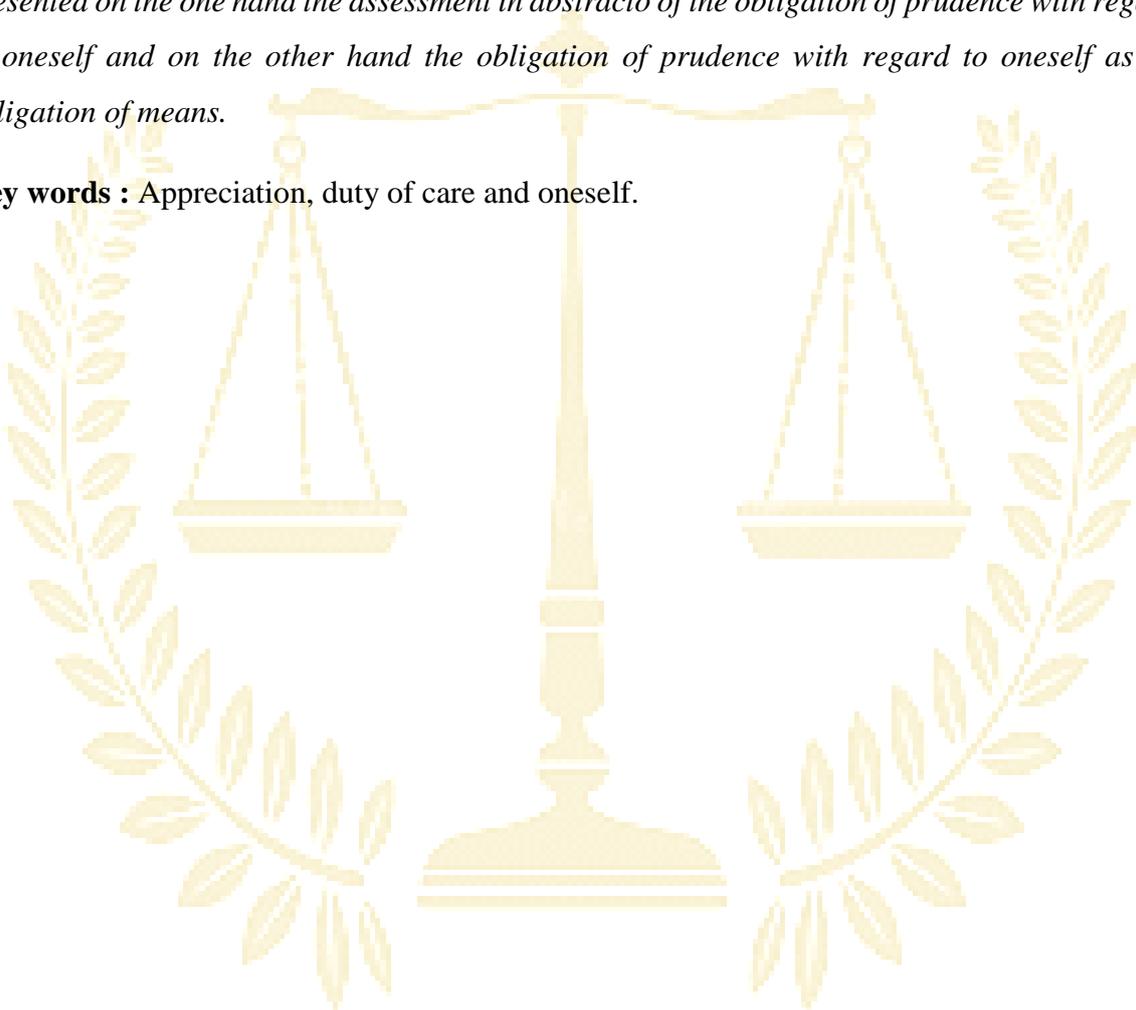
**Abstract:**

*The law imposes on the natural person the protection against himself, hence the notion of the obligation of prudence with regard to oneself. It is therefore a traditional principle that the personal suitability of the subject is, by itself, powerless to justify an attack on his bodily integrity. This is why the law is today led to rethink the power that man can have over his own body and the protection that this body must benefit from against threats that are external to it.*

Page | 312

*Which brings us to the question of how to assess the duty of care to oneself? It was presented on the one hand the assessment in abstracto of the obligation of prudence with regard to oneself and on the other hand the obligation of prudence with regard to oneself as an obligation of means.*

**Key words :** Appreciation, duty of care and oneself.



## Introduction

Sans apparaître expressément dans les textes, l'hypothèse de protection de la personne physique contre elle-même interpelle pourtant. La protection de la personne physique contre elle-même est une expression souvent mentionnée dans les manuels de droit civil, de manière succincte, à l'occasion de l'étude de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même. Les rares travaux portant sur la protection de l'individu contre lui-même<sup>1</sup> portent d'ailleurs principalement sur cet aspect de la notion<sup>2</sup>. La parenté philosophique entre les notions de responsabilité et de liberté nourrit l'idée d'une liberté sur soi-même. Or, la question de la libre disposition de soi suscite également l'intérêt de la doctrine.

La prudence est définie ici comme l'attitude qui consiste à réfléchir aux conséquences d'un acte ou d'un comportement, en vue d'éviter les fautes, les dangers, les dommages éventuels. Etre prudent pour éviter les risques est l'attitude par excellence de l'individu responsable<sup>3</sup>. Transposée à l'étude de la protection de l'individu contre lui-même, cette attitude prend la forme d'une prudence à l'égard de soi-même<sup>4</sup>. L'identification d'une protection de la personne contre elle-même suit l'acte contre soi-même et trouve sa raison d'être dans la mise en œuvre des mécanismes sanctionnant l'attitude de l'individu à l'égard de lui-même. On peut s'interroger sur le fondement de cette sanction : n'est-elle pas la violation d'une obligation préexistante de prudence à l'égard de soi-même ? Répondre par l'affirmative ferait de cette prudence l'unique fondement de la protection de la personne contre elle-même.

Le soi-même) est auteur. Le soi, ici, est par essence une personne. La responsabilité juridique ne sied pas aux choses, mais aux personnes qui les possèdent ou les actionnent. Le soi auteur est la volonté de la personne.

L'obligation de prudence à l'égard de soi-même est une condition de la protection de la personne contre elle-même qui est révélée après la réalisation du dommage. Ensuite, l'obligation de prudence à l'égard de soi-même entre en contradiction avec le principe de la libre disposition de soi qui, s'il n'est pas absolu, suppose que chacun dispose d'un champ de

<sup>1</sup> ROMAN D., « A corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », D.2007, PP. 1284-1293.

<sup>2</sup> DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. IV, Rousseau, 1924, et s ; M. HALLER, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, LGDJ, 1926 ; J.DESCHIZEAUX, *Influence du fait de la victime sur la responsabilité civile délictuelle*, thèse, Grenoble, 1934.

<sup>3</sup>CASSAGNABERE C., *la responsabilité en vers soi-même*, thèse Rennes 1, 2011.

<sup>4</sup> Nous choisissons d'employer le vocable « à l'égard de », plutôt que « envers », car nous considérons qu'il traduit l'idée d'une action *pour* soi-même, par comparaison avec la responsabilité *envers* soi-même, qui traduit la contradiction, l'action *contre* soi-même.

liberté relatif à son propre corps. D'un simple devoir de veiller à sa propre sécurité, l'obligation de prudence peut devenir une interdiction de se nuire, réduisant d'autant le champ de la liberté individuelle.

Elle apparaît enfin comme source autonome de protection et justifie la sanction de l'individu en prévention de la réalisation d'un dommage, protégeant l'individu contre les atteintes qu'il pourrait contribuer à se porter à lui-même. La notion de prudence à l'égard de soi-même dispose d'applications qui lui sont propres.

Cette forme de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même n'apparaît *qu'a posteriori* de la réalisation d'un dommage. En cela, elle est en lien étroit avec la nécessité de protéger l'individu contre lui-même : elle est son corollaire implicite. La protection de l'individu contre lui-même a pour fondement l'obligation de prudence à l'égard de soi-même.

Les conséquences du non respect de cette obligation sont interindividuelles et consistent en un partage de responsabilité entre la victime et le défendeur. De ce partage résulte un report sur la victime elle-même de la charge de la réparation. Issue de la responsabilité civile, on lui associe sa visée indemnitaire. Associée à l'idée de faute d'imprudence, on peut également en déduire une certaine portée répressive<sup>5</sup>. Des diverses applications, nous déduisons les règles d'appréciation de cette obligation<sup>6</sup>.

Ce travail révèle un chevauchement fréquent entre les notions d'obligation de prudence et de protection de la personne contre elle-même. La notion de prudence qui, transposée à notre sujet, devient prudence à l'égard de soi-même. L'obligation de prudence à l'égard de soi-même est tantôt fondement de la protection de la personne contre elle-même, tantôt source autonome de protection. Un développement de l'étude de ces interactions et de leurs applications particulières éclairera la notion de protection de la personne contre elle-même.

Il révèle aussi un intérêt pratique puisque l'obligation de prudence à l'égard de soi-même est donc un fondement implicite de la protection pénale et civile de l'individu contre lui-même. Il ressort de ses applications spécifiques des caractères particuliers. C'est pourquoi ce dernier développement a pour objet l'étude particulière de cette obligation de prudence réfléchie. L'obligation de prudence à l'égard de soi-même tend à protéger des intérêts différents et prend des formes multiples. Elle protégera, par exemple, un intérêt privé, sous la forme d'un

<sup>5</sup>La confusion entre la fonction indemnitaire et la fonction de sanction de la responsabilité envers soi-même.

<sup>6</sup>CASSAGNABERE C., *la responsabilité en vers soi-même*, thèse Rennes 1, *opt. cit.*

comportement de référence apprécié après la réalisation du dommage. Elle protégera aussi des intérêts supérieurs, par l'érection d'un comportement imposé. Le choix de la terminologie obligation de prudence est guidé par le souci de recouvrir ces différents degrés d'obligation apparentés, qui ne sont toutefois pas similaires : obligation générale de veiller à sa propre sécurité, obligation de se soigner, interdiction de se nuire, voire obligation de mener une vie saine. En effet, être prudent à l'égard de soi-même, c'est à la fois faire attention à soi, prendre soin de soi et ne pas se faire de mal.

Il importe donc de poser la question de savoir comment apprécier l'obligation de prudence à l'égard de soi-même ? L'ambition du présent travail est de systématiser les règles juridiques d'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même ainsi que les constructions prétoriennes dont les juges ont pu faire preuve en matière d'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même après la réalisation du dommage<sup>7</sup>. Cette obligation de prudence à l'égard de soi-même ne bénéficie pas d'une existence autonome et n'est révélée que par le biais des mécanismes de la responsabilité civile. C'est sa violation ayant conduit à un dommage qui permet d'en déduire l'existence. C'est donc d'une faute d'imprudence que l'on déduit l'existence de l'obligation de prudence. Cette faute d'imprudence est elle-même appréciée par rapport à un comportement de référence, celui du bon père de famille.

Cette forme de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même régulant les rapports interindividuels en conserve certains traits : parce que l'adoption du comportement type du *pater familias* permet de déterminer son caractère prudent, le respect de l'obligation de prudence s'apprécie *in abstracto* (I). Ensuite, au sein de l'ensemble plus vaste des obligations, elle s'analyse comme une obligation de moyens<sup>8</sup> (II).

## **I- L'APPRECIATION *IN ABSTRACTO* DE L'OBLIGATION DE PRUDENCE A L'EGARD DE SOI-MEME**

Nous allons cerner le sens de l'appréciation *in abstracto* (A) avant d'envisager l'effet du manquement à la prudence du *bonus pater familias* (B).

<sup>7</sup> MARC (G.), PETRY (F.), *Guide de l'élaboration d'un projet de recherches en sciences sociales*, PUF, Laval, 2000, p.24.

<sup>8</sup> CASSAGNABERE C. thèse, *opt. cit.* P.180

### A- Le concept d'*in abstracto* de l'obligation de prudence

Le terme bon père de famille ou *bonus pater familias* traduit une certaine vision machiste et paternaliste de la société qui a vu naître ces locutions<sup>9</sup>. Il est à noter que ces termes ne se retrouvent presque pas dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Par ailleurs, en France, l'article 26 de la loi 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », a mis fin à l'utilisation de cette expression dans le vocable législatif. Elle a décidé de remplacer les termes « bon père de famille » par le terme « raisonnable<sup>10</sup> ». Nous utiliserons alternativement les termes « personne normalement prudente et diligente », bon père de famille et *bonus pater familias* dans le but d'éviter les redondances mais aussi d'alléger le style et ainsi rendre la lecture plus agréable.

L'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même, dès lors qu'elle poursuit un objectif indemnitaire, s'apprécie *in abstracto*, puisqu'elle s'apprécie au regard du comportement de référence abstrait du bon père de famille. Toutefois, ce standard de comportement est ajusté en fonction de la qualité de l'individu et des circonstances<sup>11</sup>. C'est pourquoi la faute sera appréciée différemment par les juges dans le cadre de la pratique sportive. Des auteurs ont d'ailleurs constaté que la violation d'une règle de jeu n'est une faute civile que si cette règle avait pour objet la sécurité<sup>12</sup>. De même, le manquement à l'obligation de prudence d'un professionnel sera apprécié en fonction des usages de la profession, des moyens dont il dispose, et de l'attitude d'un « bon professionnel de sa spécialité »<sup>13</sup>.

L'application de ce comportement de référence aux victimes inconscientes soulève des difficultés évidentes<sup>14</sup>. Ces victimes font, par définition, exception à la règle qui voudrait que l'on exige de chacun la prudence du *bonus pater familias*. Pourtant, la faute de la victime inconsciente engendre sa responsabilité. Nous avons vu que l'objectif de la responsabilité de la victime est ici de punir un comportement imprudent. Lorsque la victime est un inconscient, l'affliger d'une peine privée perd tout son sens. La logique poursuivie est alors purement

<sup>9</sup>FERNANDEZ DOMINGUEZ S., *L'appréciation in abstracto du bon père de famille en responsabilité civile : analyse et comparaison des solutions données en droit belge et en droit anglais*, DIAL, 2020, P.5

<sup>10</sup>WAELEKENS L., « Geengoedehuisvadersmeer in het Franserecht », R.W., 2014-2015, p. 282 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Billet d'humeur – L'exécution du bon père de famille par le législateur français. Où le « politiquement correct » conduit à l'incongru », R.D.C., 2014/10, pp. 947-948 ; X., « Goedehuisvader op stervenn », *Juristenkrant*, liv. 286, p. 14 ; C. DELFORGE, « France : après la répudiation du « bon père de famille », une réforme du droit des obligations en 2016 », *Les pages*, 2015, n°2, p. 4.

<sup>11</sup>LE TOURNEAU ph., *op. cit.* P.130

<sup>12</sup>VEAUX D., VEAUX-FOURNERIE P., J-Cl. Resp. civ. et assur., fasc. 450-3, n° 33 et s.

<sup>13</sup>Nous empruntons l'expression à G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.* P.200

<sup>14</sup>FERNANDEZ DOMINGUEZ S., *L'appréciation in abstracto du bon père de famille en responsabilité civile : analyse et comparaison des solutions données en droit belge et en droit anglais*, *op. cit.* P.239

indemnitaires et se détache de toute vocation répressive<sup>15</sup>. De même, les personnes dotées d'une infériorité d'ordre psychologique, c'est-à-dire d'« une maladie ou atteinte diverse qui obnubilent complètement l'intelligence et la volonté »<sup>16</sup> sont soumises pareillement au comportement de référence<sup>17</sup>, malgré certains arrêts isolés refusaient de reconnaître la responsabilité de ces personnes<sup>18</sup>. On peut même considérer plus généralement qu'« un manque d'expérience ou d'intelligence, une ignorance caractérisée créent à la charge de celui qui est affligé de cette infériorité l'obligation de s'abstenir des activités qui requièrent une compétence que manifestement il ne possède pas »<sup>19</sup>. Ces personnes sont donc soumises à une obligation particulière de prudence du fait même de cette infériorité.

### **B- Le manquement à la prudence du *bonus pater familias***

Le manquement à l'obligation de prudence du *bonus pater familias* constitue la turpitude de la victime qui manifeste précisément l'illégitimité de la situation de la victime. La turpitude est en effet une « *laideur morale, [une] ignominie qui résulte d'un comportement indigne, honteux*<sup>20</sup> ». En droit de la responsabilité civile, cette turpitude se caractérise par une faute d'une particulière gravité<sup>21</sup> qui révèle, pour certains, la conscience de la certitude ou de la probabilité du résultat dommageable. Ainsi, certains considèrent que la *persona turpis* est l'auteur d'une faute intentionnelle<sup>22</sup> ou d'une faute inexcusable. D'autres identifient l'adage « *Nemo auditur ...* » dès que la victime est l'auteur d'une faute pénale. Plus précisément, en raison de cette faute de la victime, le fait générateur du défendeur est exclu au sens où la victime ne peut s'en prévaloir. La victime est l'auteur d'une faute difficile à excuser car moralement répréhensible<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Bien que pouvant être assimilée dans la plupart des cas à une peine privée, nous préférons considérer que la sanction du manquement à l'obligation de prudence à l'égard de soi-même, qui consiste en une réduction, voire un anéantissement de la réparation pour la victime, poursuit principalement un objectif indemnitaire.

<sup>16</sup> VINEY G., JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, op. cit. P.200.

<sup>17</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juin 1961 ; Bull. civ. II, n° 432 ; N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, n° 26 à 30.

<sup>18</sup> Pour exemple : Colmar, 4 déc. 1974 ; D. 1975, somm., p. 52.

<sup>19</sup> VINEY G., JOURDAIN P., op. cit. P.200.

<sup>20</sup> V. Turpitude in C.N.R.T.L..

<sup>21</sup> SABARD O., *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, p. 40, considère que la turpitude de la victime se caractérise par une faute de provocation.

<sup>22</sup> KARAM-BOUSTANY L., *L'action en responsabilité extracontractuelle devant le juge administratif*, P.680 : *Mais la turpitude ne se confond [...] puisque, d'une part, elle exige une mauvaise intention et La règle Nemo auditur s'opposera, non seulement à la recevabilité des moyens de l'auteur de la faute intentionnelle. Parfois la turpitude qui disqualifie le demandeur s'analyse en une faute consciente, intentionnelle commise par ce dernier ou par une personne dont il doit répondre.*

<sup>23</sup> BEYNEY G., *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extracontractuelle des personnes publiques*, thèse, L'UNIVERSITE DE BORDEAUX, 2020, P.595.

L'appréciation *in abstracto* du *bonus pater familias* intervient principalement dans le contexte de la responsabilité civile. Le cœur de ce droit se situe aux articles 1382 à 1386 du Code civil<sup>24</sup>. La responsabilité du fait personnel est basée sur le concept de faute<sup>25</sup>. Cette matière trouve son assise au sein des articles 1382 et 1383. Ces articles ne font cependant que poser les bases, ils se bornent à dire que pour être jugé responsable et ainsi ouvrir un droit à réparation intégrale dans le chef de la victime, il faut réunir trois éléments à savoir une *faute*, un *dommage* et un *lien causal* entre la faute commise et le dommage subit par la victime<sup>26</sup>.

Il faut ajouter que le fait de respecter une obligation légale imposant un comportement déterminé ne dispense pas de respecter également l'obligation générale de prudence. Cette norme générale de prudence impose donc à tous de respecter les règles de la vie sociale, morales, bienséance, etc. avec prudence. Pour juger d'un manquement à cette norme, il est traditionnellement admis que le comportement de la personne doit être comparé à celui d'une personne normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances<sup>27</sup>. Un écart entre le comportement de l'auteur et celui de cette personne normalement prudente et diligente impliquerait la mise en cause de la responsabilité de l'auteur. On le voit, en cas de manquement au devoir général de prudence, il appartient au juge de déterminer le comportement qu'aurait adopté un bon père de famille. Pour apprécier ce comportement, le juge peut soit adopter une appréciation dite *in abstracto* soit une appréciation *in concreto*.

## II-UNE OBLIGATION DE PRUDENCE A L'EGARD DE SOI-MEME DE MOYENS

L'obligation de prudence à l'égard de soi-même, lorsqu'elle prend la forme de l'obligation de veiller à sa propre sécurité ou de l'obligation de minimiser son propre dommage, s'analyse en une obligation de moyens. Nous allons préciser la conception de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même de moyen (A) et le manquement à ladite obligation (B).

---

<sup>24</sup>COLETTE-BASECQZ N., et BLAISE N., Responsabilité civile et Responsabilité pénale, *Responsabilités - Traité -*

*Théorie et pratique*. vol. Partie préliminaire, Liv. 2, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 58 et 61.

<sup>25</sup>DUBUISSON B., « Faut-il réformer le Code civil ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p. 675 ; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », *responsabilité -Traité théorique et pratique*, J-L. Fagnart (dir.), Bruxelles, Kluwer, 2017, livre 20, vol. 1, pp. 6 et 8.

<sup>26</sup>MONTERO E. et GOFFAUX B., « La référence au paradigme du « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle », *For. ass.*, n° 140, 2014, p. 1.

<sup>27</sup>SCHAMPS G., « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit. Droit belge et droit comparé*, R.D.P.C., 1994, pp. 377-378.

### A- Le concept de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même de moyen

Tout d'abord, l'obligation de veiller à sa propre sécurité, en matière contractuelle comme en matière extracontractuelle, n'est pas définie précisément. Elle représente une norme générale de comportement, mais ne prévoit pas explicitement de comportement particulier. Les différents exemples jurisprudentiels exposés plus haut montrent de plus que ce n'est pas son comportement en tant que tel qui est reproché à la victime mais le caractère imprudent de ce comportement. En outre, nous avons expliqué que cette obligation ne peut faire l'objet d'une sanction de manière autonome. Elle n'est révélée qu'après de la réalisation d'un dommage, dans le cadre d'une action en réparation.

Apprécier l'exécution de l'obligation de prudence nécessite par essence d'apprécier le comportement du débiteur de l'obligation. Le comportement prudent ne se définit pas seulement par une attitude normée. La diligence dans l'exécution d'une obligation de prudence est d'autant plus difficile à démontrer : cela revient à cumuler les preuves diverses d'une attitude sage, un souci permanent de sécurité se traduisant par la mise en œuvre préventive de standards (quand ils existent), mais aussi l'inexistence d'attitude alternative ou l'imprévisibilité de l'origine du dommage. Un manquement à cette liste peut créer le doute, mais plus difficilement établir la preuve formelle d'un manquement à l'obligation de prudence.

De plus, en matière d'obligation de prudence à l'égard de soi-même, la victime est en même temps débitrice et créancière de l'obligation. La charge de la preuve nécessite une externalisation des intérêts : la victime ne va pas prouver sa propre faute à son encontre. C'est au défendeur que profitera le manquement à l'obligation de prudence de la victime : c'est donc logiquement sur lui que pèse la preuve du manquement. En l'absence d'extériorité entre débiteur et créancier, c'est au défendeur de prouver le manquement.

Enfin, l'obligation de minimiser son propre dommage, telle qu'elle serait consacrée par les différents projets de réformes, est clairement définie comme une obligation de moyens : l'avant-projet *Catala* fait référence aux « moyens sûrs, raisonnables et proportionnés »<sup>28</sup> dont dispose la victime<sup>29</sup>, et précise expressément qu'il s'agit d'une obligation de moyens. Nous en déduisons donc que quelle que soit sa forme, cette obligation de prudence ne peut s'analyser qu'en une

<sup>28</sup>Art. 1373 de l'avant-projet *Catala*.

<sup>29</sup> L'on préconise d' « instituer l'obligation pour la victime d'un préjudice non corporel de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, cette obligation n'étant qu'une obligation de moyens, appréciée in concreto eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime » ; *RDC* 2010, p. 13 ; L. BETEILLE, A. ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D.* 2009, p. 2328.

obligation de moyens. Cela se justifie d'autant plus à l'aune de son objectif indemnitaire, ne mettant en jeu que des intérêts interindividuels.

Concluons en évoquant les propositions de Jean-Luc AUBERT, selon lequel « dès lors que la victime disposait de moyens sûrs, raisonnables et proportionnés » pour empêcher la production du dommage-en tout ou en partie, d'ailleurs-elle est fautive de ne pas les avoir mis en œuvre, comme elle l'est, dans les mêmes conditions, pour ne pas s'être opposée à l'aggravation du préjudice »<sup>30</sup>. L'auteur suggère en effet qu'il existe une obligation générale de prudence pour la victime de moyens, qui s'applique tant au niveau de la réalisation du dommage que de son aggravation.

### **B- Le caractère imprudent du comportement comme manquement à l'obligation de prudence à l'égard de soi-même de moyen**

Selon DABIN Jean et André LAGASSE, le manquement à l'obligation de prudence à l'égard de soi-même de moyen consiste en « *tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif ...), soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenance, ou de techniques non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, ..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région*<sup>31</sup> ».

Dans le même sens, selon Jean VELU pour qui d'après le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil<sup>32</sup>, « *la faute extracontractuelle est susceptible de se présenter sous deux aspects. Ou bien, c'est un acte ou une abstention qui méconnaît une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique national ou une norme de droit interne imposant à des sujets de droit de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Ou bien, c'est un acte ou une abstention qui, sans constituer un manquement à de telles normes,*

<sup>30</sup>AUBERT J-L., « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 55.

<sup>31</sup>DABIN J. et LAGASSE A., « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) –La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57.

<sup>32</sup>FERNANDEZ DOMINGUEZ S., *L'appréciation in abstracto du bon père de famille en responsabilité civile : analyse et comparaison des solutions données en droit belge et en droit anglais*, op. cit. P.240.

*s'analyse en une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions<sup>33</sup>».*

La transgression d'une norme préexistante suppose qu'une norme nous impose une obligation. Cette norme peut être de deux ordres : soit elle provient d'une source légale ou réglementaire qui impose un comportement déterminé soit elle trouve sa source dans les règles de la vie sociale, morale, etc. non formulées en règles législatives<sup>34</sup>. Ce second type de normes que nous appellerons la *norme générale de prudence* trouve son assise législative au sein des articles 1382 et 1383.

L'obligation est de moyens lorsque le débiteur s'engage à mobiliser toutes les ressources dont il dispose pour accomplir la prestation promise, sans garantie du résultat. Par exemple le médecin a l'obligation de soigner son patient, mais n'a nullement l'obligation de le guérir. Dans cette configuration, le débiteur ne promet pas un résultat : il s'engage seulement à mettre en œuvre tous les moyens que mettrait en œuvre un bon père de famille pour atteindre le résultat<sup>35</sup>.

En matière d'obligation de moyens, pour que la responsabilité du débiteur puisse être recherchée, il doit être établi que celui-ci a commis une faute, soit que, en raison de sa négligence ou de son imprudence, il n'a pas mis en œuvre tous les moyens dont il disposait pour atteindre le résultat promis. Cette règle n'est autre que celle posée à l'ancien article 1137 du Code civil.

### Conclusion

Appréhendée comme obligation autonome, cette obligation de prudence à l'égard de soi-même soulève quelques questions visant en particulier l'obligation de minimiser son propre dommage. Toutefois, bien qu'axées autour du lien de causalité, les objections apportées à l'adoption d'une telle obligation n'ont qu'une conséquence indemnitaire : il s'agit de favoriser pour certains l'indemnisation de la victime et pour d'autres l'intérêt du défendeur.

<sup>33</sup>THUNIS X., *Théorie générale de la faute. Responsabilités : traité théorique et pratique*, t. II, liv. 20bis : la responsabilité du fait personnel, vol. 2 : la faute comme acte contraire au droit, Bruxelles, Kluwer, 2017, p. 7 à la suite de Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 13 mai 1982, Pas., 1982, I, p. 1056, concl. av. gén. J. VELU, *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.O. DALCQ.

<sup>34</sup>Cela ne dispense pas du respect de la norme générale de prudence, à ce propos PHILIPPE D., BERNARD M. et P-Y. MATERNE, « Chronique –Droit de la responsabilité », *J.L.M.B.*, 2017/28, p. 1315

<sup>35</sup>BAMDE A., *L'obligation de moyens et l'obligation de résultat*, In *Droit des obligations, Théorie générale des obligations*, Posted Jul 1, 2016.

Les seules objections apportées à cette forme de protection de l'individu contre lui-même concernent la forme positive de cette protection : celle-ci consisterait à créer des droits au profit des tiers sur la base de cette obligation de prudence. Tel serait le cas si la faute de la victime initiale était inopposable aux victimes par ricochet. Cela leur permettrait de demander à la victime initiale l'indemnisation de leur préjudice indirect. Un tel mécanisme favoriserait le droit à indemnisation des victimes indirectes, au détriment de celui de la victime initiale. Or, rendre la victime positivement responsable envers elle-même, c'est-à-dire la faire répondre du dommage qu'elle s'est causée à elle-même auprès de tiers, dans un simple objectif indemnitaire, n'est pas acceptable.



## La protection de la vie privée sur les réseaux sociaux en droit pénal camerounais

*The protection of privacy on social networks in Cameroonian criminal law*

Par : 

---

Page | 323

**YOUNOUSSA Bouba**

Docteur Ph. /D en Droit privé

Université de N’Gaoundéré (Cameroun).

**DINAMOU DAWA KOHLORO Constant**

Doctorant en droit privé

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de N’Gaoundéré.

### **Résumé :**

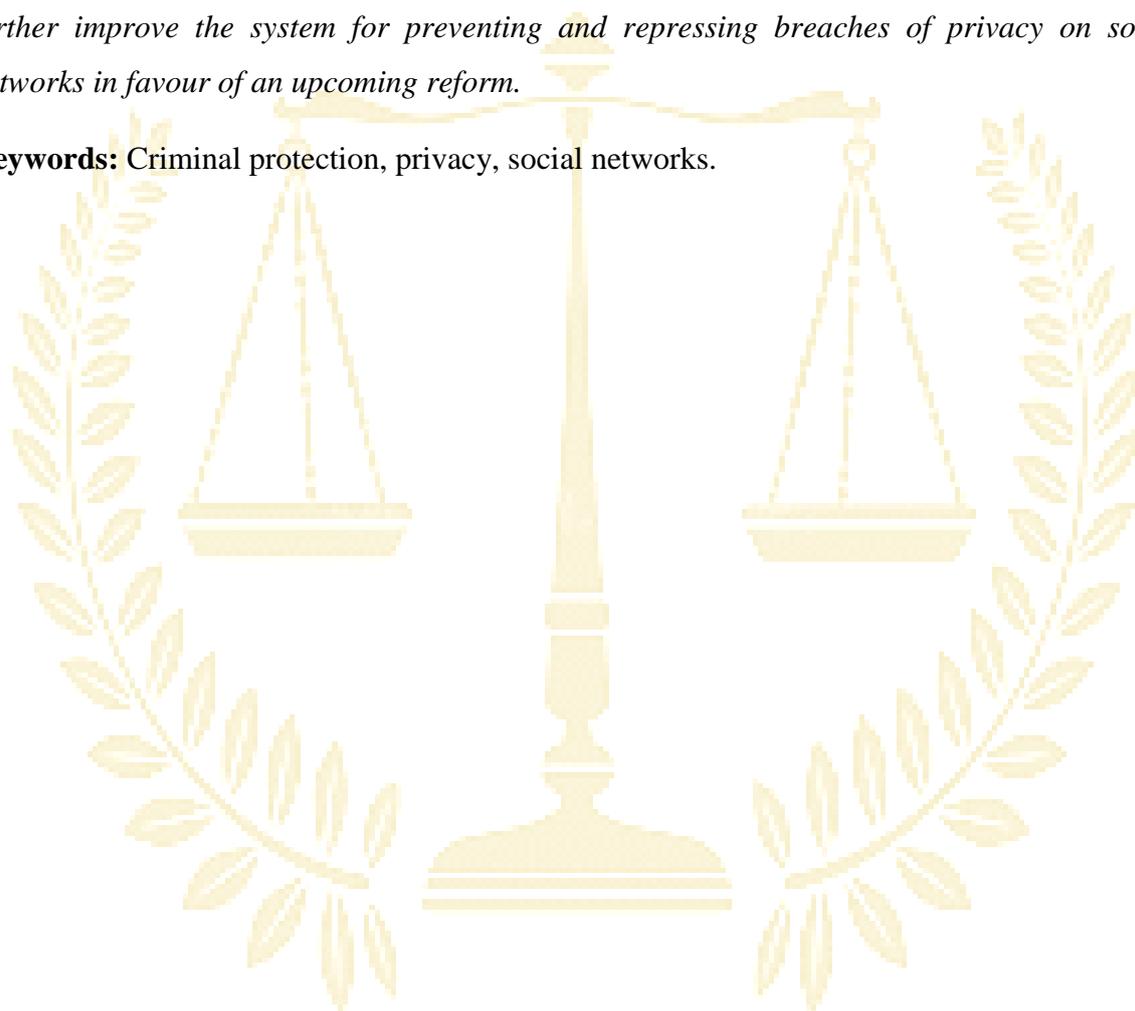
*La vulnérabilité de la sphère de la vie privée connaît une recrudescence remarquable dans le contexte camerounais. Avec la multiplication des réseaux sociaux à travers le cyberspace, les cas de violation de la vie privée ont pignon sur rue. Pour apporter une réponse juridique dans l’optique de sa sauvegarde, le législateur camerounais a prévu un certain nombre de règles. Plusieurs textes ont alors été édictés pour venir à bout de ce phénomène. En dépit des efforts déployés pour prévenir et réprimer les comportements attentatoires à la vie privée sur ces plateformes, il subsiste encore des insuffisances dans la législation en vigueur. Pour limiter ce phénomène à sa plus simple expression à défaut de l’éradiquer, il serait judicieux d’améliorer davantage le régime de prévention et de répression des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux à la faveur d’une prochaine réforme.*

**Mots clés :** Protection pénale, vie privée, réseaux sociaux

**Abstract :**

*The vulnerability of the sphere of privacy is experiencing a remarkable upsurge in the Cameroonian context. With the proliferation of social networks across cyberspace, cases of privacy breaches are on the rise. To provide a legal response, with a view to safeguarding it, the Cameroonian legislator has provided for a certain number of rules. Several texts were then enacted to overcome this phenomenon. Despite the efforts made to prevent and repress privacy-intrusive behaviour on these platforms, there are still shortcomings in the legislation in force. To limit this phenomenon to its simplest expression if not to eradicate it, it would be wise to further improve the system for preventing and repressing breaches of privacy on social networks in favour of an upcoming reform.*

**Keywords:** Criminal protection, privacy, social networks.



## Introduction

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires et illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles atteintes ». Art. 17 PIDCP.

Page | 325

Le monde est aujourd'hui un « *village planétaire* »<sup>1</sup> grâce à l'avènement des Nouvelles Technologies de l'Information et de la communication (NTIC) qui assurent la connexion entre les individus malgré les distances qui les séparent. Malheureusement, cet état de chose n'est pas sans impact sur l'humanité avec la vulgarisation de l'internet en général et la prolifération des réseaux sociaux en particulier. Les réseaux sociaux par exemple constituent des véritables instruments d'atteinte et de violation de la vie privée car il y'a une « *surexposition de la vie privée* »<sup>2</sup> ou une « *protection diminuée de la vie privée* »<sup>3</sup> du fait du caractère non confidentiel de certaines informations en ligne.

Les atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux sont de plus en plus récurrentes. On constate souvent des intrusions dans les comptes des utilisateurs grâce à des méthodes et des techniques très développées ne laissant pas de traces. Bien plus, à travers ces plateformes de communication, des personnes malveillantes peuvent publier des images, des vidéos et certaines données compromettantes d'autres personnes dans la seule intention de porter atteinte à leur vie privée. Facebook<sup>4</sup> est par exemple devenu un véritable laboratoire d'atteinte à la vie privée car, l'accès aux données personnelles<sup>5</sup> est facile, les paramètres d'accès à ses données sont souvent méconnus et pourrait favoriser des atteintes de toute nature. Ce qui va être à l'origine comme l'a souligné un auteur, d'une « *campagne twitter, DeleteFacebook, qui demandait aux utilisateurs de supprimer leur compte Facebook* »<sup>6</sup>. Tous ces méfaits des réseaux sociaux, affaiblissent leur crédibilité en terme de confidentialité et surtout en terme de sécurité et rendent du coup la sauvegarde de l'intimité complexe. Une telle situation est de

<sup>1</sup> MCLUHAN (M), *Le médium est le message*, Bantam Books, 1967, P.160.

<sup>2</sup> PAILLER (L), *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Lacier, droit des technologies, 2012, P.110.

<sup>3</sup> *Ibid*, P.128.

<sup>4</sup> Selon une récente étude menée en fin d'année 2020, Facebook s'impose comme le réseau social le plus utilisé de la dernière décennie à travers le monde avec plus de 2,85 milliards d'utilisateurs actifs chaque mois et 1,88 milliard d'utilisateurs actifs chaque jour dans le monde selon JND (journaldunet.com).

<sup>5</sup> Les données personnelles concernent le profil de l'utilisateur c'est-à-dire la ville actuelle, la date de naissance, la profession et d'autres informations mais aussi les photos et les vidéos de l'utilisateur.

<sup>6</sup> DAVID (G), « Facebook et les paradoxes de la vie privée », Université de Western Australie, 10 Avril 2018.

nature à pousser le législateur camerounais à prendre des dispositions afin de mieux protéger les personnes contre ces atteintes à travers le cyberspace<sup>7</sup> et surtout sur les réseaux sociaux.

Les raisons du choix de ce sujet sont évidentes. Au regard de la vulnérabilité de la vie privée des personnes sur les réseaux sociaux qui est sans cesse croissante, l'on est droit de s'interroger sur sa protection. En effet, les atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux se réalisent par des moyens autres que ceux utilisés dans la criminalité classique. Cette protection est garantie au plan mondial par des instruments internationaux à l'instar du Pacte International relatif aux Droits Civiques et Politiques<sup>8</sup> qui s'est inspiré de l'article 12<sup>9</sup> de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui prévoit : « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires et illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles atteintes* »<sup>10</sup>. A l'échelle africaine, l'on peut évoquer, bien que le Cameroun ne l'ait pas encore ratifié, la Convention de l'Union Africaine sur la cyber criminalité et la protection des données personnelles<sup>11</sup> dont l'un de ses principaux objectifs est selon son préambule de : « *mettre en place dans chaque état partie, un dispositif permettant de lutter contre les atteintes susceptibles d'être engendrées par la collecte, le traitement, la transmission, le stockage et l'usage des données à caractère personnel* ». Sur le plan national, la constitution à travers son préambule<sup>12</sup> pose clairement le principe de l'inviolabilité du domicile et de la violation du secret de correspondance. Pour apporter une réponse, le législateur pénal camerounais a dans un premier temps incriminé la violation du secret de correspondance dans le code pénal. Par la suite, il a adopté la loi n 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité et celle du 21 décembre 2010 régissant les communications

<sup>7</sup> Le cyberspace désigne le monde virtuel dans lequel on se plonge lorsqu'on touche à un réseau informatique et surtout internet et les réseaux sociaux. Définition disponible sur [www.lineternaute.fr](http://www.lineternaute.fr), consulté le 30 octobre 2021.

<sup>8</sup> Ce pacte a été adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 a (XXI) du pacte 16 décembre 1966 ; il est entré en vigueur le 23 mars 1976. Il a été ratifié par le Cameroun le 27 juin 1984.

<sup>9</sup> Cet article dispose que : « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes 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 ».

<sup>10</sup> Art. 17 PIDCP.

<sup>11</sup> Cette convention a été adoptée à Malabo, en Guinée Equatoriale, le 27 juin 2014, lors de la 23<sup>ème</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union Africaine. Cette convention n'est pas encore en vigueur à cause du nombre insuffisant des ratifications. En effet, d'après son article 36, elle « entre en vigueur trente (30) jours après la réception, par le président de la commission de l'Union Africaine, du quinzième (15<sup>ème</sup>) instrument de ratification ou d'adhésion ». Or, à la date du 3 juin 2019, seuls cinq instruments de ratification sont déposés, voir sur ce point la page dédiée à cette convention sur le site web de l'Union Africaine.

<sup>12</sup> Il faut préciser que d'après l'article 65 de la constitution de la République du Cameroun, « le préambule fait partie intégrante de la constitution ». Il énonce d'une part que : « le domicile est inviolable. Nulle perquisition ne peut y avoir lieu qu'en vertu de la loi » et d'autre part : « le secret de correspondance est inviolable. Il ne peut y être porté atteinte qu'en vertu des décisions émanant de l'autorité judiciaire ».

électroniques. Cette protection est prévue par exemple dans la loi de 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité, dont la section IV est intitulée « *de la protection de la vie privée des personnes* ». Dans cette veine, l'article 41 de cette même loi dispose : « *toute personne a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent prendre des mesures conservatoires, notamment le séquestre et la saisie pour empêcher ou de faire cesser une atteinte à la vie privée* ». Il existe dans ces deux (02) lois, des incriminations relatives aux atteintes à la vie privée et un arsenal de sanctions. Elles reconnaissent aux organes de régulation des T.I.C<sup>13</sup>, des compétences en matière de protection de la vie privée. Bien plus, la confidentialité et la sécurité des données personnelles doivent être assurées par les opérateurs et exploitants<sup>14</sup> des réseaux de communication électronique au risque d'engager leur responsabilité. Cela doit aussi se traduire par la mise en jeu de la responsabilité des auteurs des atteintes qui affectent la vie privée des personnes sur les réseaux sociaux. Tous ces mécanismes de protection doivent faire face à la complexité des réseaux sociaux. En effet, les moyens utilisés pour réaliser ces atteintes sont très sophistiqués et rendent presque impossible leur prévention. Fort heureusement, il existe aujourd'hui des techniques qui permettent de sauvegarder la vie privée. C'est le cas par exemple de l'anonymat<sup>15</sup> et d'autres mesures<sup>16</sup> qui se révèlent parfois efficaces. On ne saurait continuer la réflexion sans procéder aux clarifications conceptuelles à savoir : « protection », « vie privée » et « réseaux sociaux ».

Gérard Cornu définit la protection comme « *étant une précaution qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre, et répondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne, un bien contre un risque, à garantir sa sécurité et son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels. Elle désigne aussi bien l'action de protéger que les systèmes de protection établis (mesure, régime, dispositif)* »<sup>17</sup>. BRUGNION estime pour sa part que « *le concept de protection possède une dimension essentiellement pratique : protéger n'est ni dire ni écrire, c'est aussi, essentiellement intervenir, agir* »<sup>18</sup>. En

<sup>13</sup> Il s'agit de l'Agence de Régulation de Télécommunications (A.R.T) et de l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (A.N.T.I.C).

<sup>14</sup> Les opérateurs et exploitants de réseaux sont selon la loi de 2010 régissant les communications électroniques, des personnes physiques ou morales exploitants les réseaux de communications électroniques ouverts au public ou fournissant au public un service de communications électroniques.

<sup>15</sup> L'anonymat désigne les techniques compliquant l'identification des machines qui ont transmis l'information sur la toile et surtout sur les réseaux sociaux. Disponible sur [fr.m.wikipedia.org](http://fr.m.wikipedia.org).

<sup>16</sup> Les autres mesures consistent à masquer son adresse IP en gérant mieux les mots de passe, ou en chiffrant sa connexion, ses données ou ses messages. Il existe aussi la possibilité pour certains acteurs comme les fournisseurs d'accès, de services, les prestataires techniques de tracer les activités d'un utilisateur donnée.

<sup>17</sup> CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 1987, Paris, P.618.

<sup>18</sup> BRUGNON (F), « Le comité international de la Croix-Rouge et protection des victimes de guerre », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n°775, janvier-février 2005, P.11.

clair, on peut appréhender la protection ici comme l'ensemble des mécanismes que le législateur camerounais a adopté pour protéger la vie privée des individus dans le cyberspace de manière générale et sur les réseaux sociaux en particulier.

La vie privée se définit comme la sphère d'intimité réservée à chaque individu et protégée contre les intrusions extérieures, qu'elles proviennent d'autres individus ou même de l'Etat. Autrement dit c'est l'espace dans lequel l'organisation de la vie de chacun « *ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes* »<sup>19</sup>. Pour sa part, Nicole BOFELE définit la vie privée comme « *une sphère d'intimité dont toute personne est libre de refuser l'accès à autrui* »<sup>20</sup>. D'une manière plus simple, elle se définit comme l'ensemble des activités d'une personne qui relève de son intimité par opposition à la vie publique. La loi camerounaise relative à la cyber sécurité et la cybercriminalité du 21 décembre 2010 ne fournit pas de précisions sur la définition des réseaux sociaux. Il convient de se contenter des définitions que certains auteurs ont proposées. Selon FOGEL et NEHMAD, les réseaux sociaux sont « *des espaces sociaux sur internet permettant le partage d'informations, la communication et la collaboration entre divers acteurs* »<sup>21</sup>. Pour eux, un réseau social repose sur trois composantes principales : le profil de l'utilisateur (publication d'informations personnelles), l'établissement d'un cercle d'amis (création de listes et sous listes selon des intérêts communs) et l'interaction entre utilisateurs (échange d'informations).

Pour d'autres auteurs, les réseaux sociaux sont « *des plateformes de communication en ligne qui permettent à un internaute de joindre ou de créer des réseaux d'utilisateurs ayant des intérêts communs, un site internet qui permet d'accéder à une plateforme d'échange et de dialogue* »<sup>22</sup>. C'est aussi « *une plateforme de communication en ligne qui permet à un internaute de joindre ou de créer un ou plusieurs réseaux d'utilisateurs partageant des intérêts communs. De manière plus concrète, un réseau social se présente comme un site internet qui permet, après une inscription (...), d'accéder à une plateforme d'échange d'informations avec d'autres internautes sur des sujets divers* »<sup>23</sup>. De ces diverses définitions, on retient que les

<sup>19</sup> CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2011, p.1064.

<sup>20</sup> BOFELE ESOLE (N), *La protection de la vie privée en droit congolais à l'ère inforoute*, mémoire licence, Université du Congo Kinshasa, 1999-2000, P.2.

<sup>21</sup> FOGEL (J) et NEHMAD (E), « *Internet social network : risk taking, trust, and privacy concerns* », *computers in human behavior*, 25 (1), pp 150-160.

DOI : 10.1016/J.chb.2008.08.006

<sup>22</sup> COSTES (L), « *Réseaux sociaux : nouveaux enjeux et nouveaux défis pour les entreprises* », *RLDI* 2011, n°4, n°2472.

<sup>23</sup> DREYFUS (N), *Marques et internet : protection, valorisation, défense*, Lamy, coll. Axe Droit, 211, PP.325.

réseaux sociaux sont des plateformes qui permettent aux utilisateurs d'être liés entre eux par des liens sociaux, permettant des interactions sociales.

L'appréhension judicieuse de cette thématique commande de procéder à sa délimitation spatio-temporelle. Notre réflexion dans l'espace va se limiter sur les réseaux sociaux en ligne au Cameroun. Notre lanterne sera braquée principalement sur les réseaux sociaux les plus utilisés dans l'espace numérique camerounais ces derniers temps. Selon une étude récente de Hootsuite et We are social<sup>24</sup>, le réseau social le plus utilisé à travers le pays est Facebook suivi de près par WhatsApp, qui a connu aussi une montée fulgurante au cours de ces dernières années. Notre travail va reposer sur ces deux plateformes numériques du fait de leur popularité dans l'univers camerounais. Cette étude se situe dans l'espace temporel allant de 2010 jusqu'à nos jours. Ceci parce que 2010 est l'année où le législateur a donné une réponse juridique à la cyber criminalité et la cyber sécurité au Cameroun à travers l'adoption de la loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité. Bien plus, c'est aussi l'année d'adoption de La loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun. Cette année est donc le nouveau signal en matière de protection pénale de la vie privée sur les réseaux sociaux.

Le présent sujet révèle plusieurs intérêts : un intérêt juridique, un intérêt social, un intérêt politique et un intérêt actuel. Il regorge un intérêt juridique dans la mesure où l'étude de la protection de la vie privée permettra de mettre en relief le niveau d'adaptation du droit pénal camerounais aux exigences des Technologies de l'Information et de la Communication en général et des réseaux sociaux en particulier. Aussi, la répression des infractions cybernétiques n'est pas toujours un long fleuve tranquille. Désormais, on pourra vérifier si les mécanismes de protection de la vie privée sont en adéquation avec les nouvelles exigences du cyberspace. L'intérêt social quant à lui n'est plus à démontrer car les cas de violation de la vie privée ont pignon sur rue dans la société camerounaise. Dans un contexte marqué par l'émergence « d'une litanie d'influenceurs » qui ont investi les réseaux sociaux pour atteindre une certaine audience, il ne semble pas dénué d'intérêts de mener une telle réflexion. Avec une meilleure protection, l'intimité des personnes sera voilée ; toute chose qui favorisera la paix sociale, le développement et la crédibilité des réseaux sociaux. On peut aussi relever un intérêt politique dans la mesure où la protection du cyberspace en général et celle de la vie privée en particulier, font partie des préoccupations actuelles des pouvoirs publics au Cameroun. Les pouvoirs

---

<sup>24</sup> Selon le dernier rapport de Hootsuite et We are social, baptisé Digital 2020-Cameroun, au 20 janvier 2020, 3,5 millions de camerounais sont présents sur Facebook. Ce qui fait de ce réseau social, le plus utilisé par les camerounais.

publics ne cessent de demander aux internautes d'utiliser les réseaux sociaux de manière responsable. En outre, les réseaux sociaux ont une forte capacité d'atteinte des cibles que les médias traditionnels. Prendre la mesure du potentiel de cette activité en se saisissant de ces outils semble intéressant. Le dispositif pénal en vigueur au Cameroun permet-il une protection efficace de la vie privée sur les réseaux sociaux ? telle est la question qu'il convient de poser dans le cadre de cette réflexion. Il semble évident de soutenir que la protection pénale de la vie privée sur les réseaux sociaux est inefficace. Cette inefficacité transparaît aussi bien au niveau de la prévention des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux qu'au niveau de leur répression.

Dans le cadre de cette étude, les méthodes que nous allons mobiliser sont : le positivisme en ses deux déclinaisons (la dogmatique et la casuistique<sup>25</sup>) et la méthode comparative. Pour illustrer l'hypothèse selon laquelle la protection de la vie privée sur les réseaux sociaux est inefficace, il semble judicieux de privilégier une approche binaire en relevant que Cette inefficacité transparaît aussi bien au niveau de la prévention des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux (I) qu'au niveau de leur répression (II).

## **I- LA PREVENTION DES COMPORTEMENTS ATTENTATOIRES A LA VIE PRIVEE SUR LES RESEAUX SOCIAUX**

Le droit pénal comme l'a relevé un auteur<sup>26</sup>, joue un rôle primordial dans la prévention des atteintes. Conscient de cette situation, le législateur pénal camerounais va faire recours aux mécanismes de droit pénal pour prévenir certaines atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. Cette prévention s'effectue à travers l'incrimination<sup>27</sup> de certains comportements attentatoires à la vie privée sur les réseaux sociaux. Cependant, une lecture attentive des textes permet de constater l'incrimination insuffisante des atteintes traditionnelles à la vie privée (A) et l'incrimination lacunaire des nouveaux comportements attentatoires à la vie privée dans les lois spéciales (B).

### **A- L'incrimination des atteintes traditionnelles a la vie privée sur les réseaux sociaux**

<sup>25</sup> VEREECKE, *Casuistique, Encyclopédie Universalis*. En ligne, consulté le 9 mai 2021, disponible sur <https://www.Universalis.fr/encyclopédie>.

<sup>26</sup> DOUCET (J-P), « Les infractions de prévention », in *Gazelle du palais* 1973, PP. 764, disponible sur [ledroitcriminel.fr](http://ledroitcriminel.fr)

<sup>27</sup> L'incrimination apparaît comme une mesure de politique criminelle consistant pour l'autorité compétente à ériger un comportement en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable.

Les atteintes traditionnelles à la vie privée sont celles qui existent déjà dans le code pénal. Celles-ci ont fait l'objet d'une détermination lacunaire. Les incriminations sont tantôt extensives dans les textes spéciaux (1) tantôt restrictives dans le code pénal (2).

### 1- L'incrimination de la violation du secret de correspondance dans les lois spéciales

Page | 331

Les textes spéciaux recensent un certain nombre de comportements qui constituent l'infraction de violation du secret de correspondance dans le cyberspace<sup>28</sup>. Ces incriminations sont prévues dans la loi régissant les communications électroniques au Cameroun et dans la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité. Dans la loi régissant les communications électroniques au Cameroun, on retrouve des dispositions éparses qui incriminent la violation du secret de correspondance. En effet, cette incrimination est prévue à son article 80 qui dispose que : « *est punie d'une peine d'emprisonnement (...) toute personne qui admise à participer à l'exécution d'un service de communications électroniques, viole le secret de correspondance ou qui sans autorisation de l'expéditeur ou du destinataire, divulgue, publie ou utilise le contenu de ladite correspondance* ». La violation de correspondance sur les réseaux sociaux se réalise par quatre (04) actes : le fait de violer, de divulguer, de publier le contenu de la correspondance. Pour mieux cerner cette infraction à travers ces éléments constitutifs, il faut au préalable préciser la notion de correspondance. Malheureusement Il n'existe aucune définition juridique de la correspondance dans les textes. Toutefois, elle peut se définir comme un « *échange de courrier généralement prolongé sur une longue période. Le terme désigne des échanges de courrier personnels plutôt qu'administratifs* »<sup>29</sup>. S'inscrivant dans notre contexte, on peut la définir comme l'échange de courriers personnels de toute nature par le moyen des réseaux sociaux.

La violation de correspondance par la violation de son contenu se manifeste sur ces plateformes de communications sociales par le fait de prendre connaissance du contenu de celle-ci sans le consentement de son expéditeur ou de son destinataire par des moyens illicites<sup>30</sup>. C'est le fait par exemple de supprimer les messages WhatsApp d'un utilisateur à son insu. La violation de correspondance par la divulgation de son contenu consiste par exemple à mettre à la connaissance des autres utilisateurs des conversations enregistrées illicitement dans le

<sup>28</sup> Cette atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux a été incriminé de manière expresse tandis que dans la loi sur la cyber sécurité et la cyber criminalité, ils existent des comportements qui peuvent constituer la violation du secret de correspondance.

<sup>29</sup> Définition disponible sur le site [www.techno-science-net](http://www.techno-science-net) consulté le 05 novembre à 01H 13

<sup>30</sup> Les moyens illicites dont nous faisons allusion sont : l'intrusion et l'interception. L'intrusion c'est le fait d'entre de manière illicite dans le compte d'un internaute pour prendre connaissance de sa correspondance. L'interception consiste à bloquer la correspondance pour qu'elle ne parvienne pas à son destinataire

compte WhatsApp d'un utilisateur en publiant leurs contenus dans les groupes WhatsApp. La réalisation de cette infraction par la publication de son contenu se concrétise par son insertion sur les réseaux sociaux en ligne sur internet le plus souvent via les deux réseaux sociaux évoqués.

Contrairement au Cameroun, en France la violation de correspondance<sup>31</sup> n'est pas incriminée dans une loi spéciale mais dans le code pénal à travers son article 323 al 1<sup>32</sup>. Tout comme en droit pénal français et canadien, le droit pénal camerounais prend en considération le consentement dans l'incrimination de la violation du secret de correspondance sur les réseaux sociaux. En effet, dans l'article 80 de la loi régissant les communications électroniques au Cameroun, il est clairement mentionné que le fait d'accéder dans le contenu de correspondance sans le consentement de l'expéditeur ou du destinataire est punissable. Toutefois, si une personne accède à la correspondance avec le consentement de l'expéditeur ou du destinataire, cela ne constitue pas une infraction et elle ne sera pas poursuivie pour violation de correspondance. L'accès au contenu de la correspondance avec le consentement de l'expéditeur et du destinataire apparaît alors comme un cas d'exonération de la responsabilité pénale de celui qui accède à son contenu. Au surplus, cette incrimination existe aussi dans l'article 81 alinéa 1 de cette loi qui précise que « *est puni des peines prévues à l'article 77 ci-dessus, celui qui au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée et qui la divulgue* »<sup>33</sup>. La violation de correspondance selon cet article se caractérise par l'interception d'une communication privée fut-elle volontaire. Sur Facebook par exemple, l'interception d'une communication privée consiste à entrer dans le compte d'un utilisateur et faire une capture d'écran de ses conversations avec un autre utilisateur sur Messenger<sup>34</sup>. Sur WhatsApp, l'interception d'une communication privée peut se réaliser par l'enregistrement des conversations audio à la suite d'une intrusion dans le compte WhatsApp d'un utilisateur. A ce niveau d'analyse, on constate que le législateur camerounais a incriminé un certain nombre de comportements qui constitue une violation de

---

<sup>31</sup> En France, la violation de correspondance et la violation du secret de correspondance constituent une même infraction au sens du code pénal français.

<sup>32</sup> L'article 323-1 du Code Pénal français dispose : « le fait de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou soit la modification des données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45000 d'amendes ».

<sup>33</sup> Les sanctions mentionnées à l'article 77 sont celles qui sont applicables en matière de concurrence déloyale prévues par les textes particuliers en la matière.

<sup>34</sup> Messenger est la messagerie de Facebook qui permet aux utilisateurs de rester en contact à travers l'échange des messages.

correspondance dans cette loi. Qu'en est-il alors des lacunes des incriminations dans la loi sur la cyber sécurité et la cyber criminalité ?

Dans la loi de 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité, il existe des dispositions relatives à la violation du secret de correspondance applicables sur les réseaux sociaux. En effet, l'article 66 alinéa 1 de cette loi dispose que « *est puni d'un emprisonnement (...) celui qui entraine la perturbation ou l'interruption du fonctionnement d'un réseau de communications électroniques ou d'un équipement terminal, en introduisant, transmettant, endommageant, effaçant, détériorant, modifiant, supprimant ou rendant inaccessible les données* ». De ce qui précède, la violation de correspondance sur le cyberspace consiste à perturber le fonctionnement d'un réseau, en endommageant, effaçant, détériorant, modifiant, supprimant ou rendant inaccessibles les données. Dans cette veine la violation du secret de correspondance consiste par exemple à s'introduire dans le compte WhatsApp d'un utilisateur, en supprimant ou en effaçant les données<sup>35</sup> envoyées dans ce compte. En outre, l'article 69 de cette même loi dispose que « *est puni d'un emprisonnement (...) celui qui accède sans droit, et en violation des mesures de sécurité, à l'ensemble ou une partie d'un réseau de communications électroniques, d'un système d'information ou d'un équipement terminal, afin d'obtenir des informations ou des données, en relation avec un système d'information connecté à un autre système d'information* ». A l'analyse de cet article, la violation du secret de correspondance suppose, la violation des mesures de sécurité et l'obtention des informations ou des données personnelles. Sur Facebook par exemple, la violation du secret de correspondance consiste par exemple à supprimer le mot de passe d'un utilisateur dans l'optique d'obtenir ses informations confidentielles<sup>36</sup>.

## 2 - L'incrimination restrictive de la violation de correspondance dans le code pénal

La violation de correspondance telle que prévue à l'article 300 du code pénal camerounais peut s'appliquer sur les réseaux sociaux en ligne<sup>37</sup>. L'analyse de l'incrimination de la violation de correspondance nous commande de jeter un regard sur ces éléments constitutifs d'une part et d'autre part sur les cas d'exonération.

La violation de correspondance nécessite la réunion des éléments matériels et de l'élément intentionnel. L'article 300 alinéa 1 du code pénal dispose : « *est puni d'un emprisonnement (...) celui qui, sans autorisation du destinataire, supprime ou ouvre la correspondance*

<sup>35</sup> Ces données peuvent être des vidéos, des photos, des fichiers numériques ou même des conversations privées.

<sup>36</sup> L'obtention de ces informations se fait le plus souvent par capture d'écran.

<sup>37</sup> Dans la mesure où c'est une infraction impossible.

d'autrui ». La loi vise le fait d'ouvrir, de supprimer sans y avoir été autorisé par le destinataire. Ce qui revient à dire que par principe l'acte est posé alors que le destinataire n'a pas reçu la correspondance ce d'autant plus qu'en droit civil, l'expéditeur d'une lettre missive reste propriétaire jusqu'à la réception par le destinataire, lequel en devient propriétaire dès qu'elle lui est remise. En clair, le délit ne peut être constitué qu'entre le moment de l'expédition et le moment de réception. Les faits incriminés sont donc constitués par tout fait malveillant susceptible de priver même momentanément le destinataire de la correspondance.

L'incrimination de la violation du secret de correspondance dans le code pénal est restrictive par rapport à l'incrimination de la violation du secret de correspondance dans les lois spéciales<sup>38</sup> qui est extensive. Toutefois les éléments constitutifs de cette incrimination dans le code pénal se trouvent dans les incriminations de la violation du secret de correspondance dans les lois spéciales. Sauf que dans la loi relative à la cyber sécurité et la loi relative à la cyber criminalité cette infraction recense tous les comportements attentatoires à la correspondance sur le cyberspace en l'occurrence sur les réseaux sociaux. En clair, l'incrimination de la violation de correspondance dans les lois spéciales est extensive alors que dans le code pénal elle est restrictive. Le code pourrait s'appliquer dans la répression de la violation de correspondance à titre accessoire. Il faut préciser que cette infraction a été prévue pour la première fois dans le code pénal puisque les lois spéciales n'interviennent qu'en 2010 en prenant le relais. L'incrimination de la violation de correspondance dans le code pénal français est semblable à celle existante dans le code pénal camerounais à la lecture de l'article 226-15<sup>39</sup>.

Au surplus, l'incrimination de la violation de correspondance dans le code pénal se fait aussi par la détermination des sanctions applicables. La sanction de la violation de correspondance est contenu dans l'article 300 al 1 du code pénal. L'incrimination de cette atteinte à la vie privée est accessoire dans le cadre de la prévention des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. En effet, le caractère accessoire de cette incrimination tient au fait qu'elle est aussi prévue par certaines dispositions contenues dans les lois spéciales et en cas de conflit, elles s'appliquent prioritairement en vertu de l'adage : « *le spécial déroge au général* ». Le constat qui se dégage est que les peines prévues dans le code pénal ne sont pas les mêmes que celles existantes dans

<sup>38</sup> Cette incrimination est restrictive parce qu'elle comporte peu d'éléments constitutifs par rapport aux incriminations prévues dans les lois spéciales.

<sup>39</sup> L'article 226-15 du code pénal français dispose : « le fait, commis de mauvaise foi d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressés à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euro d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procédés à l'installation d'appareil conçus pour réaliser de telles interceptions ».

les lois spéciales. Comme nous allons le voir plus loin en ce qui concerne la répression cela peut poser plusieurs problèmes.

L'article 300 alinéa 2<sup>40</sup> du code pénal précise que son alinéa 1 n'est pas applicable à certaines catégories de personnes en raison du lien qui existent entre eux. Cet article prévoit des immunités familiales et d'autres cas d'exonération des personnes qui sont responsables des mineurs de vingt et un (21) non émancipés. En ce qui concerne les immunités familiales, son article 300 alinéa 2 ne s'applique pas aux conjoints, aux père et mère des enfants mineurs de vingt et un (21) ans non émancipés. La violation de correspondance même commise sur un réseau social par l'un des conjoints ne constitue une infraction au sens de cet article ; car il y'a pas de secret entre conjoints. Dans le même ordre d'idée, cet article ne s'applique pas au père et à la mère de l'enfant mineur de vingt et un (21) ans non émancipé. En effet, ces derniers exercent sur lui l'autorité parentale et par conséquent ils peuvent lire le contenu de ses correspondances notamment ses messages WhatsApp et Facebook. Bien plus, c'est parce que « *l'autorité parentale confère aux parents des droits, devoirs et des obligations. Ils peuvent exercer leurs droits (et leurs devoirs) dans la limite de la mise en danger de l'enfant (...) l'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement* »<sup>41</sup>. La vulgarisation des réseaux sociaux comme Facebook et WhatsApp dans l'univers camerounais a permis aujourd'hui l'émergence de nouvelles formes d'atteintes à la vie privée sur ces plateformes de communications sociales disponibles sur internet.

### **B- L'incrimination de nouveaux comportements attentatoires a la vie privée sur les réseaux sociaux**

L'apparition des nouvelles formes d'atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux a poussé le législateur à prévoir d'autres incriminations dans les lois spéciales notamment dans la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité et dans la loi régissant les communications électroniques au Cameroun. C'est certainement sur la base de constat que ELIE STELLA affirme « *les comportements rencontrés sur les sites de réseaux sociaux ont mis en évidence des carences structurelles au sein des incriminations préexistantes justifiant une*

<sup>40</sup> L'article 300 alinéa précise que « le présent n'est pas applicable aux conjoints ou aux père et mère, tuteur ou responsable coutumier à l'égard des enfants mineurs de vingt et un (21) ans non émancipés ».

<sup>41</sup> LEBRUN PIERRE-BRICE (D), « Les attributs de l'autorité parentale », Guide Pratique du Droit de la Famille et de l'Enfant en action sociale et médico-sociale, 2011, PP. 291.

*adaptation du dispositif pénal* »<sup>42</sup>. Bien que ce dernier ait incriminé une catégorie de nouveaux comportements dans les lois spéciales (1), il subsiste encore des comportements attentatoires à la vie privée non-incriminés (2).

### 1- Les comportements attentatoires à la vie privée dans les lois spéciales

Page | 336

Dans les lois spéciales le législateur a prévu un certain nombre d'incriminations des atteintes à la vie privée des personnes sur les réseaux sociaux. Il a prévu d'une part les incriminations des comportements attentatoires à la vie privée de toutes les personnes et d'autre part, il a incriminé dans la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité des comportements attentatoires à la vie privée des mineurs. Dans la loi de 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité, le législateur a incriminé certaines nouvelles formes d'atteinte à la vie privée. En effet, on a l'incrimination de l'atteinte à la vie privée d'autrui à travers son article 74 alinéa 1, lorsqu'il dispose : « *est puni d'un emprisonnement (...) Quiconque, au moyen d'un procédé quelconque porte atteinte à la vie privée d'autrui en fixant, en enregistrant ou en transmettant, sans le consentement de leur auteur, les données électroniques ayant un caractère confidentiel ou privée ou confidentiel* ». De ce qui précède, l'atteinte à la vie privée d'autrui consiste à publier sur Facebook par exemple des vidéos privée d'une personne. Bien plus, on a incriminé l'interception des données à caractère personnel à l'alinéa 2 de cet article, lorsqu'il dispose : « *sont passibles des peines prévues à l'alinéa 1 ci-dessus les personnes qui sans droit, interceptent des données personnelles lors de leur transmission d'un système à un autre* ». Cette atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux se fait par le recours à des techniques et méthodes très sophistiqués<sup>43</sup>. En outre, il existe l'incrimination de collecte illicite des données nominatives d'une personne en vue de porter atteinte à son intimité et à sa réputation à travers l'alinéa 4 de ce même article lorsqu'il dispose : « *est puni d'un emprisonnement (...), le fait de collecter par des moyens illicites, des données nominatives d'une personne en vue de porter atteinte à son intimité et à sa considération* ». Ainsi relevées, les incriminations phares qui assurent la prévention des nouvelles formes d'atteintes à la vie privée dans la loi relative à la

<sup>42</sup> ELIE (S), L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne, Thèse soutenue à l'Université de Lorraine, 2013, PP.238.

<sup>43</sup> L'interception des données à caractère personnel peut se réaliser par l'acquisition, la visualisation, la capture ou la copie du contenu d'une communication, notamment les données relatives au contenu, les données informatiques, les données relatives au trafic, par des moyens avec fils ou sans fils, électroniques, optiques, magnétiques, oraux ou d'autres moyens, pendant la transmission grâce à l'utilisation d'un dispositif électronique, mécanique, optique.

cyber sécurité et la cyber criminalité. Toutefois, il existe d'autres incriminations qui assurent plus ou moins aussi la prévention de ces atteintes.

Dans la loi régissant les communications électroniques au Cameroun, on retrouve également les incriminations de nouvelles formes d'atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. En effet, nous notons l'incrimination de l'interception et de la divulgation de la communication privée prévue à l'article 81 alinéa 1 de cette loi qui prévoit : « *est puni des peines prévues à l'article 77 ci-dessus, celui qui, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement ou involontairement une communication privée et qui la divulgue* ». L'incrimination de l'utilisation frauduleuse d'un réseau à des fins personnelles quant à elle est prévue à l'article 82 alinéa 1 de cette loi lorsqu'il dispose : « *est puni d'un emprisonnement (...) celui qui utilise à des fins personnelles un réseau de communications électroniques ouvert au public ou se raccorde frauduleusement par tout moyen sur une ligne privée* ». Ces incriminations sont davantage renforcées par celles qui sont spécifiques à la vie privée des mineurs.

Les incriminations de nouvelles formes d'atteintes à la vie privée des mineurs sur les réseaux sociaux sont prévues dans certaines dispositions de la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité. En effet, dans les articles 80 et 81 de cette loi, sont incriminés des comportements relatifs à l'intimité sexuelle des mineurs. L'article 80<sup>44</sup> de cette loi incrimine à son alinéa 1 la diffusion, la fixation, l'enregistrement de l'image présentant les actes de pédophilie sur un mineur par voie de communications électroniques ou d'un système d'information. La diffusion par exemple consiste à publier sur Facebook par exemple une image représentant un acte de pédophilie sur un mineur. Sur WhatsApp par exemple, l'enregistrement par exemple consiste à sauvegarder à travers un direct, une vidéo à connotation pédophile sur cette plateforme. Son alinéa 2 puni des mêmes peines celui qui offre ou rend disponible, qui

---

<sup>44</sup> L'article 80 de cette loi précise que : (1) est puni d'un emprisonnement de trois (03) à six (06) mois et d'une amende de 5.000.000 (cinq millions) à 10.000.000 (dix millions) F CFA ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui diffuse, fixe, enregistre ou transmet à titre onéreux ou gratuit l'image présentant les actes de pédophilie sur un mineur par voie de communications électroniques ou d'un système d'information.

(2) est puni des mêmes peines prévues à l'alinéa 1 ci-dessus, quiconque diffuse, importe, par quelque moyen électronique que ce soit, une image ou une représentation à caractère pédophile.

(3) est puni d'un emprisonnement d'un (01) à cinq (05) ans et d'une amende de 5.000.000 (cinq millions) à 10.000.000 (dix millions) ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui détient dans un réseau de communications électronique ou dans un système d'informations, une image ou une représentation à caractère pédophile.

(4) les peines prévues à l'alinéa 3 ci-dessus sont doublées, lorsqu'il a été utilisé un réseau de communications électroniques pour la diffusion de l'image ou la représentation du mineur à destination du public.

(5) les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques mettant en scène des mineurs.

diffuse, importe ou exporte, une image ou une représentation à caractère pédophile sur un mineur. L'alinéa 3 de cette article incrimine aussi la détention d'une image ou d'une représentation à caractère pédophile impliquant un mineur sur un réseau de communications électroniques ou d'un système d'information. La détention consiste pour un utilisateur de Facebook à sauvegarder une image à caractère pédophile dans sa galerie Facebook. L'alinéa 4 de cette article précise que les peines sont doublées si un réseau de communication électronique a été utilisé pour la diffusion de l'image ou de la représentant du mineur à destination du public. Au surplus, l'article 81 alinéa 1 de cette loi incrimine la diffusion, la transmission de la pornographie infantine par le biais d'un système d'information ; l'offre, la production ; la mise à disposition de la pornographie infantine en vue de sa diffusion et le fait de se procurer ou de procurer à autrui de la pornographie infantine par le biais d'un système d'information. Sur WhatsApp par exemple on peut se procurer la pornographie infantine par téléchargement des images et des vidéos la représentant. Les peines applicables sont prévues à l'article 82 de cette loi. L'alinéa 2 de cette loi définit la pornographie infantine comme tout acte visuel : un mineur se livrant à comportement sexuellement explicite ; une personne qui apparaît comme mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ; des images réalistes présentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite.

A travers ces incriminations, le législateur pénal camerounais veut protéger l'intimité sexuelle<sup>45</sup> et la dignité des mineurs dans le cyberspace en générale et sur les réseaux sociaux en particulier. De ce qui précède, ELIE STELLA souligne « *qu'a l'heure des sites de réseaux sociaux cette intimité subit de profonds changements. Il n'est plus uniquement question de protéger contre une immixtion dans l'intimité mais davantage de maîtriser la divulgation de l'intimité qui est devenue une pratique sociale courante* »<sup>46</sup>. Nonobstant les efforts considérables de ce dernier, on constate qu'il existe encore des comportements attentatoires à la vie privée des personnes sur les réseaux sociaux non incriminés et ceux qui méritent d'être érigés en infractions autonomes dans les lois spéciales.

## 2- La survivance des comportements attentatoires à la vie privée non-incriminés

Malgré l'effort du législateur pénal camerounais dans la prévention des nouvelles formes d'atteintes à la sphère de la vie privée sur les réseaux sociaux, les incriminations existantes sont insuffisantes. Cette insuffisance est due au fait qu'il existe encore des comportements attentatoires à la vie privée sur les réseaux sociaux non incriminés dans les lois

<sup>45</sup> En matière pénale, l'intimité a toujours été l'élément central de définition de la vie privée.

<sup>46</sup> ELIE (S), op.cit. PP.236.

spéciales. Aussi, il existe des comportements dont l'incrimination effrite l'un des corollaires du principe de la légalité criminelle notamment celui de l'interprétation stricte de la loi pénale. Pour l'essentiel ces comportements se rapportent à l'identité des personnes d'une part et d'autre part à leur intimité sexuelle.

Il se développe de nos jours sur les réseaux sociaux de nouveaux comportements qui peuvent porter atteinte à la vie des personnes au Cameroun. Les cas les plus fréquents concernent l'utilisation de faux profil et l'usurpation d'identité. L'utilisation de faux profil par exemple ne figure pas pour le moment dans les lois spéciales évoquées. C'est une pratique qui consiste à créer par exemple sur Facebook ou WhatsApp, un faux profil basé sur le nom et prénom fictifs ou existants d'une personne dans l'intention de nuire à sa vie privée. Ce comportement attentatoire à la vie privée peut également consister à créer un faux profil Facebook par exemple à partir des données fictives (nom, prénom, date et lieu de naissance ville actuelle...). Les personnes malveillantes n'hésitent à voler des clichés non sécurisés afin de les utiliser pour créer des faux profils et en mettant parfois des photos compromettantes d'autres personnes comme photos de profils. Certaines personnalités camerounaises ont été victimes de cette pratique sur les réseaux sociaux à plusieurs reprises. L'utilisation de faux profils sur les réseaux sociaux favorise non seulement la violation de la vie privée mais favorise la réalisation d'autres atteintes tels l'arnaque et le chantage. Ce qui va pousser ces personnalités à utiliser d'autres plateformes de communications sociales disponibles sur internet telles que Twitter et Instagram<sup>47</sup> parce qu'elles offrent plus de sécurité et de confidentialité. Le deuxième comportement attentatoire non-incriminé sur les réseaux sociaux est sans doute l'usurpation d'identité car il n'existe ni dans la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité, ni dans la loi régissant les communications électroniques ni même dans le code pénal. L'usurpation d'identité consiste dans le fait pour une personne mal intentionnée de collecter généralement sur une certaine durée, des informations personnelles et d'essayer par la suite de les utiliser en se passant pour une autre personne. L'usurpation d'identité se distingue nettement des formes d'usurpation prévues dans le code pénal<sup>48</sup>. L'usurpation d'identité comme atteinte à la vie privée sur un réseau social se réalise grâce à certaines méthodes. Cette atteinte se réalise par exemple sur Facebook par la capture d'écran des données personnelles d'un utilisateur et par le téléchargement de sa photo de profil. Contrairement à son homologue camerounais, le

<sup>47</sup> La plupart des personnalités telle que les hommes politiques, les stars de la musique et du sport préfèrent utiliser ces deux plateformes de communications sociales disponibles sur la toile parce qu'elles offrent plus de sécurité et de confidentialité.

<sup>48</sup> Il est prévu à l'article 216 du code pénal l'usurpation de fonctions et à l'article 220, l'usurpation de titre honorifique.

législateur français a incriminé l'usurpation d'identité dans le code pénal français. En effet, cette incrimination existe dans la partie réservée aux atteintes à la vie privée et plus précisément à l'article 226-4-1<sup>49</sup>.

A l'occasion d'une prochaine réforme, il serait souhaitable que ce dernier incrimine ces deux nouvelles formes d'atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux. L'efficacité de la prévention de ces comportements dans le cadre de la protection de la vie privée sur les réseaux sociaux en droit pénal camerounais commande d'ériger la vengeance pornographique appelée *revanch porn* en infraction autonome dans les lois spéciales.

Il est aussi nécessaire d'incriminer certains comportements attentatoires à l'intimité des personnes sur les réseaux sociaux. S'il est vrai que le législateur pénal camerounais a fait des efforts significatifs en incriminant certains comportements attentatoires à la vie privée des mineurs sur les réseaux sociaux, il n'en demeure pas moins vrai qu'il existe d'autres comportements qui menacent gravement l'intimité sexuelle des personnes. En effet, le phénomène de vengeance pornographique (*revanch porn*) prend de l'ampleur ces derniers temps sur les réseaux sociaux à travers la publication des sextapes<sup>50</sup>. Cette pratique qui consiste « dans le fait de publier à l'insu de la personne des photos représentant son intimité sexuelle. Cette divulgation est souvent le fait d'un(e) ex-conjoint(e) ou partenaire ou amant(e) »<sup>51</sup>. Il y'a de cela quelques mois, une affaire<sup>52</sup> de diffusion de sextape a fait beaucoup de bruit au Cameroun et a suscité l'indignation. La vengeance pornographique sur les réseaux sociaux à travers la diffusion non consentie des vidéos et des images à caractère sexuel en France est sanctionnée dans le cadre du harcèlement sexuel prévu à l'article 222-33<sup>53</sup> du code pénal. L'incrimination expresse de la vengeance dans les relations amoureuses n'est prévue ni dans la loi relative à la cyber sécurité ni dans celle régissant les communications électroniques au Cameroun. Il faut souligner que, la répression de cette atteinte à l'intimité sexuelle des personnes sur les réseaux sociaux se fait le plus souvent sur le fondement de l'article 74 alinéa 1 de la loi sur la cyber criminalité qui incrimine l'atteinte à la vie privée d'autrui. C'est le cas

<sup>49</sup> L'article 226-4-1 du code pénal français précise que « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou de plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à sa considération, est puni d'un emprisonnement de 15000 euros d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne. Lorsqu'ils sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime de la victime par un pacte civil des solidarités, ces faits sont puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende ».

<sup>50</sup> Les sextape sont des vidéos érotiques ou pornographiques amateurs destinées à un visionnage privé et souvent par des célébrités qui en sont les protagonistes.

<sup>51</sup> ELIE (S), op. cit.PP.492.

<sup>52</sup> L'affaire MALIKA BAYEMI C/ MARTIN CAMUS MINB et WILFRIED ETEKI

<sup>53</sup> L'article 222-33 dispose : « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

dans l'affaire MALICKA BAYEMI C/ MARTIN CAMUS MINB ET WILFRIED ETEKI où les chefs d'accusation étaient : l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui et publications obscènes d'ébats sexuels sur les réseaux sociaux à l'égard de WILFRIED ETEKI et complicité d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui à l'encontre de MARTIN CAMUS MINB.

La vengeance pornographique et les autres formes d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui sur les réseaux sociaux n'ont pas toujours la même gravité. La vengeance pornographique apparaît comme la plus grave des formes d'atteinte à la vie privée d'autrui sur ces plateformes de communications sociales parce qu'elle consiste le plus souvent à publier des images à caractère sexuel et des vidéos d'ébats sexuels impliquant des individus<sup>54</sup>. Pour plus d'efficacité, il serait nécessaire d'ériger cette pratique en infraction autonome. Convient –il alors de relever les insuffisances du régime de la répression des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux.

## II- LA REPRESSION DES COMPORTEMENTS ATTENTATOIRES A LA VIE PRIVEE SUR LES RESEAUX SOCIAUX

Les réseaux sociaux « *constituent un nouvel espace d'atteinte dont le droit pénal a su saisir à des degrés divers* »<sup>55</sup>. Ils « *suscitent également des enjeux pour le droit pénal concernant la répression des comportements cyber délinquants pouvant s'y retrouver* »<sup>56</sup>. Pour protéger la vie privée des personnes sur ces plateformes de communication sociale, le législateur pénal camerounais procède à la répression des atteintes dont-elle est l'objet. Il existe dans les lois spéciales et dans le code pénal, des dispositions relatives à la répression de ces atteintes. En revanche, les textes n'encadrent pas suffisamment la responsabilité des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. En effet, ils ne renseignent pas suffisamment sur l'identification de l'auteur d'une atteinte et les autres modalités de mise en jeu de sa responsabilité. Dans la même lancée, le régime juridique de la sanction présente aussi quelques carences ; ce qui limite considérablement sa portée<sup>57</sup>. Pour TZUTZUIANO Catherine « *la sanction est source de son effectivité, l'étude de l'effectivité de la sanction pénale conduit nécessairement, dans un premier temps, à analyser les différents moyens mis en œuvre afin*

<sup>54</sup> Voir THIERRY (J-B), « Diffusion sur internet de la photographie d'une femme nue », AJ pénal, 2016, PP.268 ; DESGENS-PASANAU, « le « Revenge porn » n'est pas (toujours) une infraction pénale », Dalloz IP/IT, 2016, PP.321.

<sup>55</sup> ELIE (S), L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne, Op.cit. PP.238.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Il faut envisager la portée de la sanction pénale selon son effectivité et selon ses finalités. En ce qui concerne l'effectivité de la sanction pénale, elle se concrétise par le prononcé de celle-ci à l'encontre de l'auteur de l'infraction par le juge d'une part et d'autre part par l'exécution de cette sanction. Quant à ses finalités, il s'agira de vérifier si elle a produit les effets voulus par le législateur.

*d'éviter le défaut d'exécution de la sanction et, partant son ineffectivité* »<sup>58</sup>. Pour mieux déceler ces insuffisances, il convient d'analyser la responsabilité pénale des auteurs de ces atteintes (A) et le régime de leur sanction (B).

### A- La responsabilité des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux

Pour constater les carences du régime de la responsabilité des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux il convient de relever préalablement les difficultés d'identification des auteurs des atteintes (1) avant de relever les insuffisances de la mise en œuvre de leur responsabilité (2).

#### 1- Les difficultés d'identification des auteurs des atteintes

Il existe aujourd'hui dans l'univers camerounais plusieurs moyens d'identification des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. En effet, leur identification se fait grâce à des moyens juridiques, renforcés par des moyens techniques.

L'identification des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux se fait par des moyens juridiques. Dans ces textes, on identifie deux (02) catégories d'auteurs des atteintes ; notamment les utilisateurs des réseaux sociaux et les opérateurs et exploitants de réseaux sociaux. En ce qui concerne la responsabilité pénale des opérateurs et exploitants de réseaux sociaux, l'article 43 de la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité précise que « *le fournisseur de contenus véhiculés par son système d'information, notamment lorsque ces contenus portent atteinte à la dignité humaine, à l'honneur et à la vie privée* ». L'article 40<sup>59</sup> de cette loi précise aussi que, toute personne assurant une activité de transmission de contenu sur un réseau de communication électronique peut voir sa responsabilité engagée si certaines conditions sont remplies. L'article 34<sup>60</sup> de cette loi précise que la responsabilité des

<sup>58</sup> TZUTZUIANO (C), L'effectivité de la sanction pénale, Université de Toulon, 2015, PP.25.

<sup>59</sup> L'article 40 de cette loi dispose : (1) « toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité engagée que lorsque :

A- Elle est à l'origine de la demande de la transmission litigieuse ;

B- Elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

(2) « toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet, ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée en raison de ces contenus que dans le cas où elle modifie ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou à entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir les données ».

<sup>60</sup> L'article 34 dispose (1) la responsabilité des personnes qui assurent, même à titre gratuit, le stockage des signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services, peut être engagée.

(2) toutefois, la responsabilité prévue à alinéa 1 ci-dessus n'est point engagée dans les cas suivants :

- les personnes n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ;

personnes assurant le stockage des signaux, d'écrits, d'images peut être engagée dans certaines mesures. Bien plus, il existe des éléments d'identification des auteurs des atteintes à la vie privée sur les plateformes de communications sociales telles que Facebook et WhatsApp. Il faut préciser qu'il existe des opérateurs et exploitants de réseaux sociaux, personne physique et personne morale. Les éléments d'identification sur les réseaux sociaux des personnes physiques sont : le nom, le prénom, le sexe date de naissance. Pour les personnes morales, il s'agit du nom, du statut, de l'adresse, des noms de leurs représentants et siège social. Quant aux utilisateurs des réseaux sociaux, leur indetification se fait, selon un auteur à travers « les identifiants traditionnels utilisés dans le monde réel, comme le nom, le prénom, l'adresse, le sexe, les photographies »<sup>61</sup>.

Toutefois, il existe des situations où l'indetification de l'auteur d'une atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux par les moyens juridiques est presque impossible. C'est le cas notamment le cas de la violation de la vie privée suite à un hacking. Le hacking consiste à s'introduire illégalement dans le système informatique d'autrui afin d'installer des programmes malveillants. Sur les réseaux sociaux, il consiste à soutirer à travers ces programmes malveillants, les données à caractère personnel, s'adonner à l'usurpation d'identité. Le piratage de compte des utilisateurs des réseaux sociaux est un phénomène qui prend de l'ampleur au Cameroun. Le piratage de compte (ou account hijacking) désigne le fait de s'introduire illégalement dans le compte ou l'espace privé d'une personne afin de réaliser diverses infractions. Les hackers violent la sphère d'intimité des utilisateurs des réseaux sociaux à travers plusieurs méthodes notamment le « phishing » et le « malware », par les techniques dites par « forte brute » et par le « dictionnaire ». Une fois introduit dans le compte des utilisateurs, le « hacker » peut réaliser plusieurs atteintes en usurpant ou non l'identité du titulaire de compte, comme par exemple soustraire des données à caractère personnel.

Bien plus, à travers le piratage de sites (website hacking), les « hackers » accèdent par exemple à la page Facebook pour porter atteinte à la vie privée des utilisateurs sans parfois laisser de traces. Pour faire face à une telle situation, il est nécessaire de recourir aux moyens techniques pour identifier les auteurs de ces atteintes. Ces mesures techniques ne sont pas toujours à la portée des opérateurs et exploitants de réseaux sociaux et même de la police

---

- si dès le moment où elles ont eu connaissance des faits, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

<sup>61</sup> NZOH SANGONG (J), « La preuve du cyber crime, les victimes à la traversée d'un labyrinthe », international multilingual Journal of science and technology, vol. 6 Issue 7, July, 2021, PP.3767.

judiciaire<sup>62</sup>. L'intervention des experts en informatique s'avère donc indispensable pour les besoins d'identification du responsable d'une atteinte à la vie privée. En clair, son identification nécessite la conjugaison de plusieurs moyens et l'intervention de plusieurs personnes. Certains moyens techniques peuvent aider à remonter jusqu'à l'auteur d'une atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux. En effet, les utilisateurs de réseaux sociaux peuvent être tentés de commettre des atteintes à la vie privée grâce à certaines méthodes sophistiquées ne laissant pas souvent de traces. Fort heureusement, il existe des moyens techniques<sup>63</sup> qui permettent de retrouver et d'identifier l'auteur d'une atteinte par son adresse IP<sup>64</sup>. L'adresse IP correspond au numéro de connexion donnée par le fournisseur d'accès à internet au moment de la conclusion d'un contrat au réseau. On déduit donc que l'obligation de conservation qui pèse sur les principaux acteurs a comme objet les seules données portant sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par ces opérateurs et les caractéristiques techniques de communications assurées par ces derniers<sup>65</sup>. En clair, les connexions peuvent être utilisées dans le cadre des enquêtes policières ou plus généralement des procédures judiciaires ou elles servent à des besoins d'identification.

Toutefois, l'identification de l'auteur d'une atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux est parfois complexe voire insuffisante. En effet, il est possible qu'un technicien averti procède à la falsification de son adresse IP et ainsi d'induire en erreur les enquêteurs sur sa véritable identité. Cette technique permet à un pirate d'envoyer à une machine des paquets semblant provenir d'une adresse IP autre que celle de la machine pirate. L'utilisateur du réseau social peut utiliser des logiciels spécifiques permettant de cacher ou de falsifier son adresse IP, le rendant de ce fait difficilement identifiable. Le phénomène de routage rend davantage complexe cette identification par adresse IP. Le fait de connecter plusieurs ordinateurs en même temps

---

<sup>62</sup> La police judiciaire camerounaise ne dispose pas jusqu'à ce jour d'une unité spécialisée dans les investigations en matière de cyber criminalité malgré la multiplication des atteintes dans son cyberspace.

<sup>63</sup> En utilisant un smartphone ou un ordinateur ou tout autre dispositif relié à internet, ce dernier possède ce qu'on appelle adresse IP. Sorte de carte d'identité, cette suite de chiffres permet d'identifier les appareils numériques. Bon nombre de personnes estiment encore et toujours que l'anonymat le plus total possible sur internet. Il existe plusieurs techniques pour reconnaître le numéro d'identification. Le plus simple est de se rendre sur des sites tels que [www.mon.IP.com](http://www.mon.IP.com), qui permettent de donner en quelques clics l'adresse IP publique ainsi que l'adresse IP locale, c'est-à-dire celle qui permet d'identifier l'appareil (PC, tablette, téléphone, portable...) sur le réseau local. Sur un ordinateur, il faudra accéder aux paramètres de connexion, soit via la barre de tâche, soit via l'icône « connexion », selon la version utilisée. Sur MAC, il suffit de cliquer le symbole wifi en haut à droite de l'écran, puis cliquer sur l'onglet « préférences réseaux » du menu dérouler pour obtenir le numéro d'identification. Enfin, sur un smartphone, il existe des applications qui permettent fournir des renseignements en quelques clics. Disponible sur le site web. [www.ac-corse.fr](http://www.ac-corse.fr), source : orange.fr.

<sup>64</sup> L'adresse IP (avec IP pour Internet Protocol), est un numéro d'identification qui est attribué de façon permanente ou provisoire à chaque périphérique relié à un réseau informatique qui utilise l'Internet Protocol. L'adresse IP est à la base du système d'acheminement (le routage) des paquets de données sur internet.

<sup>65</sup> DUHEN (W), « FAI face à l'anonymat sur internet : vers des nouvelles responsabilités », *Revue terminal*, 2010, PP.44.

sur une connexion unique, sans pour autant pouvoir être identifiés individuellement peut constituer un obstacle à l'identification de l'auteur d'une atteinte à la vie privée. Concrètement, il s'agit de masquer les adresses IP des stations locales<sup>66</sup> sous une adresse globale. Le routeur se chargera de faire coïncider les deux. Les ordinateurs connectés auront la même adresse vue de l'intérieur et ne seront pas visibles ou directement identifiables. Ainsi, les stations locales qui devraient normalement disposer chacune d'une adresse IP privée non routable, seul le routeur disposera d'une adresse IP routable reconnue sur le réseau.

De ce qui précède, il apparaît que le routeur permet de masquer l'ensemble des ordinateurs situé en amont ; ce qui rend le processus d'identification complexe. On peut donc conclure que, compte tenu de l'essor de l'internet, il existe aujourd'hui une multiplicité d'ordinateurs derrière une même adresse IP et une multiplicité d'individus derrière un même ordinateur<sup>67</sup>. Pour une répression efficace des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux au Cameroun, les pouvoirs publics doivent davantage renforcer les moyens technique et juridique d'identification des auteurs de ces atteintes. Le processus d'identification apparaît donc comme une condition préalable à la mise en œuvre de leur responsabilité.

## **2- La mise en œuvre de la responsabilité des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux**

Il existe dans les lois spéciales, dans le code pénal et dans le code de procédure pénale, des règles qui encadrent cette mise en œuvre. Notre lanterne sera orientée d'une part sur les modalités de mise en œuvre et d'autre part sur les difficultés de mise en œuvre.

Ces modalités sont relatives aux enquêtes (policière et judiciaire) et à la poursuite de l'auteur de l'atteinte à la vie privée. En ce qui concerne les enquêtes, l'article 52 al.1 de la loi camerounaise sur la cyber criminalité précise qu' : « *en cas d'infraction cybernétique, les officiers de police judiciaire à compétence générale et agents habilités de l'agence, procèdent aux enquêtes conformément aux dispositions du code de procédure pénale* ». L' alinéa 3<sup>68</sup> du même article mentionne que les officiers de police judiciaire habilités de l'agence peuvent lors des investigations, constater les infractions et recueillir certains éléments de preuve. Pour empêcher ou faire cesser une atteinte à la vie privée, les juges peuvent prendre des mesures

<sup>66</sup> Il s'agit par exemple des ordinateurs d'un cybercafé, d'une entreprise, d'une faculté...

<sup>67</sup> Il s'agit en effet, des cybercafés, cercle familial...

<sup>68</sup> L'article 53 alinéa dispose que : « les officiers de police judiciaire et les agents habilités de l'agence habilités de l'Agence peuvent, lors des investigations, accéder aux moyens de transport, à tout local à usage professionnel, à l'exclusion des domiciles privés, en vue de rechercher, de constater les infractions, de demander la communication de tous les documents professionnels et en prendre copie, recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications ».

conservatoires, notamment le séquestre et la saisie des certains objets, documents et données à caractère personnel<sup>69</sup>.

Bien plus, l'article 53<sup>70</sup> de cette même loi précise que les perquisitions sont susceptibles de porter sur des données notamment les supports physiques ou les copies réalisées en présence des personnes qui assistent à ces perquisitions. L'officier de police judiciaire doit, avec l'accord du Procureur de la République garder sous scellé, les objets et les documents utilisés pour la manifestation de la vérité. Pour vérifier l'exactitude et la véracité des données saisies ou obtenues au cours de l'information judiciaire, le Procureur de la République, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement peuvent réquisitionner toute personne physique ou morale qualifiée. Pour ce qui est de la poursuite, il est nécessaire d'identifier les personnes qui sont habilitées par la loi à poursuivre l'auteur d'une atteinte à la vie privée. Les infractions relatives à la vie privée relèvent en principe des offenses privées et par conséquent, la poursuite ne peut être menée que par la victime de l'infraction. Toutefois, la poursuite peut être déclenchée par les opérateurs et exploitants de réseaux sociaux ou par le ministère public dans certaines hypothèses. Elle peut être déclenchée par les premiers lorsque l'atteinte à la vie privée s'est réalisée à la suite d'une intrusion dans le système d'information. Cela se justifie par le fait que cette intrusion constitue également une infraction autonome qui vise leur système et qu'ils sont censés protéger. Le ministère public peut déclencher les poursuites lorsque l'infraction relative à la vie privée révèle la commission d'une autre infraction qui trouble l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est le cas par exemple de la divulgation des images et des vidéos à caractère sexuel sur les réseaux sociaux à travers laquelle, on découvre que celles-ci pratiquent l'homosexualité. La poursuite de l'auteur de la divulgation des vidéos et images en question ne peut être déclenchée que par ces personnes-là. Le Procureur de la République quant à lui peut déclencher les poursuites contre ces personnes pour pratique d'homosexualité, une infraction

---

<sup>69</sup> L'article 41 de cette loi dispose que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent prendre des mesures conservatoires, notamment le séquestre et la saisie pour empêcher ou faire cesser une atteinte à la vie privée ».

<sup>70</sup> L'article 53 dispose que : (1) « les perquisitions en matière de cybercriminalité sont susceptibles de porter sur des données qui peuvent être des supports physiques ou des copies réalisées en présence des personnes qui assistent à la perquisition.

(2) lorsqu'une copie des données saisie a été faite, celle-ci peut être détruite sur instruction du procureur de la république pour des raisons de sécurité.

(3) sur accord du procureur de la république, seuls seront gardés sous scellé par l'officier de police judiciaire, les objets et données utilisés à la manifestation de la vérité.

(4) les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être réquisitionnées de fournir des renseignements sur les objets, documents et données saisis ».

pénale au sens de l'article 347<sup>71</sup> bis du code pénal camerounais et de l'article 83<sup>72</sup> de la loi camerounaise relative à la cyber sécurité et la criminalité.

Sur le plan international, la poursuite des auteurs des infractions relatives à la vie privée a été rendue possible grâce à la coopération internationale. L'article 90 al. 1 de la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité précise que les autorités camerounaises de certification peuvent, établir des conventions avec les autorités étrangères<sup>73</sup>. Les modalités de l'entraide judiciaire internationale sont précisées dans les articles 91, 92, 93 et 94 de cette loi. Cependant, le Cameroun n'a ni ratifié, ni signé jusqu'à ce jour la convention de Budapest sur la cyber criminalité du 23 décembre 2001. Sur le plan africain, il n'a pas ratifié et signé la convention de Malabo sur la cyber sécurité et la protection des données à caractère personnel. Pour une coopération et une entraide judiciaire internationales, il est nécessaire que le Cameroun ratifie et signe ces deux conventions. Cette mise en œuvre de la responsabilité pénale des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux à travers l'ouverture des enquêtes et leur poursuite se heurte souvent à des difficultés.

La mise en œuvre de la responsabilité des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux se heurte parfois à un certain nombre de difficultés. Ces difficultés proviennent du phénomène de la responsabilité en cascade qui rend difficile la mise en jeu de la responsabilité pénale des opérateurs et exploitants de réseau social ; à cela s'ajoute la dématérialisation des actes relatifs aux atteintes qui met en mal la collecte et la recherche des éléments de preuve. Dans l'hypothèse de la responsabilité en cascade, il se peut que plusieurs personnes participent à la commission d'une infraction sans qu'on ne puisse établir clairement la responsabilité des uns et des autres. Il peut arriver qu'une « *infraction commise à distance grâce aux réseaux suppose l'intervention de divers protagonistes qui ont activement participé : ceux qui fournissent l'accès au réseau, traitent des données, les hébergent ou les transportent, permettent d'atteindre la victime ou l'objet de l'infraction. Leur participation pose donc le problème de la qualification pénale* »<sup>74</sup>. Pour faire manifester la vérité en cas d'atteinte à la vie

<sup>71</sup> L'article 347 bis du code pénal dispose : « est punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 200.000 francs (CFA) toute personne qui a des rapports sexuels avec une autre personne de son sexe ».

<sup>72</sup> L'article 83 de cette loi dispose : (1) « est puni d'un emprisonnement d'un (01) an à deux (02) ans et d'une amende de 500.000 (cinq cent mille) à 1.000.000 (un million) FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui par voie de communications électroniques, fait des propositions sexuelles à une personne de son sexe ». (2) « les peines prévues à l'alinéa 1 ci-dessus, sont doublées lorsque les propositions ont été suivies de rapports sexuels ».

<sup>73</sup> L'article 91 alinéa 1 de cette loi dispose : « dans le cadre de l'exercice de leurs activités, les autorités de certification camerounaises peuvent, sous le contrôle de l'agence, établir des conventions, avec les autorités de certification étrangères ».

<sup>74</sup> KAMENI (G-M), La vie privée en droit camerounais, op. Cit. PP.195.

privée sur les réseaux sociaux, il serait indispensable de procéder à la recherche et à la collecte des preuves. Toutefois, il arrive que les actes relatifs à l'atteinte ne soient pas matériels ; du coup, la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur devient presque impossible.

Pour ce faire, les opérateurs et exploitants de réseaux sociaux en collaboration avec les éléments de la police judiciaire doivent mobiliser des moyens techniques pour avoir accès à un élément de preuve. D'une manière générale, les exploitants de réseau social jouent un rôle important en matière d'accessibilité de la preuve. Les lois spéciales influent également sur la capacité des fournisseurs d'accès à internet à transmettre des renseignements aux services compétents dans le cadre de l'enquête. La majorité des pays aujourd'hui ont commencé à mettre en place des structures spécialisées chargées d'enquêter sur la criminalité cybernétique<sup>75</sup>. Toutefois, il faut préciser qu'au Cameroun, il n'existe pas au sein de la police judiciaire, une unité spécialisée dans les investigations en matière d'infractions cybernétiques. Bien plus, les ressources et les capacités dont-elle dispose sont insuffisantes. Une telle situation constitue un obstacle majeur dans la répression des infractions cybernétiques étant donné que c'est la police judiciaire qui joue le premier rôle en matière d'investigation surtout dans la collecte et la recherche des éléments probatoires. Les pouvoirs publics camerounais doivent davantage renforcer les capacités de la police judiciaire en la dotant des moyens adéquats d'un personnel qualifié. Il faut par exemple qu'elle dispose d'un laboratoire scientifique et d'identification numérique pour procéder à l'analyse des données recueillies et à l'identification des auteurs des atteintes. Son personnel devrait également subir une formation poussée en matière d'investigation, à travers une maîtrise de l'usage des nouvelles technologies dont ils disposeront éventuellement. Toutes ces difficultés influencent le droit pénal camerounais qui doit désormais s'adapter aux nouvelles exigences du cyberspace surtout avec l'essor des réseaux sociaux. A ce

---

<sup>75</sup> Bien que le Cameroun dispose de l'ART et de l'ANTIC, il n'existe pas encore au sein de la police judiciaire camerounaise, une police scientifique. Dans d'autres pays, il existe en plus des organes de régulation, une police judiciaire, qui est chargée de mener des enquêtes en matière de criminalité cybernétique. En Afrique par exemple, la Côte d'Ivoire dispose d'une police judiciaire organisée en trois directions : la direction de l'information et des traces technologiques (DITT), la direction du laboratoire central de la police (DLCP) et la direction d'identification judiciaire (DIJ). Dans le reste du monde, en France par exemple, la police nationale dispose d'une direction centrale de la police judiciaire qui est chargée de lutter contre la cyber criminalité via la sous-direction de lutte contre la cyber criminalité (SDLC) créée en 2014. De son côté, la gendarmerie française dispose du centre contre les criminalités numériques (C3N). Il existe aujourd'hui dans ce pays environ 456 policiers investigateurs en cyber criminalité (ICC) répartis partout en France ; 54 experts de la police technique et scientifique (Service Central de l'Information et des Traces technologiques, SCITT) en charge des missions d'analyse et d'exploitation des supports numériques ; 59 gendarmes experts en applications innovantes regroupés dans la division criminalistique, ingénierie et numérique, au sein de l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN), qui relève du pôle judiciaire de la gendarmerie nationale. Au Canada, la gendarmerie royale (GRC).

niveau d'analyse, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'auteur d'une atteinte à la vie privée sur les réseaux sociaux nécessite la conjugaison des moyens juridique et technique.

## **B- Les sanctions des auteurs des atteintes a la vie privée sur les réseaux sociaux**

Page | 349

Pour que la répression de ces atteintes soit suffisante et efficace, il faut que le régime juridique de la sanction soit clairement précisé. Dans le même ordre d'idée, il faut que les sanctions soient effectives c'est-à-dire prononcées par le juge et qu'elles produisent les effets escomptés. Dès lors, il faut relever les carences du régime juridique de la sanction des auteurs des atteintes (1) avant d'apprécier la portée de ces sanctions (2).

### **1- Le régime des sanctions des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux**

Ce régime présente des carences et varie selon qu'il s'agit des personnes physiques ou des personnes morales. En ce qui concerne les personnes physiques notamment les utilisateurs des réseaux sociaux et les exploitants de réseaux sociaux, personnes physiques, les peines applicables sont : la peine d'emprisonnement, les amendes comme sanctions pécuniaires et des peines accessoires. La sanction de la violation de correspondance existe dans la loi relative à la cyber criminalité et la cyber sécurité et dans le code pénal. L'article 80 de la loi régissant les communications électroniques au Cameroun prévoit une peine d'emprisonnement de six (06) mois à deux (02) et d'une amende de 1.000.000 (un million) à 5.000.000 (cinq millions) de francs. La violation de correspondance prévue à l'article 300 du code pénal est punie d'un emprisonnement de quinze (15) jours à un (01) ans d'emprisonnement et d'une amende de 5.000 (cinq mille) à cent mille (100.000) francs<sup>76</sup>. L'analyse de ces deux dispositions permet de constater que la violation de correspondance n'est pas sanctionnée de la même manière dans les deux textes. Dans la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité, l'atteinte à l'intimité de la privée d'autrui est punie d'une peine d'emprisonnement d'un (01) à deux (02) ans et d'une amende de 1.000.000 (un million) à 5.000.000 (cinq millions) francs. Les sanctions relatives aux atteintes à l'intimité sexuelle sont contenues également dans cette loi. Pour protéger l'intimité sexuelle des enfants mineurs, l'article 80 alinéa 1 de cette même loi sanctionne la diffusion, la fixation, l'enregistrement et la transmission de l'image présentant les actes de pédophilie sur un mineur, d'une peine d'emprisonnement de trois (03) à six (06) ans et

---

<sup>76</sup> L'article 80 de cette loi s'applique seulement à la violation de correspondance commise sur le cyberspace. Quant à l'article 300 du code pénal, il s'applique à toute forme de violation de correspondance quel que soit les moyens utilisés. En cas de conflit entre les textes, l'article 80 de la loi sur les communications électroniques s'applique prioritairement en vertu de l'adage « ce qui spécial déroge de ce qui est général ».

d'une amende de 5.000.000 (cinq million) à 10.000.000 (dix millions) de francs. L'alinéa 3 de cette article sanctionne d'une peine d'emprisonnement d'un (01) à cinq (05) ans et d'une amende de 5.000.000 (cinq millions) à 10.000.000 (dix millions).

De ce qui précède, on constate que les sanctions des atteintes à caractère sexuel, par leur sévérité semblent suffisantes. En outre, il existe des sanctions des atteintes qui menacent les données à caractère personnel. En effet, l'article 71 puni d'une peine d'emprisonnement deux (02) à cinq (05) ans et d'une amende 1.000.000 (vingt-cinq millions) à 25.000.000 (vingt-cinq millions), celui qui introduit sans droit, des données dans un système d'information ou dans un réseau de communication électronique dans le but de modifier ou supprimer les données qui en sont contenues. Les sanctions applicables à cette catégorie d'atteintes paraissent suffisantes parce qu'elles sont sévères. A ce niveau d'analyse, les auteurs des atteintes à la vie privée, personnes physiques sont sanctionnés des mêmes peines qu'il s'agisse des utilisateurs des réseaux sociaux ou des opérateurs et exploitants de réseaux sociaux<sup>77</sup>. Ainsi, en sanctionnant par exemple sévèrement la diffusion, la fixation, l'enregistrement et la transmission par voie de communications électroniques, de l'image présentant des actes de pédophilie sur un mineur, celui-ci voulait protéger l'intimité et la dignité de l'enfant mineur. En plus des peines d'emprisonnement et les amendes, les peines accessoires s'appliquent également aux auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. On peut également sanctionner les utilisateurs des réseaux sociaux et les exploitants de réseaux sociaux d'une peine accessoire comme la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou la chose qui en est le produit. C'est par exemple le cas de la confiscation d'un ordinateur ou d'un smartphone qui a permis à un utilisateur de réseau social de divulguer ou de publier des images et des vidéos à caractère sexuel d'une tierce personne. Aussi, on peut leurs infliger une interdiction, pour une durée de cinq (05) ans au moins, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds pour le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ou même une interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq (05) ans au moins, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles sociales. Les interdictions concernent principalement les exploitants de réseaux sociaux étant donné que cette sanction est susceptible d'être effective. Ces interdictions, bien qu'elles soient applicables aux utilisateurs des réseaux sociaux demeurent

---

<sup>77</sup> Il faut préciser qu'au Cameroun les opérateurs et exploitants de réseau social qui fournissent l'accès à internet sont des personnes morales exclusivement.

inopérantes car ceux-ci peuvent créer d'autres comptes<sup>78</sup> et être toujours présents sur ces plateformes de communication sociale.

A notre sens, sur le plan qualitatif ces sanctions sont suffisantes parce qu'elles répriment sévèrement les atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux. Sur le plan quantitatif, elles demeurent insuffisantes et limitent du coup la répression. Il faut prévoir plus des peines accessoires aux utilisateurs des réseaux sociaux. On peut par exemple leur appliquer d'autres sanctions accessoires comme la suppression des comptes des utilisateurs des délinquants, la suspension définitive ou provisoire de leur compte et le blocage de leur connexion au réseau. Il serait judicieux de combler ces carences, pour une répression efficace. Les sanctions pénales applicables aux exploitants des réseaux sociaux ne sont prévues que dans la loi de 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité. La loi régissant les communications électroniques ne prévoit que des sanctions administratives. En effet, l'article 64 al.1 de la première loi précise que « *les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes dirigeants* ». Cela revient à dire que l'exploitant de réseau social, personne morale est responsable des atteintes à la vie privée commises par les personnes qui travaillent pour son compte (qui fournissent des prestations ou des services). Toutefois, la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits<sup>79</sup>. Cette disposition indique clairement qu'il est possible de détacher la responsabilité pénale des exploitants de réseau social de celle des personnes qui travaillent pour son compte ; c'est le cas par exemple des atteintes intentionnelles à vie privée commises par elles. En ce qui concerne les sanctions pénales proprement dites, on a les amendes comme peines principales et des peines accessoires. De ce qui précède, les exploitants de réseau social en cas d'atteintes à la vie privée encourent une de 5.000.000 (cinq millions) à 50.000.000 (cinquante millions) de francs<sup>80</sup>. L'alinéa 4 de cet article prévoit comme peines accessoires applicables aux exploitants des réseaux sociaux : la dissolution, la fermeture temporaire, les interdictions, l'exclusion des marchés publics, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction et la publication ou la diffusion de la décision prononcée. La dissolution est prononcée lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne la personne morale a été détournée de son objet pour servir de support à la commission des faits incriminés. La fermeture temporaire pour une durée de cinq (05) ans au moins, dans les

<sup>78</sup> Sur Facebook et WhatsApp, les utilisateurs peuvent créer autant compte avec des adresses différentes (numéro de téléphone et adresse email).

<sup>79</sup> Art.64.al.2 de la loi relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité.

<sup>80</sup> Art.64.al.3

conditions prévues par l'article 34<sup>81</sup> du code pénal, des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés.

En ce qui concerne les interdictions, il existe une interdiction à titre définitif ou pour une durée de 5 (cinq) ans au moins, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales et une interdiction à titre définitif ou pour une durée de 5 (cinq) ans au moins. L'exclusion des marchés publics à l'encontre de l'exploitants des réseaux sociaux peut être à titre définitif ou pour une durée de 5 (cinq) ans au moins. Il est prévu également, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. En outre, la publication ou la diffusion de la décision prononcée soit par presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. Il faut préciser qu'en plus des amendes ci-dessus mentionnées, l'une des peines accessoires peut s'appliquer aux exploitants de réseaux sociaux. A ce niveau d'analyse, on constate que le législateur pénal camerounais sanctionne sévèrement les auteurs des atteintes dans le cyberspace en général et en particulier les exploitants de réseaux sociaux en cas de violation de la vie privée des personnes.

## **2- La portée limitée de la sanction des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux**

L'étude de l'effectivité de la sanction pénale reviendrait à analyser son taux d'application, son degré de réalisation dans les pratiques sociales<sup>82</sup>. Bien plus, elle conduira à l'identification et à l'appréciation des effets de la sanction pénale. Il ne suffit pas de prévoir une sanction pénale à l'encontre des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux ; il faut davantage qu'elle soit effective et produit les effets escomptés pour rendre la répression efficace et effective. La portée de la sanction des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux sociaux est limitée. L'effet de la sanction des auteurs des atteintes à la vie privée sur les réseaux en droit pénal camerounais est relatif car la finalité recherchée par le législateur n'est pas toujours atteinte. En effet, on peut évaluer la portée des effets de la sanction des auteurs de ces atteintes à travers les fonctions assignées à cette sanction. De ce qui précède, la dissuasion apparaît alors comme l'une des nouvelles fonctions de la sanction pénale. Ainsi, MICHEL VAN DE KERCHOVE relève que « *dissuader, payer pour rendre, exprimer un attachement aux normes*

<sup>81</sup> L'article 34 du Code Pénal prévoit que « dans les cas où la juridiction compétente peut ordonner la fermeture d'un établissement commercial ou industriel ou d'un local, cette mesure emporte interdiction, pour le condamné ou le tiers auquel le condamné a vendu, cédé ou loué l'établissement professionnel ou le local, la même industrie ou la même profession ».

<sup>82</sup> TZUTZUIANO (C), *L'effectivité de la sanction pénale*, op.cit. PP.25.

*sociales (...) telles sont les fonctions que les peines sont susceptibles de remplir* »<sup>83</sup>. Pour être efficace, le régime de la sanction des atteintes à la vie privée sur ces plateformes de communications sociales doit comporter des sanctions suffisamment sévères pour un effet dissuasif. Bien plus, les amendes applicables aux opérateurs et exploitants de réseaux sociaux (personnes morales), en cas d'atteintes à la vie privée se caractérisent par leur sévérité. Le montant des amendes applicables à ces derniers varie entre 5.000.000 et 50.000.000 de francs. Toutefois, la sévérité des sanctions n'empêche pas la violation de la sphère de la vie privée sur ces plateformes. On constate au contraire la multiplication des atteintes dans l'univers camerounais avec de nouvelles variantes. Le phénomène d'atteinte à l'intimité sexuelle notamment la vengeance pornographique ou revenge porn prend de l'ampleur sur Facebook et WhatsApp<sup>84</sup>. En outre, la sanction de la violation de correspondance dans le code pénal semble insuffisante au niveau des amendes. La sanction de l'auteur d'une telle atteinte sur les réseaux sociaux à une amende de 5.000 à 100.000 semble insuffisante car elle n'est pas de nature à dissuader les personnes qui seraient tentées à commettre cette infraction. Par contre, la violation du secret de correspondance prévue à l'article 80 de la loi de 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun paraît suffisante. Cet article prévoit comme mentionné supra une peine d'emprisonnement de six (06) mois à deux (02) ans et d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 de francs. A travers cet article, la fonction de rétribution se dégage dans la sanction de la violation de correspondance dans le cyberspace même si la réalisation de cette atteinte est difficile sur les réseaux sociaux. Selon un auteur, « *la rétribution est plus souvent remplacée par la prévention des crimes ou par l'amendement comme fonction première des peines même si le discours rétributiviste ne disparaît pas complètement* »<sup>85</sup>. De ce qui précède, la fonction de prévention des atteintes à la vie privée de ces sanctions est ambivalente. Tantôt, elles produisent les effets escomptés tantôt elles ne les produisent pas.

### Conclusion

En somme, la protection pénale de la vie privée sur les réseaux sociaux au Cameroun est garantie d'une part par la prévention des atteintes dont elle est l'objet et d'autre part par leur répression. En ce qui concerne la prévention, elle est assurée par l'incrimination de certains

---

<sup>83</sup> VAN DE KERCHOVE (M), « Les fonctions de la sanction pénale », in *les informations sociales*, 2005/7 (n° 127), PP. 22.

<sup>84</sup> L'affaire MALICKA BAYEMI C/ MARTIN CAMUS MINB et WILFRIED ETEKI et la diffusion de la sextape de l'ex lionne indomptable GAELLE DEBORAH ENGANAMOUIT sont des illustrations parfaites de ce phénomène au Cameroun.

<sup>85</sup> PIERRARD (F), De la justice rétributive aux nouvelles légitimations du droit de punir, Mémoire master 2 en droit, Université de Lille, 2018, PP.59.

comportements dans le dispositif juridique en vigueur. Le législateur pénal camerounais a incriminé la violation du secret de correspondance dans le code pénal et dans les lois spéciales notamment la loi de 2010 relative à la cyber sécurité et la cyber criminalité et dans celle de la même année régissant les communications électroniques telle que modifiée en 2015. L'apparition des nouvelles formes d'atteintes a poussé ce dernier à prévoir d'autres incriminations dans ces deux lois. On y retrouve des incriminations de portée générale et celles qui sont spécifiques à l'intimité des mineurs. Malgré ses efforts, il subsiste encore des comportements non-incriminés sur ces plateformes tels que l'utilisation de faux profil, l'usurpation d'identité et d'autres dont l'incrimination se heurte à l'un des corollaires du principe de la légalité criminelle à savoir celui de l'interprétation stricte de la loi pénale. Pour l'essentiel, ce corollaire est mis en mal dans les cas de « vengeances pornographiques » et de « sextape ». Pour une prévention efficace, il serait judicieux d'ériger ces comportements en infractions autonomes à la faveur d'une prochaine réforme. Pour ce qui est de la répression, ce dernier a déterminé le régime juridique de la responsabilité pénale des auteurs des atteintes et a prévu un arsenal de sanctions dans des lois spéciales et dans le code pénal. Pour mettre en jeu leur responsabilité pénale, il a mis en place des moyens juridiques permettant leur identification et a renforcé la coopération judiciaire pour les infractions commises à l'étranger. Toutefois, on constate des insuffisances dans la mesure où cette identification par des moyens juridiques est souvent impossible ; ce qui justifie souvent le recours aux moyens techniques. Aussi, les sanctions prévues ne sont pas toujours dissuasives parce qu'on constate malheureusement une multiplication des atteintes dans l'univers camerounais avec des nouvelles variantes. Cet état de choses révèle sans doute l'urgence de l'adaptation du droit pénal camerounais aux réseaux sociaux en ligne. Pour cela, les pouvoirs publics camerounais gagneraient au préalable à : se saisir de l'intelligence artificielle, rendre effective la police scientifique en dotant son personnel d'une meilleure formation et en mettant à sa disposition des moyens adéquats. Dans la même veine, il faut conjuguer les efforts dans le cadre de cette répression en renforçant davantage la collaboration avec les organes de régulation de nouvelles technologies de l'information et de la communication en l'occurrence l'ANTIC et l'ART.

**La cessation de paiements dans les établissements de crédit en droit****CEMAC***Cessation of payments in credit institutions under CEMAC law*

Par :

Page | 355

**PAYDI RAISSA**

Docteur en droit Privé

**Résumé :**

*Les autorités monétaires afin de mieux surveiller et d'affirmer la particularité des activités bancaires étaient obligées d'instaurer une conception spécifique de la cessation de paiements contraire à celle instaurée par le législateur OHADA. Alors, si le premier critère de défaillance d'une entreprise commerciale de droit commun est la cessation de paiements, en droit CEMAC, il est unanimement admis que la conception classique de la cessation de paiements ne saurait être applicable aux établissements de crédit en difficulté pour déterminer les défaillances bancaires, à cause particulièrement de la nature du contrat de dépôt qui est singulière et le bilan des banques qui est spécifique. Le législateur CEMAC a donc consacré une nouvelle définition de la cessation de paiements applicable aux banques. Cette nouvelle définition met l'accent sur la crise de liquidités dont les indicateurs de référence sont les ratios de liquidité et de solvabilité. Ce dernier est allé plus loin en instaurant également une conception nouvelle de la cessation de paiements, propre à l'activité bancaire et ce nouvel élément constitue d'ailleurs une innovation majeure dans le traitement des défaillances bancaires en droit CEMAC.*

**Mots clés :** Cessation de paiements, établissements de crédit en difficulté, droit commun.

**Abstract :**

*The monetary authorities, in order to better monitor and affirm the particularity of banking activities, were obliged to introduce a specific conception of cessation of payments contrary to that established by the OHADA legislator. So, if the first criterion of failure of a commercial company under common law is cessation of payments, in CEMAC law, it is unanimously accepted that the classic conception of cessation of payments cannot be applicable to credit institutions in difficulty for determine bank failures, particularly because of the nature of the deposit contract, which is singular, and the balance sheet of banks, which is specific. The CEMAC legislator has therefore established a new definition of insolvency applicable to banks. This new definition emphasizes the liquidity crisis, the reference indicators of which are the liquidity and solvency ratios. The latter went further by also introducing a new concept of insolvency, specific to banking activity and this new element is also a major innovation in the treatment of bank failures in CEMAC law.*

**Keywords:** Cessation of payments, troubled credit institutions, common law

## Introduction

Un établissement de crédit<sup>1</sup> n'est pas une entreprise ordinaire. Il se distingue des autres entreprises par la nature de son activité et la surveillance dont il fait l'objet. En raison de leurs rôles d'intermédiaires financiers, les établissements de crédit justifient d'une certaine particularité dans ce sens qu'ils empruntent pour prêter. Ils font alors l'objet d'une collecte des dépôts et bénéficient des crédits interbancaires si le marché a confiance dans son aptitude à sélectionner des bons risques et à dégager des résultats suffisants pour couvrir à la fois ses charges et ses risques de sinistre<sup>2</sup>. Dès que la confiance disparaît, la banque ne parvient plus à refinancer ses emplois et c'est le risque de cessation de paiements<sup>3</sup>

Page | 357

A cet effet, la cessation de paiements est la situation juridique d'une personne physique ou morale qui ne peut plus payer ses dettes. Dans les entreprises assujetties aux règles de droit commun, la cessation de paiements est importante puisqu'elle est la condition d'ouverture des procédures de redressement judiciaire et des liquidations des biens<sup>4</sup>. L'importance de la notion de cessation de paiements réside en ce qu'elle constitue le facteur de déclenchement de la procédure de redressement judiciaire. Le législateur du droit commun a souhaité par-là maintenir la définition classique de la cessation de paiements qui prévoyait que « *ce qui caractérise la cessation de paiements c'est l'absence des disponibilités immédiates suffisantes pour le passif échû, en d'autres termes l'impossibilité d'obtenir le moindre concours (bancaire notamment) pour faire face à une échéance* »<sup>5</sup>,

Ainsi, la cessation de paiements en droit commun renvoie à l'impossibilité pour l'entreprise de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Trois critères sont donc à retenir. Tout d'abord, il faut un passif exigible, c'est-à-dire que les dettes doivent être liquides, certaines et exigibles<sup>6</sup>, ensuite il faut que l'actif soit disponible, cela signifie que l'entreprise

---

<sup>1</sup> Selon les textes communautaires, un établissement de crédit est « *une personne morale effectuant à titre habituel des opérations de banque, celles-ci comprennent la réception de fonds du public, l'octroi de crédits, la délivrance de garanties en faveur d'autres établissements de crédit, la mise à la disposition de la clientèle, et la gestion de moyens de paiement* ». L'article 5 poursuit en précisant que « *sont considérés comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôt, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer* ». Mais il ressort de l'article 1er du Règlement COBAC R-2009/02 du 1er avril 2009 portant fixation des établissements de crédit, de leur forme juridique et des activités autorisées que « établissement de crédit » désigne à la fois les établissements bancaires et les établissements financiers.

<sup>2</sup> M. NUSSEMBAUM, « La cessation des paiements des banques », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, p.85.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cour d'Appel du Littoral, Arrêt du 16/03/2012, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-14-14. <http://WWW.actualitésdroitohada.com>. Consulté le 21/12/2022.

<sup>5</sup> J. ISSA- SAYEGH, *op. cit.*, p.211.

<sup>6</sup> V. <http://WWW.actualitésdroitohada.com>. Consulté le 28/02/2023.

dispose des fonds immédiatement disponibles soient parce qu'ils sont liquides, soient parce que leurs conversions en liquide est possible sans délai<sup>7</sup> et le dernier étant beaucoup plus pratique renvoie au fait que l'entreprise soit dans l'incapacité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible de sorte qu'il y'a cessation de paiements<sup>8</sup>.

Si pour les sociétés classiques de droit commun<sup>9</sup> la cessation de paiements renvoie à un déséquilibre entre l'actif disponible avec le passif exigible, le législateur de la CEMAC n'a pas entendu retenir les mêmes critères que celui du Droit OHADA.

Auparavant, la convention de 1990<sup>10</sup> constituait le cadre légal de traitement des difficultés des établissements de crédit. À cet effet, la COBAC était la seule institution habilitée à nommer un administrateur provisoire, si la gestion ne pouvait plus être assurée dans des conditions normales d'exploitation ou lorsque les dirigeants étaient démis d'office<sup>11</sup>. En vertu de l'article 14 de l'annexe de la convention, ce dernier disposait du pouvoir de déclarer la cessation de paiements<sup>12</sup>. Mais l'adoption du Règlement n°02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM du 25 avril 2014<sup>13</sup> relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté est venu lever le voile sur bon nombre de choses jusque-là applicable dans les établissements de crédits en difficulté<sup>14</sup>. Par exemple, la notion de difficulté retenue par le législateur CEMAC avec le nouveau texte sera plus large et ira au-delà de simples difficultés économiques et financières comme c'est le cas dans les textes de OHADA avec l'AUPC et se placera bien en amont de la cessation de paiements. Au-delà, de la notion de difficulté qui est appréhendée différemment par le droit spécifique bancaire, la notion de la

<sup>7</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 2 : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, Economica, 8e éd., 2001, n°1031.

<sup>8</sup> P-G. POUGOUE, *L'organisation des procédures collectives d'apurement de passif OHADA*, PUA 1999, n°43.

<sup>9</sup> Les sociétés classiques de droit commun sont celles assujetties aux règles de l'OHADA.

<sup>10</sup> La Convention du 16 octobre 1990 portant création d'une Commission Bancaire de l'Afrique Centrale est le texte de base du régulateur COBAC. Il est accompagné d'une Annexe.

<sup>11</sup> Dans ce sens, Arrêt n° 010/CJ/CEMAC/CJ/09, 13 nov. 2009, Aff. Silienu Christophe et a. c/ décision COBAC n°D-2008/52, Amity Bank Cameroon PLC, Autorité monétaire in *Juridis Périodique*, n° 83, juill.- août- sept. 2010, p. 35 et s. note KALIEU ELONGO (Y-R.).

<sup>12</sup> D.PIIH, *Le traitement des établissements de crédit en difficulté en zone CEMAC*, Thèse, Université Paris-Descartes, 2018, p. 8.

<sup>13</sup> Depuis le 25 avril 2014, le Comité Ministériel de l'UMAC (Union Monétaire de l'Afrique Centrale) a adopté un nouveau Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté. Ce nouveau Règlement, qui abroge certaines dispositions des conventions de 1990 portant création de la COBAC et de 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de la CEMAC, apporte des changements relativement importants dans le régime jusque-là applicable.

<sup>14</sup> Le Règlement CEMAC 02/14 en son article 4 qui dispose qu'« un établissement de crédit est considéré en difficulté lorsque la COBAC constate des dysfonctionnements de toute nature ayant un impact immédiat ou potentiel sur sa gestion et/ou sa situation financière. Il s'agit notamment des cas où : il ne fonctionne pas en conformité avec la réglementation bancaire ; sa gestion ou sa situation financière sont de nature à mettre en cause la bonne fin de ses engagements ; sa gestion ou sa situation financière n'offrent pas de garanties suffisantes sur le plan de sa solvabilité, de sa liquidité ou de sa rentabilité ; ses structures de gestion, son organisation administrative ou comptable ou son contrôle interne présentent des lacunes graves ».

cessation de paiements sera différente de la conception classique émise par le législateur OHADA.

Ainsi, la cessation de paiements, difficulté classique d'une entreprise ordinaire n'a pas la même signification dans une entreprise bancaire. Dans la première, elle évoque l'idée d'un déséquilibre de patrimoine en ce sens que l'actif disponible ne permet plus de faire face au passif exigible. Dans la seconde, elle traduit plutôt l'idée d'une crise de liquidité<sup>15</sup>. De ce fait, une banque est en cessation de paiements lorsqu'elle n'est plus en mesure d'assurer ses paiements, immédiatement ou dans un délai de trente jours<sup>16</sup>. La cessation de paiements d'un établissement de crédit est alors perçue comme le moment où, il « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçu du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* »<sup>17</sup>. La cessation des paiements a donc un contenu différent en ce qui concerne les établissements de crédit en zone CEMAC.

Alors, l'on se rend compte qu'un pareil changement ne saurait être banalisé ou être le fruit d'un simple hasard. Il s'agit donc d'une notion étudiée par la doctrine et appliquée fréquemment par les juges du fond comme par la Cour de cassation<sup>18</sup>. La cessation de paiements est l'un des moments les plus décisifs de la procédure collective, étant donné que c'est elle qui fixe notamment le moment à partir duquel la procédure de redressement judiciaire doit être ouverte. C'est la cessation de paiements au sens matériel du terme. Mais d'après la doctrine, elle est également une notion fonctionnelle qui a « *pour objet de concourir à la réalisation de l'objectif premier de la loi, la sauvegarde de l'entreprise* »<sup>19</sup>.

Il convient dès lors, de s'interroger sur cette notion dans le cadre d'un régime particulier. Ainsi, Qu'est-ce qui fait la particularité de la cessation de paiements des établissements de crédit en difficulté ? Autrement dit, qu'est-ce qui fait la différence entre la cessation des paiements dans les sociétés de droit commun dans le cadre des procédures collectives et celle des établissements de crédit en difficulté ? Cela dit, en rapport avec notre problématique, nous pouvons formuler en guise d'hypothèse que, ce qui fait la particularité de la cessation de

<sup>15</sup> D. PIIH, Thèse, *op. cit.*, p. 17.

<sup>16</sup> Art. 86, règlement n° 02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM relatif au traitement des difficultés des établissements de crédit en zone CEMAC.

<sup>17</sup> Article L312-5 du Code monétaire et financier.

<sup>18</sup> D. VALENTIN, *Le particularisme de la cessation de paiements des établissements de crédit*, DEA Droit des affaires, Université ROBERT SHUMAN STRASBOURG, 2001/2002, p.6.

<sup>19</sup> MARTINEAU-BOURGNINAUD, « La cessation de paiement, une notion fonctionnelle », *RTD. Com*, 2012, p. 245. [actualitésdedroitohada.com](http://actualitésdedroitohada.com).

paiements dans le cadre bancaire réside dans le fait qu'elle est appréhendée différemment, à cause du particularisme des activités bancaires.

Afin de vérifier cette hypothèse, on aura recours à la méthode exégétique pour la réalisation de ce travail. Et pour y parvenir on articulera notre réflexion autour de deux constats : En effet, en raison du particularisme des activités bancaires, le législateur CEMAC était obligé d'instaurer d'une part, une nouvelle définition de la cessation de paiements, dérogoratoire au droit commun et plus adaptée aux activités bancaires (I) et d'autre part, a procédé à l'introduction d'une nouvelle conception de la cessation de paiements, plus spécifique à l'activité bancaire (II).

### **I- L'EMERGENCE D'UNE DEFINITION NOUVELLE, DEROGATOIRE AU DROIT COMMUN**

La cessation de paiements a parfois été assimilée à une cessation d'activité et il existait une seule cessation de paiements applicable à tous les commerçants que ce soit de droit commun, que ce soit de régime particulier. Il en existe aujourd'hui deux définitions légales, la première figure dans l'AUPC c'est « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »<sup>20</sup> et est applicable aux sociétés de droit commun. La seconde qui se réfère à un régime plus particulier est celle applicable aux établissements de crédit en difficulté. On essaiera d'étudier donc dans le cadre de ce travail dans un premier temps, les justifications de l'inadaptation de la définition de droit commun aux établissements de crédit (A), et dans un deuxième temps, de décrire le contenu de la nouvelle définition applicable aux établissements de crédit (B).

#### **A- Les justifications de l'inadaptation de la définition du droit commun**

La cessation de paiements de droit commun est une conception patrimoniale des difficultés de l'entreprise. Elle renvoie à l'incapacité d'une entreprise à faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

Par passif exigible, il faut entendre le passif échu, c'est-à-dire, les dettes arrivées à échéance et non réglées<sup>21</sup>. Si les parties ne se sont pas accordées sur l'échéance de la dette ou s'il y a un malentendu sur l'échéance<sup>22</sup>, il ne devrait pas y avoir cessation de paiements<sup>23</sup>. Ainsi,

<sup>20</sup> Cf. l'Acte Uniforme Portant Droit des Procédures collectives.

<sup>21</sup>V. M-A. FRISON-ROCHE, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *RD. Bancaire et bourse*, 1996, p. 86 ; B. GRELON, « Les banques en difficulté », *D.* 1997, chr. p. 199.

<sup>22</sup>*Ibidem.*

<sup>23</sup>*Ibidem.*

un commerçant qui refuse de payer une dette non échue n'est pas en état de cessation de paiements. Il en est de même de ce lui qui bénéficie d'un délai de paiement en raison de l'adage « *qui doit à terme ne doit pas* ». Il faut alors se référer sur la partie correspondante du bilan pour identifier tous les éléments du passif exigible<sup>24</sup>. En revanche, les dettes doivent être certaines et donc non litigieuses, c'est-à-dire, qu'elles ne doivent pas être légitimement contestées par le débiteur quant à leur existence ou leur montant<sup>25</sup>. Au cas où il y a contestation, il faut qu'elle soit sérieuse puisque le débiteur ne doit pas pouvoir échapper à la cessation de paiements du seul fait de la contestation des droits de ses créanciers poursuivants. Il a ainsi été jugé que le débiteur doit établir que le refus de paiement est motivé par une autre raison que la cessation de paiements<sup>26</sup>. La créance est certaine si la dette résulte d'un jugement au fond frappé d'appel mais exécutoire par provision<sup>27</sup>.

Un arrêt de la chambre commerciale qui considère que « *pour se prononcer sur l'existence de l'état de cessation de paiements, il n'y a pas à rechercher si le passif exigible a été effectivement exigé dès lors que le débiteur n'a pas allégué qu'il disposait d'une réserve de crédit ou d'un moratoire de la part de ses créanciers lui permettant de faire face à son passif exigible...* »<sup>28</sup>. La jurisprudence française est restée constante quant à l'exigence du critère du passif exigible et non du passif exigé<sup>29</sup>. A cet effet, « *le passif exigible ne peut donc être limité aux seules dettes dont le paiement est expressément demandé. Tout passif échü entre dans la composition du passif exigible et n'en sort qu'à la condition d'avoir fait l'objet d'un accord exprès de report* »<sup>30</sup>. Tel est le sens de l'analyse de la Cour d'Appel de Lyon pour laquelle, « *la cessation de paiements est suffisamment caractérisée même en l'absence de poursuite de recouvrement, lorsque le passif actuellement exigible ne peut être payé avec les disponibilités ; que c'est seulement lorsqu'un accord a été trouvé avec les créanciers pour aménager les conditions de règlement que la cessation de paiements n'est pas caractérisée* »<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> DIEYNABA SAKHO, *Les droits communautaires des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Mémoire DEA, Université Gaston Berger de Saint Louis, Sénégal, 2008, p. 59.

<sup>25</sup> D. FAURY, « La notion de cessation de paiements et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, janv.-févr. 2007, p. 85.

<sup>26</sup> Cass.com. 27 avr. 1993, n° 91. 16470 : JurisData n° 1993-000800.

<sup>27</sup> Cass. com. 13 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 198.

<sup>28</sup> Cass. com. 15 fév. 2011, n° 10-13.625, Bull. civ. IV, n° 23 ; D. 2011. Actu. 591, obs. LIENHARD (A.) ; JCP E 2011. 1280, note ch. Lebel ; LEDEN avr. 2011, p. 3, obs. DELATTRE (Ch.) ; BJE. 2011. 176, note MARTINAUD-BOURGINAUD.

<sup>29</sup> MOHO FOPA (E.A.), *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA*, DEA, Université de Dschang-Cameroun, 2007, p. 71.

<sup>30</sup> Cass. com. 15 fév. 2011, n° 10-13.625, Bull. civ. IV, n° 23 ; D. 2011. Actu. 591, obs. LIENHARD (A.) ; JCP E 2011. 1280, note ch. Lebel ; LEDEN avr. 2011, p. 3, obs. DELATTRE (Ch.) ; BJE. 2011. 176, note MARTINAUD-BOURGINAUD.

<sup>31</sup> CA Lyon, 3e ch., 3 août 2005.

Par actif disponible, il faut comprendre les fonds immédiatement utilisables, mobilisables, c'est-à-dire, l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue, du solde créditeur du compte courant et des comptes bancaires en général<sup>32</sup>. L'actif disponible comprend les marchandises de réalisation immédiate permettant un apport rapide de la trésorerie et ne s'étend pas au stock de produits intermédiaires ou finis<sup>33</sup>. Page | 362

Au critère d'actif disponible, il est ajouté le critère de l'actif réalisable sans que ce nouveau critère fasse gloser la doctrine comme ce fût le cas du passif exigé. En effet, ce qui est disponible est différent de ce qui est réalisable<sup>34</sup>. Un bien réalisable est susceptible d'apporter de la disponibilité dans un bref délai mais n'est pas en lui-même cette disponibilité. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a admis la liquidation des biens lorsque le débiteur avait un passif exigible supérieur à son actif réalisable et disponible<sup>35</sup>. Dans le même sens, la CCJA a homologué un concordat préventif en tenant compte de l'actif réalisable à court terme dans une motivation qui mérite d'être relevée, « attendu que le règlement préventif tend à éviter la cessation de paiements ou d'activité de l'entreprise par la formalisation d'un concordat qui ne peut être homologué qu'à la suite du rapport d'un expert ; qu'il ressort des conclusions du rapport de l'expert sur la situation économique et financière de la SITACI qu'elle dispose d'un niveau suffisant d'actifs disponibles et réalisables à court terme pour couvrir ses dettes exigibles à court terme ; que le niveau et la qualité de ses actifs lui permettent de maintenir la continuité de l'exploitation dans de bonnes conditions en dépit de quelques difficultés liées à la crise financière ayant entraîné la chute des cours de matière première dont l'acier ; que le concordat proposé est viable »<sup>36</sup>.

Dès lors, il faut tenir compte non seulement de l'actif disponible mais aussi de l'actif réalisable à court terme. Ce nouveau critère jurisprudentiel peut contribuer à retarder la cessation de paiements si le débiteur justifie que son actif peut être réalisable dans un délai bref<sup>37</sup>.

<sup>32</sup>J. STIGLITZ ET A.WEISS, "Credit rationing in market with imperfect information", *La Revue Economique Américaine (American economic association)*, vol 71, 1981, p. 393.

<sup>33</sup> S. J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006, pp. 49 et s.

<sup>34</sup> DIEYNABA SAKHO, *Les droits communautaires des procédures collectives dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>35</sup> CCJA, 3ème ch., arrêt n° 22/2011, 6 déc. 2011, Aff. La Compagnie Cotonnière de la Côte d'Ivoire c/ Tiemoko Koffi et Guillemain Alain, note PIIH (D.).

<sup>36</sup> CCJA, Arrêt n° 064/2014, 25 avril 2014, Sté F.J ELNSER Trading GMBH ; Sté STEEL RESSOURCES c/ Sté Industrielle de Tubes d'Acier dite SITACI ; Sté STEEL LINK ; Sté TRADESCA et Conseil de l'Ordre des Avocats du Burkina Faso, note PIIH (D.).

<sup>37</sup> M-A. FRISON-ROCHE, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *op. cit.*, p. 86.

Par ailleurs, la cessation de paiements se caractérise par une impossibilité pour l'actif disponible et réalisable à court terme de faire face au paiement du passif exigible. Ainsi, ce n'est pas tant le volume du passif exigible ou la quantité de l'actif disponible pris isolément qui caractérise la cessation de paiements. C'est la confrontation entre l'actif disponible et le passif exigible qui permet de la constater<sup>38</sup>. L'expression « faire face » a suscité deux interprétations. Selon la première interprétation, l'emploi de cette expression par le législateur signifie que le débiteur en cessation de paiements ne peut pas payer, non pas parce qu'il ne le veut pas, mais parce qu'il ne le peut pas. D'après la seconde interprétation, la cessation de paiements serait caractérisée dès que le débiteur ne paye pas, sans qu'il ait besoin de s'interroger sur ses intentions.

En 1984, la Cour d'appel d'Aix-en Provence a eu l'occasion de préciser que la cause du défaut de paiement est sans incidence lorsque les juges du fond examinent la situation du débiteur ; ceux-ci n'ont pas à rechercher les mobiles du non-paiement des dettes exigibles<sup>39</sup>. Plus récemment, dans une affaire très médiatisée en France, l'affaire Sodimédical<sup>40</sup>, la Cour de cassation a considéré que dès lors que le débiteur est en état de cessation de paiements, la demande d'ouverture de la procédure collective ne peut être rejetée en raison de ses mobiles<sup>41</sup>. Un auteur commentait en faveur de cet arrêt que, « *permettre au tribunal de refuser l'ouverture d'une procédure collective en se fondant sur les mobiles du débiteur reviendrait tout d'abord à ajouter une nouvelle condition aux textes, mais surtout risquerait de soulever bien de difficultés d'application tout en retardant l'ouverture de la procédure. Analyser les mobiles supposés ou réels du débiteur à ce stade serait pour le moins périlleux (...)* »<sup>42</sup>. La Cour de cassation française est d'ailleurs constante sur cette position puisqu'elle avait déjà jugé que le fait de rechercher à échapper à ses obligations contractuelles<sup>43</sup>, est sans incidence sur l'ouverture des procédures collectives, ou à tout le moins d'une procédure de sauvegarde<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> DIEYNABA SAKHO, *Les droits communautaires des procédures collectives dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 42.

<sup>39</sup> CA Aix-en Provence, 24 juin 1984, D. 1984, IR p. 6, obs. A. HONORAT.

<sup>40</sup> Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : JurisData n° 2012-015231, Rev. proc. coll. 2013, comm.6, obs. SAINTOURENS (B.). D. 2012, Actu. 1814, obs. LIENHARD (A.); Rev. sociétés 2012. 527, obs. HENRY (L.C.); JCP E 2012. 1509, note CERATI-GAUTHIER (A.); *ibid.* 1757, no 1, obs. PÉTEL (Ph.); Gaz. Pal. 5-6 sept. 2012, p. 5, obs. DEMEYERE (D.); BJE. 2012. 279, concl. BONHOMME (R.); Act. proc. coll. 2012, no 206, obs. FINLANGER (L.); Dict. perm. diff. entrep., Bull. no 340, obs. ROUSSEL GALLE (Ph.); Dr. sociétés 2012, no 189, note J.-P. Legros ; Dr. et patr. sept. 2013. 48, obs. MONSÈRIÉ-BON (M. -H.).

<sup>41</sup> I. ALASSANE OUSSÉNI, *Problématiques de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, op. cit., p. 81.

<sup>42</sup> Ph. ROUSSEL GALLE, « Ouverture des procédures », *Rev. proc. coll.*, juill. 2013, n° 24, p. 2.

<sup>43</sup> S.J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, op. cit., pp. 70 et s.

<sup>44</sup> Cass. com. 8 mars 2011, n° 10-13.988 : JurisData n° 2011-002852 ; Bull. civ. 2011, IV, n° 33 ; D. 2011, p. 919, note LE CORRE (P. - M.); D. 2011, p. 2069, obs. LUCAS (F. - X.); D. 2011, p. 743, obs. LIENHARD (A.); RTD

La définition de la cessation de paiements que l'on retrouve dans l'AUPC traduit plutôt l'idée d'une crise de liquidité alors que la définition donnée dans les textes bancaires est plus englobante et ne saurait être associée uniquement à une crise financière, c'est pour cela que dans cette partie on s'attardera sur le contenu de cette définition nouvelle.

## B- Le contenu de la définition nouvelle de la cessation de paiements

La cessation de paiements revêt une conception particulière en droit CEMAC. Elle ne se rapproche pas de celle fournie par le droit de l'OHADA relatif aux procédures collectives. En effet, avant le Règlement du 25 avril 2014, les pays de la CEMAC, par ailleurs membres de l'espace OHADA, ne connaissaient qu'une seule définition de la cessation de paiements : l'impossibilité pour un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Cette définition avait vocation à s'appliquer à toutes les entreprises sans exception, notamment aux établissements de crédit de la zone CEMAC. La situation était différente dans la zone UEMOA qui avait repris depuis 2007 la définition de la cessation de paiements applicable aux établissements de crédit issue du Code monétaire et financier français, selon laquelle « *sont en état de cessation des paiements, les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché* »<sup>45</sup>.

A partir de l'entrée en vigueur de la loi bancaire de l'UEMOA en 2007, la définition de droit commun n'était plus applicable aux établissements de crédit. Ce n'est qu'en avril 2014 que la définition de droit commun a cessé d'être applicable dans la zone CEMAC. Il faut rappeler que la nouvelle définition proposée par le législateur CEMAC se démarque de celle applicable en droit français et en zone UMOA par la précision sur le délai du terme rapproché. Ainsi, d'après le législateur CEMAC, « *les établissements de crédit sont en état de cessation des paiements lorsqu'ils ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou dans un délai de trente (30) jours* »<sup>46</sup>. Ainsi, les établissements de crédit sont en état de cessation de paiements lorsqu'ils ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou dans un délai de 30 jours. La doctrine a tenté de justifier la spécificité de la définition par le

---

com. 2011, p. 420, obs. VALLENS (J. – L.); JCP E 2011, 1215, note DONDERO (B.) et COURET (A.); *Ibid.*, 1263, n° 1, obs. PETEL (PH.); Gaz. Pal. 1er-2 avr. 2011, p.7, note REILLE (FL.); Dict. perm. diff. entr., mars 2011, p. 2, note ROUSSEL GALLE(Ph.); LEDEN avr. 2011, n° 4, p.1, obs. GORRIAS (S.) et THEVENOT (CH.); RJDA mai 2011, p. 359, rapp. RÉMERY (J.-P.).

<sup>45</sup> Art. 86, loi bancaire UMOA et C. mon. fin., art. L. 613-26.

<sup>46</sup> Art. 86, Règl 02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté. Il est à remarquer l'identité du chiffre de l'article en zone CEMAC et UMOA. A la lecture des deux textes, on s'aperçoit que le législateur CEMAC s'est profondément inspiré de l'architecture du texte de la loi bancaire de l'UMOA. Nous rappelons que les deux zones utilisent le Franc CFA.

rôle des établissements de crédit à savoir la monnaie, et la diversification de leurs activités<sup>47</sup>. Pour mieux s'en rendre compte, certains aspects particuliers des établissements de crédit doivent être abordés permettant de mettre en lumière la cessation de paiements, à savoir le contrat de dépôt bancaire, l'obligation du banquier et la disparition de la notion d'exigibilité au profit de celle de disponibilité dans le cadre des comptes à vue notamment.

Il faut relever que le contrat de dépôt bancaire pose des difficultés de qualification qui ont nourri une controverse doctrinale<sup>48</sup>. Tout d'abord, il est admis que le contrat de dépôt bancaire est un contrat *intuitu personae*<sup>49</sup>. Il repose sur la confiance<sup>50</sup> et l'assurance que l'épargnant a d'entrer en possession de son argent à tout moment. Le dépôt bancaire s'analyse comme un contrat par lequel un déposant remet une chose mobilière à un dépositaire à charge pour lui de la conserver et de la restituer en nature lorsque la demande lui en sera faite<sup>51</sup>. Il ressort de cette définition que le déposant demeure au terme de l'obligation, propriétaire de la chose remise<sup>52</sup>. Or, du fait de la fongibilité de la monnaie, la seule remise de la chose au banquier lui fait perdre sa caractéristique de corps certain et se confond avec le patrimoine du dépositaire<sup>53</sup>. Ce dernier n'est alors tenu que de la restitution par équivalent<sup>54</sup>. Il s'opère une transmutation qui transforme le droit de propriété de l'épargnant en simple droit de créance<sup>55</sup>. L'on a pu déduire alors qu'il s'agit d'un dépôt irrégulier<sup>56</sup>. Cette thèse s'oppose à une position constante de la doctrine qui considère que le banquier devient propriétaire de la chose déposée et devrait pour cela échapper à l'infraction de vol ou d'abus de confiance<sup>57</sup>. Il a donc été proposé une autre qualification du contrat de dépôt bancaire : le prêt de consommation<sup>58</sup>.

<sup>47</sup> S. DIENG, *Procédures de sauvetage et coexistence de normes dans l'espace OHADA : le cas des établissements de crédit*, Thèse Université de Toulouse, 2014, n° 106 et s, pp. 113 et s.

<sup>48</sup>S. PIEDELIEVR et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 272, p. 288.

<sup>49</sup> D. KRAJESKI, *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse Toulouse, 1999, n° 48, p. 33.

<sup>50</sup> La confiance est la matière première de l'industrie bancaire, lire dans ce sens Ch. LEGUEVAQUES, « Les apports des nouvelles règles spécifiques sur les faillites des établissements de crédit », *LPA*, déc. 2003, n° 248, p. 16.

<sup>51</sup> Art. 1915 du Code civil camerounais, lequel est identique en droit français. Il faut souligner que du fait de la colonisation, les Etats africains ont hérité la plupart des législations applicables en France, en l'occurrence le Code civil. Si en France, le Code civil a connu beaucoup de réformes, le législateur camerounais est resté à la traîne en continuant à appliquer le même Code malgré l'évolution de la société.

<sup>52</sup>V. CATILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, 2011, n° 94, *op.cit.* p. 80.

<sup>53</sup>PELTIER (F.), « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », *RDBB*, sept.-oct. 1991, n° 27, p. 75.

<sup>54</sup> H. CABRILLAC, « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », in *Mélanges R. Secrétan*, Université de Lausanne, Montreux, 1964, p. 1.

<sup>55</sup>I. ALASSANE OUSSENI, *Problématique de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>56</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, LGDJ, Paris, 13ème éd., 1992, n° 2361.

<sup>57</sup>*Ibidem*.

<sup>58</sup> J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. 2, Dalloz, Paris, 1966, n° 1640.

Par ailleurs, au-delà de l'obligation du banquier, l'une des singularités du dépôt de monnaie en banque est sa disponibilité *ad nutum*. Les fonds remis au banquier peuvent être des fonds restituables à terme ou constitutifs de dépôts à vue. Il est classique de distinguer le compte à vue, du compte à terme.

Le compte à terme, encore appelé dans la pratique, compte bloqué est celui dont le titulaire ne peut disposer des fonds avant l'expiration d'un délai déterminé, à partir de la date d'ouverture<sup>59</sup>. Par compte à vue, on entend des comptes permettant l'utilisation d'instruments de paiement à vue tels que le chèque, et plus largement le retrait à tout moment sur demande du client et sous réserve des délais de mise à disposition des fonds figurant sur le compte<sup>60</sup>. C'est cette dernière catégorie de compte qui nous intéresse pour démontrer la disponibilité *ad nutum* des fonds remis<sup>61</sup>.

Pour ce qui est de la disparition de la notion d'exigibilité au profit de celle de disponibilité dans le cadre des comptes à vue, il faut observer que les titulaires des comptes à vue sont libres d'effectuer des opérations de retrait à tout moment dans le respect des heures d'ouverture des guichets préalablement affichées et communiquées au public<sup>62</sup>. La spécificité de ce compte vient de ce que le dépositaire n'est pas informé ni du délai, ni du montant de retrait. A cet effet, le banquier, dépositaire doit disposer en permanence des liquidités pour rendre disponibles en permanence les fonds remis. Ainsi, par exemple, le client qui se présente devant un distributeur automatique de billets s'attend à recevoir la quantité de billets qu'il lui est permis de retirer par sa carte bancaire quelle que soit l'heure à laquelle il se présente. De même, dans la limite de la provision disponible, le banquier est tenu d'exécuter les ordres de virement de son client et les paiements ordonnés, sans lui opposer une échéance ou une durée. Il apparaît dès lors que la disponibilité des fonds s'oppose et se substitue à l'exigibilité des engagements du banquier vis-à-vis du déposant. Plus clairement, la notion d'exigibilité disparaît au profit de celle de disponibilité<sup>63</sup>. La créance du client, titulaire d'un compte à vue, ne doit pas être considérée comme une créance exigible, mais plutôt comme une créance disponible. Elle n'est pas soumise à la condition du temps comme les créances ordinaires. Aussitôt que les fonds sont remis au banquier, ils doivent immédiatement être disponibles. Concrètement, le client qui dépose son argent sur son compte, peut décider de le reprendre dans

<sup>59</sup> J-M. NYAMA, *Droit bancaire et de la microfinance en zone CEMAC*, t. 2, CERFOD, 2006, p. 47.

<sup>60</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMA, *op.cit.*, n° 263, p. 277.

<sup>61</sup> S-J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, *op. cit.*, pp. 80 et s.

<sup>62</sup> M-S. FRISON-ROCHE, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *op. cit.*, p. 89.

<sup>63</sup> DIEYNABA SAKHO, *Les droits communautaires des procédures collectives dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 10.

la minute qui suit. Tout se passe exactement comme si le dépositaire n'était qu'un simple gardien de la chose qu'il doit restituer à la première demande du déposant<sup>64</sup>.

En outre, en vertu de l'obligation de tenue d'une comptabilité<sup>65</sup>, toutes les entreprises doivent élaborer les états financiers destinés à retracer l'ensemble de leurs mouvements et à communiquer aux différents intervenants les informations nécessaires sur leur situation patrimoniale<sup>66</sup>.

A ce propos, une banque ne peut arrêter de prêter en utilisant ses ressources qu'elle a l'obligation de rendre disponible à tout moment, c'est l'essence même de son activité. En effet, elle connaît des difficultés parce qu'elle a des actifs non performants, parce qu'elle subit des coûts exagérés ou un excès de charges, mais pas parce que le volume du passif est important<sup>67</sup>. C'est pour pallier à cette distorsion que le régulateur met un accent particulier sur le respect des fonds propres inscrits dans le bilan, lesquels doivent être disponibles et permettre de mesurer la capacité d'un établissement de crédit à faire face aux demandes *ad nutum* des déposants. Il apparaît que pour assurer sa stabilité, une partie des actifs dépend non pas des dettes, mais des fonds propres<sup>68</sup>. Ce qui explique pourquoi le ratio de solvabilité d'une banque se calcule par le rapport du montant des fonds propres avec les concours bancaires. Ce ratio a été jugé insuffisant, c'est pourquoi il a été proposé de nouveaux ratios pour remplacer le *ratio* COOKE en pondérant dans un premier temps, les risques par les établissements de crédit et en y incorporant le risque de crédit, le risque de marché et le risque opérationnel, puis en préconisant de renforcer le niveau et la qualité des fonds propres<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup>E.A. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA*, op. cit., p. 24.

<sup>65</sup> L'article 1 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au Droit Comptable et à l'Information Financière (AUDCIF) dispose que « Toute entreprise au sens de l'article 2 ci-après doit mettre en place une comptabilité destinée à l'information externe comme à son propre usage. A cet effet : elle classe, saisit, enregistre dans sa comptabilité toutes opérations entraînant des mouvements de valeur qui sont traitées avec des tiers ou qui sont constatées ou effectuées dans le cadre de sa gestion interne ; elle fournit, après traitement approprié de ces opérations, les redditions de comptes auxquelles elle est assujettie légalement ou de par ses statuts, ainsi que les informations nécessaires aux besoins des divers utilisateurs ». Il faut souligner qu'à côté du plan comptable OHADA, il existe un plan comptable spécifique des établissements de crédit régi par le Règlement COBAC R-98/01 du 15 février 1998 relatif au plan comptable des établissements de crédit.

<sup>66</sup>S.J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, op. cit., pp. 80 et s.

<sup>67</sup>G. MANCEAU, « La dualité des régimes juridiques », in *La Défaillance d'une banque*, colloque de Deauville organisé les 8 et 9 juin 1996 par l'association Droit et Commerce, RJ com., nov. 1996, p. 9.

<sup>68</sup>I. ALASSANE OUSSANI, *Problématique de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, op. cit., p. 12.

<sup>69</sup> Pour une étude approfondie des ratios, V. Bâle II, « La genèse et les enjeux », *Rév. Éco. Fin.*, n° 73 (4-2003) ; V. également S. LÉBOUCHER (dir.), Bâle III : « Les nouvelles règles passées au crible », *Rev. Banque* éd., Paris, 2010.

Afin d'affirmer la particularité des activités bancaires sur les autres entreprises, le législateur CEMAC, était obligé d'instaurer une définition de la notion de la cessation de paiements plus adaptée pour les banques. Ce dernier est même allé plus loin, contrairement à son homologue français et de l'UEMOA en instaurant une nouvelle conception de la cessation de paiements.

## II-L'EMERGENCE D'UNE CONCEPTION NOUVELLE, SPECIFIQUE AU DROIT BANCAIRE

L'article 86 alinéa 2 du Règlement CEMAC n° 02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dispose que « *tout retrait d'agrément d'un établissement de crédit vaut cessation de paiements* ». Par-là, le droit CEMAC procède à la consécration de la cessation des paiements d'office des établissements de crédit en difficulté (A), en assimilant le retrait d'agrément à la cessation des paiements d'office (B).

### A- La consécration de la cessation de paiements d'office

En droit CEMAC, un établissement de crédit est en cessation de paiements lorsqu'il y a eu retrait de son agrément<sup>70</sup>. En effet, l'activité bancaire est une activité fortement réglementée dans la zone CEMAC et dans toutes les autres régions<sup>71</sup>. Pour l'exercice ou l'accès à cette activité, toute personne est contrainte de se conformer à la réglementation de police spéciale édictée par la loi bancaire<sup>72</sup>. Dans la zone CEMAC, composée de six Etats, le dispositif légal de police spéciale régissant les règles d'accès et de l'exercice de l'activité bancaire ainsi que sa supervision a été harmonisée par la Convention du 16 octobre 1990 portant création d'une Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), complétée par la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la Réglementation Bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale et par le Règlement CEMAC n° 01/00/CEMAC/UMAC/COBAC portant institution de l'Agrément Unique dans la CEMAC du 27 novembre 2000<sup>73</sup>. Ces textes harmonisés posent comme préalable à l'accès et à l'exercice de l'activité bancaire l'octroi d'un agrément. L'article 12 de l'Annexe à la Convention du 17 janvier 1992 dispose que, « *l'exercice, par les organismes de droit local et par les succursales d'établissement ayant leur siège à l'étranger, de l'activité*

<sup>70</sup> J.E. STIGLITZ et A.WEISS, "Credit rationing in market with imperfect information", *op. cit.*, p. 399.

<sup>71</sup> S.J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, *op. cit.*, pp. 72 et s.

<sup>72</sup> M-A. FRISON-ROCHE, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *op. cit.*, p. 86.

<sup>73</sup> Pour les principales raisons ayant milité pour l'institution d'un agrément unique ainsi que les obstacles à cette institution, A. MADJI, « L'institution d'un agrément unique dans la CEMAC : fondements, critères d'admission et défis pour les banques », disponible sur <https://www.beac.int/download/agreuniquecemac.pdf>. Consulté le 21 juin 2021, pp. 39 et s.

*d'établissement de crédit (...) est subordonné à l'agrément de l'Autorité monétaire, prononcé sur avis conforme de la commission bancaire* ». De même que l'établissement de crédit doit être agréé, leurs dirigeants et leurs commissaires aux comptes doivent également être agréés dans les conditions prévues par l'article 20 de la même Convention qui dispose que « *l'agrément des dirigeants et des commissaires aux comptes (...) est prononcé sur avis conforme de la Commission Bancaire* ».

A ce propos, l'autorité monétaire de chaque pays membre de la CEMAC délivre l'agrément pour l'établissement de crédit, pour ses dirigeants et ses commissaires aux comptes, mais aucun de ces assujettis ne peut s'implanter dans un pays membre de la CEMAC ou ne peut exercer dans un établissement de crédit sans l'avis conforme de la COBAC<sup>74</sup>. L'autorité monétaire nationale intervient en amont et en aval de la procédure de délivrance de l'agrément. En amont, l'autorité monétaire de chaque pays membre se charge de fixer le capital minimum qui équivaut à un « ticket d'entrée » dans la profession bancaire<sup>75</sup>, permettant de recevoir les dossiers de demande d'agrément<sup>76</sup> et, en cas d'accord sur la création de l'établissement de crédit, à les transmettre à la COBAC pour instruction<sup>77</sup> ; à définir les conditions d'implantation des réseaux sur le territoire national et à déterminer les catégories dans lesquelles peuvent exercer les établissements de crédit<sup>78</sup>. En aval de la procédure d'octroi d'agrément, l'autorité monétaire nationale délivre, après avis conforme de la COBAC, l'arrêté portant agrément, immatricule auprès du Conseil National de Crédit l'établissement dûment agréé et procède le cas échéant, au retrait de son agrément lorsque l'établissement ne remplit plus les conditions de son agrément<sup>79</sup>. Il apparaît que le rôle de l'autorité monétaire nationale est d'ordre administratif par rapport à celui de la COBAC dont l'avis conforme doit être interprété comme un droit de véto, car étant obligatoirement sollicité. A cet effet, il ne peut être passé outre à son avis.

<sup>74</sup>I. ALASSANE OUSSENI, *Problématique de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, op. cit., p. 22.

<sup>75</sup> Il faut souligner qu'en application du Règlement COBAC R-2009/01 du 1er avril 2009 portant fixation du capital social minimum des établissements de crédit, la COBAC a harmonisé et porté le capital minimum à 10 milliards de FCFA, soit environ 15 millions d'euros. L'article 3 de ce Règlement abroge toutes dispositions nationales contraires qui prévoient un capital social minimum inférieur. Ce texte peut s'interpréter comme une entorse à la compétence reconnue à l'autorité monétaire nationale de fixer le capital social minimum.

<sup>76</sup> Ces dossiers sont reçus en double exemplaire et sont composés : des projets de statuts, de la liste des actionnaires et dirigeants ainsi que leurs pièces justificatives relatives à leur identité, moralité, compétence et nomination, des prévisions d'activité, d'implantation et d'organisation, du détail des moyens techniques et financiers dont la mise en œuvre est prévue etc...

<sup>77</sup> Art.14, Annexe à la Convention du 17 janvier 1992 et Art. 7, Règlement n° 02/15/CEMAC/UMAC/CM modifiant et complétant certaines dispositions relatives à l'exercice de la profession bancaire dans la CEMAC.

<sup>78</sup> Art. 15, Annexe à la Convention du 17 janvier 1992.

<sup>79</sup> J.G. STIGLITZ et A. WEISS, "Credit rationing in market with imperfect information", op. cit., p. 398.

Par ailleurs, la COBAC a essentiellement un rôle d'instruction du dossier d'agrément. De manière générale, elle apprécie l'aptitude de l'entreprise à réaliser ses objectifs de développement dans les conditions requises pour le bon fonctionnement du système bancaire et la sécurité des déposants<sup>80</sup>. Cette instruction consiste notamment à vérifier la cohérence entre la nature des activités projetées et la catégorie d'établissements de crédit sollicitée ainsi que l'adéquation des moyens humains, techniques et financiers envisagés au regard notamment du programme d'activités que le requérant envisage de mettre en œuvre ; s'assurer du respect des dispositions des articles 4<sup>81</sup> et 5<sup>82</sup> du Règlement n°02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM ; évaluer la qualité des actionnaires, des administrateurs, des dirigeants et des commissaires aux comptes ; vérifier l'origine des fonds apportés par les promoteurs pour la constitution du capital initial de l'établissement de crédit ainsi que la capacité des principaux actionnaires à apporter un soutien financier à leur établissement en cas de besoin ; apprécier la solidité de la situation financière prévisionnelle de l'établissement de crédit en rapport avec la stratégie proposée, l'adéquation des fonds propres envisagés au profil de risque, afin de déterminer la capacité de l'établissement à respecter ultérieurement les normes prudentielles ; s'assurer que les structures d'actionariat et de gouvernance de l'établissement de crédit et du groupe auquel il appartient n'empêcheront pas un contrôle efficace, tant sur la base individuelle que consolidée et ne sont pas de nature à entraver, à l'avenir, une mise en œuvre efficace de mesures correctrices ; évaluer les dispositifs de contrôle interne et de gestion des risques que l'établissement de crédit envisage de mettre en place, au regard des risques prévisibles, de la nature, du volume et de la complexité des activités projetées.

L'instauration de la cessation de paiements d'office par le législateur est une innovation majeure en droit des défaillances bancaires, car le retrait d'agrément a été assimilée à la cessation de paiements d'office.

### **B- L'assimilation du retrait d'agrément à la cessation de paiements d'office**

Selon le législateur CEMAC, tout retrait d'agrément d'un établissement de crédit vaut cessation de paiements<sup>83</sup>. Le retrait d'agrément influe sur la qualification de la cessation de paiements. En effet, le retrait d'agrément est prononcé soit à la demande de l'établissement de crédit, soit d'office lorsqu'il ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est

<sup>80</sup> Art. 17, Règlement COBAC R-2016/01 relatif aux conditions et modalités de délivrance des agréments des établissements de crédit, de leurs dirigeants et de leurs commissaires aux comptes.

<sup>81</sup> Cet article traite de l'agrément des bureaux des établissements de crédit ayant leur siège hors de la CEMAC.

<sup>82</sup> Cet article oblige les établissements de crédit à se constituer en SA avec conseil d'administration.

<sup>83</sup> Art.86 al. 2, Règl n°02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté.

subordonné, lorsqu'il n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois ou lorsqu'il n'exerce plus son activité depuis au moins six mois<sup>84</sup>. En combinant ce texte avec celui de l'article 86 du Règlement CEMAC n°02/14/CEMAC/UMAC/COBAC/CM relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté qui dispose sans équivoque que tout retrait d'agrément vaut cessation de paiements, on peut conclure qu'il y a plusieurs cessations de paiements selon le mode et la procédure de retrait d'agrément<sup>85</sup>.

Il faut émettre une réserve quant au champ d'application du nouveau Règlement CEMAC. Ce texte s'applique en matière de difficulté des établissements de crédit. Aussi, conformément à l'article 86 du Règlement CEMAC, l'établissement de crédit en cessation de paiements ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est subordonné<sup>86</sup>. Tous les autres modes de retrait de l'article 17 ci-dessus ne devraient pas être assimilés à la cessation de paiements dans la mesure où l'établissement de crédit n'est pas en difficulté. Certes, dans ces autres cas, l'établissement de crédit peut faire l'objet d'une liquidation, mais il s'agit d'une liquidation amiable ou « solvable »<sup>87</sup>.

Si tout retrait d'agrément vaut cessation de paiements, cela revient à admettre plusieurs cessations de paiements selon la procédure de retrait d'agrément. D'après le législateur CEMAC, la COBAC peut procéder au retrait d'agrément à l'issue d'une procédure disciplinaire ou lorsque l'administration provisoire débouche sur l'impossibilité de rétablir les conditions normales d'exploitation ou encore en cas de clôture des opérations de restructuration spéciale. Dans le premier cas, on parle de retrait d'agrément disciplinaire et dans les deux derniers cas, le retrait d'agrément est dit prudentiel<sup>88</sup>.

L'article 17 de l'Annexe à la Convention du 17 janvier 1992 énonce les différents modes de retrait d'agrément. Il est d'office retiré si l'établissement de crédit ne remplit plus les conditions auxquelles il est subordonné<sup>89</sup>. Cette disposition est la reprise de l'article 19 de la loi bancaire française. Il incombe à la COBAC, en qualité de régulateur de l'activité bancaire, de vérifier si les conditions en question sont respectées. Parmi les conditions que l'établissement de crédit doit respecter, figurent la solvabilité et l'ensemble du dispositif prudentiel. On pourrait

<sup>84</sup> J.E. STIGLITZ et A. WEISS, "Credit rationing in market with imperfect information", *op. cit.*, p. 400.

<sup>85</sup> I. ALASSANE OUSSENI, *Problématique de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>86</sup> S.J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, *op. cit.*, p. 91 et s.

<sup>87</sup> Ch. LEGUEVAQUES, *op. cit.*, n° 528, p. 274

<sup>88</sup> M-A. FRISON-ROCHE, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *op. cit.*, p. 90.

<sup>89</sup> S.J. MEDAMKAM TOCHE, *La sécurité des déposants dans le système bancaire de la CEMAC*, *op. cit.*, pp. 36 et s.

s'apercevoir que la prévention des risques et défaillances bancaires sont fondées sur un principe essentiel, celui de la représentation des fonds propres. Il existe bien d'autres règles, dont le non-respect peut être sanctionné, qui concernent la liquidité, le contrôle interne, la présentation des comptes. Mais le cœur du dispositif prudentiel, ce sont les fonds propres<sup>90</sup>. Le postulat est que tout établissement solvable est à l'abri d'une défaillance et que cette solvabilité est assurée par la représentation des fonds propres, la protection des tiers, ce qui va assurer en définitive la conservation de leurs avoirs, ce sont les fonds propres de la banque qui constituent une réserve de solvabilité. Les résultats vont, le cas échéant, amputer ou améliorer les fonds propres. Les provisionnements sur les actifs et spécialement sur les crédits consentis aux emprunteurs sont consommateurs de fonds propre.

### Conclusion

Techniquement, un établissement de crédit en difficulté ne peut être rapproché aux entreprises commerciales classiques qui seraient en difficulté. La situation économique des établissements de crédit est un élément essentiel. C'est pour cela que, la cessation de paiements n'est pas perçue de la même façon en droit CEMAC et en droit OHADA. Le premier étant considéré comme le droit spécial des établissements de crédit. En droit CEMAC, la cessation de paiements des établissements de crédit peut également résulter du retrait d'agrément.

Par la consécration de la nouvelle définition de la cessation de paiements et l'introduction de la nouvelle conception de la cessation des paiements d'office, la cessation de paiements de droit commun perd son sens et sa portée dans le déclenchement des procédures collectives des établissements de crédit. Il y a éviction de la cessation de paiements de droit commun dans le déclenchement de la procédure de redressement judiciaire en ce sens que le juge saisi doit rechercher si les conditions prévues dans la nouvelle définition applicable aux établissements de crédit sont réunies<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> I. ALASSANE OUSSANI, *Problématique de la performance financière des institutions de microfinance : cas de l'agence PAPME/Bénin*, op. cit., p. 14.

<sup>91</sup> D. PIIH, Thèse, op. cit., p. 167.

**Les particularités de la négociation dans la formation du contrat pétrolier***The particularities of negotiation in the formation of the petroleum contract*Par : \_\_\_\_\_  
Page | 373**OUMAR ALI**Doctorant au Département de Droit des Affaires et de l'Entreprise de  
la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques  
Université de Douala**Résumé :**

*La négociation dans la formation du contrat pétrolier, traduit d'une part l'aspiration des parties en présence à l'autonomie, d'autre part la réhabilitation de la volonté individuelle comme mode de légitimation de la norme. La volonté de la compagnie pétrolière contractante et celle de l'Etat pétrolier s'expriment en effet par une négociation minimale en ce qu'elle ne concerne que certaines clauses du contrat. D'ailleurs, l'Etat et son cocontractant peuvent prendre des marges de manœuvres pour préfigurer le contrat. Cependant, la formation du contrat pétrolier ne se réduit pas à la promotion d'une logique consensuelle. Ce qui justifie le recours à la contractualisation en droit pétrolier, c'est aussi et peut-être surtout, le recours à une certaine procédure d'élaboration des clauses contractuelles. D'une logique consensuelle, on glisse alors vers une logique processuelle contraignante dans la formation du contrat pétrolier.*

**Mots-clés :** Contrat pétrolier, Particularités, Négociation, Formation.

**Abstract:**

*Negotiation in the formation of the oil contract reflects, on the one hand, the aspiration of the parties involved to autonomy and, on the other hand, the rehabilitation of the will as a means of legitimising the norm. The will of the contracting oil company and that of the oil State are in fact expressed through the negotiation of certain clauses of the contract. Moreover, the State and its co-contractor can take some leeway to prefigure the contract. However, the formation of the oil contract cannot be reduced to the promotion of a consensual logic. What justifies the use of contractualisation in oil law is also, and perhaps above all, the use of a certain procedure for drafting contractual clauses. From a consensual logic, one then slides towards a binding processual logic in the formation of the oil contract.*

**Keywords:** Oil contract, Particularities, Negotiation, Contract formation.



## Introduction

Les relations contractuelles en droit du commerce international sont empreintes d'une certaine originalité, comparées aux relations commerciales en droit interne. Ces relations sont pour l'essentiel l'œuvre des professionnels avertis, constituant un milieu fermé et traitant d'affaires importantes ; il a ses données propres, irréductibles aux contrats internes. C'est le domaine d'élection de la *lex mercatoria*<sup>1</sup>. De même, la mondialisation contemporaine des relations d'affaires explique que le droit des contrats internationaux exerce une influence sur les contrats internes. Le commerce international fait naître des clauses qui s'étendent aux contrats internes comme la clause de *hardship*<sup>2</sup>, clause relative à la force majeure temporaire admettant la suspension du contrat,<sup>3</sup> clause d'offre concurrente, clauses relatives à l'intervention d'un tiers régulateur, clauses maintenant certaines obligations après la résiliation du contrat pour empêcher qu'une partie ne tire un avantage sans contrepartie.<sup>4</sup>

Cela étant, on ne peut ne pas noter que contrairement aux autres contrats du commerce international, la plupart de ces aspects dans le contrat pétrolier, qui peut être présenté comme un contrat de concession ou un contrat de partage de production conclu entre l'État et un titulaire pour effectuer à titre exclusif, la recherche et l'exploitation des hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini<sup>5</sup>, sont une émanation de la législation et non de la convention des parties.

Négocier un contrat international est donc plus complexe que négocier un contrat interne de la vie des affaires en raison des particularités même du contrat international. On pourrait tout aussi se risquer à cette affirmation que négocier un contrat pétrolier est plus complexe que négocier tout autre contrat international en raison du déroulement même de la négociation au moment de sa formation. C'est dire que la négociation dans la formation du contrat pétrolier présente des caractéristiques propres qui font ses particularités.

La formation du contrat, selon une division chronologique tout à fait traditionnelle désigne la phase d'élaboration du contrat. Nécessairement préalable à l'exécution à laquelle on l'oppose<sup>6</sup> et séparée d'elle par l'accord de volonté des parties. Elle couvre les pourparlers, du

---

<sup>1</sup> Cette expression désigne les règles aménagées par les professionnels, en matière de contrats internationaux et suivies spontanément par les milieux d'affaires.

<sup>2</sup> La clause de *hardship* est issue de la pratique des contrats internationaux ayant vocation à permettre aux parties de renégocier les termes de leur contrat lorsqu'une modification majeure de l'environnement contractuel intervient.

<sup>3</sup> On ne se résigne pas facilement à la résiliation du contrat lorsque l'usine est à moitié construite ou lorsque des centaines ou des milliers de kilomètres d'un pipe-line placé à grands frais manifestent le plus concrètement possible la permanence que les parties ont voulu donner à leur contrat d'approvisionnement.

<sup>4</sup> C'est le cas par exemple de la clause de confidentialité dans les contrats pétroliers.

<sup>5</sup> Voir article 2 la loi n°99/013 du 22 décembre 1999 portant Code pétrolier du Cameroun.

<sup>6</sup> Voir G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les obligations*, T. 2 : « Le régime », 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1989, n° 104 et s.

premier contact en vue de la conclusion éventuelle du contrat jusqu'à la réalisation de celle-ci par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'opération projetée.

Le contrat pétrolier pour se former, fait généralement l'objet de négociation. La négociation étant appréhendée dans ce cas comme la recherche d'un accord en vue de la conclusion du contrat projetée.

La concertation est ainsi inhérente à la conclusion du contrat pétrolier. La concertation se définit comme « *la recherche en commun, par des personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives* »<sup>7</sup>.

Ainsi il s'agit bien d'une recherche, et celle-ci doit se faire en commun. C'est donc ensemble que les contractants et précisément l'Etat et l'exploitant privé tenteront de chercher et, si possible de trouver une solution aux difficultés précontractuelles inhérentes à la formation et même contractuelles quand elles sont liées à l'exécution du contrat pétrolier projeté. Pour cela, il est nécessaire que les parties coopèrent en évitant d'une part une altération fondamentale de la formation du contrat et en essayant d'autre part de trouver une solution raisonnable pour la détermination consensuelle et de bonne foi des composantes essentielles de leur contrat.

La jurisprudence arbitrale en fournit des exemples. Illustrant l'obligation de concertation à la charge des parties lors des difficultés susceptibles de remettre en cause la conclusion des contrats, dans son paragraphe inutilé « *l'obligation de négocier de bonne foi* », la sentence arbitrale CCI n° 6219 (1990) rappelle que les principes généraux du droit du commerce international impose au parties prenantes l'obligation de se concerter et de coopérer activement pour chercher des moyens propres à surmonter les difficultés en présence<sup>8</sup>.

La coopération dont il s'agit ici est synonyme de collaboration<sup>9</sup>. Elle suppose « un travail en commun »<sup>10</sup> des futures parties au contrat d'autant que l'exécution du contrat s'envisage sur la durée qui permet la réalisation de l'objectif commun des parties. Mainte fois rappelée par la jurisprudence arbitrale, l'obligation de coopération<sup>11</sup> met à la charge des parties

<sup>7</sup> *Vocabulaire juridique*, Capitant, édition 2007, p. 171.

<sup>8</sup> V. la sentence CCI n° 6219 (1990), p. 1047 et s.

<sup>9</sup> Voir Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL- MUNCK, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009, n° 426, p. 213 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris Montchrestien, 2005, n°s54, 55, p. 41 et ss.

<sup>10</sup> *Vocabulaire juridique*, Capitant op. cit. p. 168.

<sup>11</sup> Sur la distinction entre obligation de coopération, d'assistance et de collaboration, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 53, p. 44. Sur l'obligation de coopérer de bonne foi, V. P. BERNARDINI, « Is Duty to cooperate in long- term Contracts a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration ? », in *Transnational Rules in Commercial*

l'obligation<sup>12</sup> de se faciliter mutuellement la conclusion et même l'exécution du contrat. Leur comportement ne devant ni nuire, ni perturber le processus de conclusion, de la conduite de l'exécution du contrat<sup>13</sup>.

Même si cette négociation se veut en principe libre et loyale, c'est-à-dire que les parties sont libres de négocier, mais de bonne foi<sup>14</sup> et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord<sup>15</sup> ; il reste qu'il s'en dégage une complexification légalement imposée du processus de réalisation de l'accord qui densifie la volonté des pouvoirs publics de contrôler la négociation pendant que, la volonté des futurs contractants, elle s'exprime par sillon. Autant dire que la négociation du contrat pétrolier recèle des particularités qui déteignent sur son étendue. Il convient dès lors de saisir ces particularités à travers la question suivante : quelle est la portée de la négociation dans la formation du contrat pétrolier ?

Comme tout « accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »<sup>16</sup>, les contrats, pétroliers ne peuvent ignorer la libre expression des prétentions des parties contractantes dans la formation,

---

*Arbitration*, ICC publication 1993, n° 480/4, pp. 137-146. ; T.E. CARBONNEAU, « Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *Rev. int. dr. Comp.*, 1984, pp. 775 et s.; S. JARVIN, « L'obligation de coopérer de bonne foi ; Exemples d'application au plan de l'arbitrage international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, publication CCI 1986, n° 440/1, pp. 157-179. ; G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique », *DPCI*, 1980 p. 13 et s. ; Y PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, préface G. COUTURIER, LGDJ 1989 ; F OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, préface E. LOQUIN, LGDJ 1982.

<sup>12</sup> Sur la distinction entre devoir et obligation, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 4 et s. pp.4 et s.

<sup>13</sup> Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *J.C.P.* 1988. I. 3318.

<sup>14</sup> B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, éd. Yvon BLAIS, 1998, p. 36.

<sup>15</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 73, pp. 86 et ss.

<sup>16</sup> J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, Chr. XXVII, p. 156. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. D'Eco. Ind.*, 2000, p. 81, notamment n°29, p. 100. J. GHESTIN, V° Contrat, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2000. J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », Rapport de synthèse, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, t. IV, Nantes, 1999, Paris LGDJ-EJA, p.223. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1993, not. n. 4, p. 3 et s., p.212 et s. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, 1981, t. 26, p. 35. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1992, Chr., p. 1. J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 11<sup>e</sup> éd., 2004, n. 79, p. 55 : « convention génératrice d'obligations ». J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, Paris, PUF, 22<sup>e</sup> éd., p. 50. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, n° 12, p. 10. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002, n. 17 , p. 27 et s. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, p. 195 et s. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Paris, Litec , 9<sup>e</sup> éd., 2005, n. 49, p. 34. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, p. 137, n. 60 et s.

l'exécution et éventuellement la résolution des litiges résultant du contrat. C'est dire qu'en matière de contrats pétroliers, et malgré les apparences, la liberté contractuelle<sup>17</sup> reste la règle<sup>18</sup>.

C'est pourquoi la réponse à cette question invite sans doute à relever que malgré l'important balisage de la négociation à travers la réglementation du processus de réalisation de l'accord (II), il persiste tout de même une exigence de ladite négociation que suppose la nécessaire réalisation de l'accord (I).

## **I- L'EXIGENCE DE LA NEGOCIATION A TRAVERS LA NECESSAIRE REALISATION DE L'ACCORD**

Le contrat pétrolier malgré ses nombreuses spécificités reste un contrat. En tant que tel, il ne saurait complètement au moment de son établissement, ignorer la volonté des parties en présence<sup>19</sup>. Cela étant, on note bien une certaine expression de la liberté des contractants dans les pourparlers. Laquelle se consolide un peu plus au moment de l'acceptation du contrat.

Concrètement, la volonté des parties en présence s'exprime dans la fixation des clauses relatives à la durée du contrat et celles relatives à leurs avantages économiques (A). Aussi, l'opérateur pétrolier et l'Etat peuvent prendre des marges de manœuvres pour préfigurer le contrat (B).

### **A- La négociation de la durée du contrat et des avantages économiques des parties**

Que ce soit dans la détermination des clauses relatives à la durée du contrat (1) ou même pour ce qui est de la fixation de ses avantages économiques (2), quelques sillons de libre négociation sont bien consentis aux contractants dans le cadre de la formation du contrat pétrolier.

#### **1- La détermination de la durée du contrat**

Le contrat pétrolier doit couvrir une certaine période qui correspond soit à la totalité soit à une partie du cycle allant de l'exploration, la production jusqu'à l'abandon du champ. La limitation de la période contractuelle dans le temps permet de garantir la diligence des parties au contrat dans l'exécution des obligations mises à leur charge par ledit contrat.

<sup>17</sup> La liberté contractuelle est en relation avec l'autonomie de la volonté, principe philosophique selon lequel la volonté humaine constituerait elle-même sa propre loi.

<sup>18</sup> Voir F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, n° 1252 et s.

<sup>19</sup> Voir R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 451, p. 302 et s.

Il y a en général deux périodes contractuelles, la première recouvrant l'exploration et la seconde le développement des découvertes éventuelles et la production. Mais, il peut apparaître important que le contrat traite de l'ensemble des questions relatives à l'autorisation accordée au titulaire, même si la partie couvrant la production ne se révèle pas nécessaire, en cas d'exploration sèche.

Selon les dispositions du Code pétrolier relatives à la durée du contrat pétrolier, la durée du contrat et les différentes périodes de validité de l'autorisation de recherche, ainsi que les conditions de son renouvellement et de sa prorogation, y compris les clauses relatives à la réduction du périmètre contractuel sont fixés par le contrat pétrolier<sup>20</sup>.

Il se dégage bien de cette disposition du Code pétrolier que les considérations relatives à la durée du contrat sont laissées à l'appréciation des parties. Les parties au contrat pétrolier peuvent et doivent donc négocier sur ces aspects du contrat. C'est dire qu'en principe, le législateur n'impose pas unilatéralement aux contractants la durée du contrat pétrolier. Elle doit être fixée d'accord partie.

Cependant il faut bien rappeler que le contrat pétrolier s'apparente à un contrat d'adhésion<sup>21</sup>. C'est-à-dire un contrat conclu entre deux parties dont l'une ne peut en fait discuter les différentes clauses, et n'a que la liberté d'accepter ou de refuser le contenu global de la proposition de convention<sup>22</sup>. Dans le cas du contrat pétrolier, la compagnie pétrolière apparaît théoriquement comme la partie ne pouvant autant que nécessaire discuter les clauses contractuelles aménagées par l'Etat dont celles relatives à la durée. C'est compte tenu de cette réalité qu'il convient de conclure à une timide expression de la liberté des cocontractants de dans la détermination de la durée du contrat<sup>23</sup> pétrolier qui malgré tout reste soumise à négociation.

## 2- La négociation des avantages économiques du contrat

Les avantages économiques envisagés ici concernent le partage de la rente pétrolière. Dans le cas des contrats de concessions, les points importants à ce propos sont le niveau de la

<sup>20</sup> Voir article 16 et ss. de la loi n° 2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier du Cameroun.

<sup>21</sup> Voir S. GUILLEMARD et D. Édouard ONGUENE ONANA, « Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé », 2007 48 C. de D. 635, 643.

<sup>22</sup> J.-L. BAUDOIN et P. G. JOBIN, *Les obligations*, 6 éd. Par P6G. JOBIN avec la collab. De Nathalie VEZINA, Cowansville éd. Yvon BLAIS, 2005, p. 114 et s.

<sup>23</sup> Voir CH ; JAMIN et D. MAZEAUD (dir.) ; *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

redevance et les différents impôts que le contractant doit payer. Pour le calcul de l'impôt, les taux d'imposition sont bien entendu importants, mais le rythme d'amortissement des investissements de développement et le détail des coûts déductibles de revenu imposable ont également un impact fort sur la rentabilité de l'opération pour le cocontractant. La plupart de ces considérations sont prises en compte par la législation dans les différents segments respectivement prévus à cet effet.

Dans le cas du contrat de partage de production, les causes liées à la rentabilité du projet porteront naturellement sur le partage du *profit oil*, mais aussi sur les coûts récupérables, le *cost stop* et l'étalement éventuel de la récupération du coût du projet. Dans cette finalité, le Code pétrolier dispose que dans le cadre d'un contrat de partage de production, la production d'hydrocarbure est partagée entre l'Etat et le titulaire, conformément aux stipulations dudit contrat<sup>24</sup>. Le titulaire reçoit alors une part de la production au titre du remboursement de ses coûts et de sa rémunération en nature, selon les modalités suivantes.

Selon un rythme défini au contrat pétrolier, une part de la production totale d'hydrocarbures est affectée au remboursement des coûts pétroliers effectivement supportés par le titulaire au titre du contrat pour la réalisation des opérations pétrolières. Cette part ne peut être supérieure au pourcentage de production fixé dans le contrat de partage de production, qui définit les coûts pétroliers récupérables, leurs modalités particulières d'amortissement, ainsi que les conditions de leur récupération par prélèvement sur la production. Le solde de la production totale d'hydrocarbures, après déduction de la part prélevée est partagé entre l'Etat et le titulaire selon les modalités fixées dans le contrat pétrolier.

On peut ainsi très bien voir que la négociation des avantages économiques du contrat est moins ouverte dans le contrat de concession que dans le contrat de partage de production. Dans ce dernier type de contrat, même si le législateur fixe le cadre de la négociation et le balise dans certains cas, la fixation des clauses résultantes de cette négociation incombe en définitive aux deux parties au contrat pétrolier qui à cet effet apprécient les bons et les mauvais points du contrat avant de se déterminer<sup>25</sup>. Mais la liberté de négociation des contractants dans

<sup>24</sup> Voir article 16 alinéa 1 de la loi n° 2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier du Cameroun.

<sup>25</sup> Voir dans ce sens : L. ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47 C. de D. 13, 16.

l'établissement du contrat pétrolier peut aussi se lire sous le prisme des possibilités de préfiguration du contrat qui leur sont reconnues.

## B- La préfiguration consensuelle du contrat

Le délicat problème de la place, du rôle joué par la volonté des personnes impliquées dans le processus de formation du contrat<sup>26</sup> pétrolier en tant que parties trouve aussi un axe de solution dans la préfiguration dudit contrat. L'entrepreneur pétrolier et l'Etat peuvent dans cette perspective soit conclure des pactes (1) soit même procéder à des échanges de promesses (2).

Page | 381

### 1- La conclusion des pactes

Un contrat pétrolier est rarement conclu en un instant. Il est souvent précédé de pourparlers plus ou moins longs, qui ne restent pas toujours informels. Les parties à ces pourparlers ne sont pas encore des contractants, mais elles sont engagées dans un processus où elles ne sont plus vraiment des tiers l'une vis-à-vis de l'autre.

La progression des pourparlers est souvent matérialisée par des écrits<sup>27</sup>, des contrats dits préparatoires<sup>28</sup>, qui formalisent les étapes de la négociation et les points sur lesquels les parties sont arrivées à un accord. Le contrat pétrolier peut donc résulter d'une pluralité de documents contractuels parmi lesquels on retrouve les pactes.

Le pacte de préférence est d'ordinaire, le plus usité dans la préfiguration du contrat pétrolier. C'est une convention par laquelle l'Etat producteur de pétrole s'engage envers une compagnie pétrolière déterminée à ne pas conclure avec un tiers un contrat pétrolier avant d'en avoir proposé la conclusion au bénéficiaire du pacte, c'est-à-dire à ladite compagnie pétrolière.

Si le bénéficiaire du pacte refuse l'offre, celle-ci peut alors être faite à un tiers. Il y a violation du pacte lorsque le contrat pétrolier a été proposé à un tiers avant d'être proposé à la compagnie pétrolière bénéficiaire du pacte. Il en sera de même lorsque le contrat pétrolier a été conclu avec un tiers à des conditions plus avantageuses. Il est bien établi que le contrat conclu en violation du pacte de préférence est annulé lorsque la collusion entre le débiteur dans le pacte

<sup>26</sup> Voir P. LONEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004.

<sup>27</sup> M.-A FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », *Archives de philosophie du droit*, 2000, 44.129.

<sup>28</sup> Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Par J. et S. GAUDET, Montréal, Thémis, 2001, p. 59 et s.

et le tiers est démontrée<sup>29</sup>. C'est dire que le préjudice subi est réparé sur le plan de la responsabilité contractuelle.

Le pacte de préférence demandé et obtenu par le cocontractant de l'Etat exprime bien l'idée des marges de liberté reconnu à ces derniers dans l'établissement du contrat pétrolier. Le cocontractant de l'Etat pouvant par ce procédé consensuel, réduire la grande liberté qui d'emblée est celle de l'Etat dans le choix de son partenaire contractuel.

Une des parfaites illustrations peut être trouvée dans le Code pétrolier quand il établit que si les circonstances exceptionnelles le justifient, notamment pour les zones d'opérations pétrolières particulières, l'autorisation de prospection peut prévoir, pendant sa durée de validité, en faveur de son titulaire un droit de préférence, à conditions équivalentes en cas de conclusion éventuelle d'un contrat pétrolier sur tout ou partie du même périmètre<sup>30</sup>. L'échange des promesses est un autre procédé permettant tout aussi de préfigurer de manière consensuelle le contrat pétrolier.

## 2- L'échange des promesses

Le contrat pétrolier pouvant ainsi résulter d'une pluralité de documents contractuels on y retrouve aussi les promesses. La promesse de contrat est un engagement de contracter dans lequel les points essentiels du contrat définitif sont fixés. Elle peut être unilatérale ou synallagmatique<sup>31</sup>.

Dans la promesse unilatérale, le promettant s'engage à conclure le contrat dès que le bénéficiaire de la promesse lève l'option qui lui est consentie<sup>32</sup>. Le promettant s'engage également à s'abstenir de tout comportement qui serait de nature à compromettre la réalisation du contrat. Le promettant qui ne respecte pas son engagement s'expose essentiellement à une action en responsabilité. Il en va de même du tiers complice.

Dans la promesse synallagmatique, les deux parties s'engagent réciproquement et définitivement sur les termes du contrat dont les clauses essentielles sont déjà déterminées. Le

<sup>29</sup> Tel sera le cas lorsque le tiers a eu connaissance, quand il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2007, Aux jardins de France contre Capasterre ; Civ. 3<sup>e</sup>, 14 février 2007, Serp contre Pharmacie du lion).

<sup>30</sup> Voir article 27 alinéa 4 de la loi n° 2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier du Cameroun.

<sup>31</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, n° 21, p. 37 et ss. ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 22, n° 23, p. 60.

<sup>32</sup> Voir V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses universitaires de France, 1980, pp. 133 et ss.

contrat est en fait déjà conclu, sous réserve de l'accomplissement d'une formalité ou de la réalisation d'une modalité. Tout dépend alors de savoir l'importance attachée par les parties à l'accomplissement de cette formalité ou à la réalisation de cette modalité<sup>33</sup>.

Ainsi on note que selon le législateur, si les circonstances exceptionnelles le justifient, notamment pour les zones d'opérations pétrolières particulières, l'autorisation de prospection peut prévoir, pendant sa durée de validité, en faveur de son titulaire une exclusivité de durée limitée pour conclure un contrat pétrolier sur tout ou partie du périmètre. Une telle exclusivité pourrait bien être analysée comme une promesse unilatérale de contrat pétrolier.<sup>34</sup>

De même selon l'article 40 du Code pétrolier, le titulaire d'une autorisation de recherche qui fournit la preuve de l'existence d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable à l'intérieur de son périmètre contractuel, a le droit de procéder à une exploitation dudit gisement selon les modalités définies par la loi en la matière. Il ressort de cette situation qui est parfaitement assimilable à une promesse synallagmatique de contrat pétrolier qu'en fait, il existe déjà entre les parties un contrat d'exploitation sous réserve de l'accomplissement des formalités nécessaires à cet effet. S'il est un moment pendant l'établissement du contrat pétrolier où la liberté du cocontractant de l'Etat est au maximum de son expression, c'est au moment de l'acceptation du contrat qui en définitive réalise l'accord. Il reste que cette réalisation de l'accord pétrolier est captive d'un processus dont le but inavoué est de circonscrire l'étendue de la négociation dans la formation du contrat pétrolier.

## II-LE BALISAGE DE LA NEGOCIATION A TRAVERS LE PROCESSUS DE REALISATION DE L'ACCORD

Le balisage de la négociation dans la formation du contrat pétrolier exprime clairement la perspective procédurale. A concevoir la réalisation de l'accord pétrolier comme le dénouement d'un processus délibératif, on en vient à considérer que contracter en la matière consiste à prendre une décision : la décision de contracter<sup>35</sup>. Le droit pétrolier offre alors des illustrations topiques de cette approche au regard non seulement de la conception procédurale de la formation du contrat elle-même (A), mais aussi des contraintes environnementales légales

<sup>33</sup> E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », 2002 43 C. de D. 275, 277.

<sup>34</sup> Voir article 23 alinéa 4 in fine de la loi n° 2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier du Cameroun.

<sup>35</sup> F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir), op. cit.

précontractuelles qui prolongent le processus décisionnel et font que la formation du contrat pétrolier ne peut pas être réduite à un accord de volonté (B).

### A- La conception procédurale de la formation du contrat

Page | 384

Dans la formation du contrat pétrolier, il se dégage une sorte de recherche d'une légitimité procédurale qui conduit à développer une autre conception de la formation du contrat, distincte à la fois de la conception volontariste<sup>36</sup> et de la conception solidariste<sup>37</sup> qui lui est souvent opposée. Il ne s'agit de mettre en avant ni la volonté ni la solidarité ou la loyauté contractuelles mais la procédure contractuelle. Ce règne de la procédure contractuelle se manifeste essentiellement par une exigence des autorisations préalables (1) et le respect scrupuleux de la procédure d'obtention desdites autorisations (2).

#### 1- L'exigence des autorisations

L'autorisation est un acte administratif octroyant à son titulaire des droits miniers dans un périmètre déterminé et pour des substances données. En fonction des opérations, l'autorisation relève de la compétence d'une autorité.

Toutes les opérations pétrolières sont soumises au régime d'autorisation distincte en fonction de la nature de l'opération. Autrement dit, ce sont les Codes pétroliers eux-mêmes qui, le plus souvent, conditionnent l'exercice des activités extractives à travers l'exigence d'une autorisation<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> La doctrine libérale, volontariste et individualiste pense qu'en vertu du consentement exprimé les prestations obligationnelles doivent recevoir exécution. Selon elle, l'équilibre contractuel est réalisé par le simple fait de l'acceptation des deux parties de contracter. Elle est donc assise sur le principe de l'autonomie de la volonté. Voir H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in Ph. ARDANT (dir.), *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 643. ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur ROUSSEAU, 1912, p. 44. ; E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la métaphysique des mœurs)*, Paris, Auguste DURAND Libraire, 1835, p. 169, cité par J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, 198. 26. 35, 36.

<sup>37</sup> Fondé sur la primauté du social, le solidarisme substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre celle du contrat comme œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social. Voir L. MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 85 ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Étude GHESTIN*, p. 441, spécial, p. 457 et s ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, PUF, 1999, p. 608, n° 6.

<sup>38</sup> Les applications de cette exigence sont nombreuses en Afrique. En Éthiopie, l'article 7 (1) de la Proclamation n° 678/ 2010 to promote sustainable development of mineral resources prévoit que « no person may undertake mining operations without having obtained the relevant license under this Proclamation » ; au Congo, l'article 10 de la loi n° 4-2005 portant Code minier et en Côte d'Ivoire, l'article 5 de la loi n° 2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier. D'ailleurs, de nombreux codes pétroliers africains définissent la notion de prospection. C'est le cas notamment du Bénin à travers l'article 1 de la loi n° 2006-17 du 17 octobre 2006 portant Code minier et fiscalités minières en République du Bénin ; au Burundi avec l'article 2 (26) de la loi n° 1-21 du 15 octobre 2013 portant

Pour prospecter<sup>39</sup> c'est-à-dire mener les activités de détection d'indices d'hydrocarbures par des méthodes géologiques, géophysiques ou géochimiques à l'exclusion des forages dépassant une profondeur de trois cent (300) mètres<sup>40</sup>, le titre II du décret d'application fixant les conditions d'application de la loi portant code pétrolier du Cameroun en son article 6 précise qu'il faut en adresser la demande au ministre chargé des hydrocarbures. Lequel dans l'organisation gouvernementale actuelle au Cameroun, correspond au ministre des Mines de l'Industrie et du Développement Technologique<sup>41</sup>. L'autorité compétente pour accorder le titre de prospection reste donc l'autorité ministérielle. Il faut noter à ce propos que la phase de prospection est en général considérée comme étant la première étape des opérations minières et pétrolières car elle permet de réaliser les travaux préliminaires d'observation en surface ou des relevés manuels en vue de mettre en évidence des sites susceptibles de présenter un intérêt minier

Plus important que la prospection, l'autorisation de recherche est octroyée par décret présidentiel. Cette autorisation de recherche en cas de découverte des hydrocarbures pour un test de production, le bénéficiaire de l'autorisation de recherche peut solliciter une autorisation provisoire d'exploitation auprès du ministre en charge des hydrocarbures. Son autorisation reste présidentielle. L'exploitation pétrolière étant la finalité des opérations pétrolières, son autorisation se doit d'être l'un des actes les plus encadrées du secteur pétrolier. Cette autorisation relève de l'acte présidentiel né d'un avis technique du ministère en charge des hydrocarbures et cet avis en tout état de cause semble être un avis conforme étant donné que c'est le préalable à l'autorisation d'exploitation. Cette autorisation d'exploitation est hautement

---

Code minier ; en Centrafrique au regard de l'article 1 de la loi n° 09-005 du 29 avril 2009 portant Code minier, en République du Congo, avec l'article 6 de la loi n° 24-94 du 23 août 1994 portant Code des hydrocarbures ; au Gabon, c'est le cas avec l'article 22 de la loi n° 05-2000 portant Code minier ; au Sénégal, c'est aussi le cas avec l'article 11 de la loi n° 2003-36 du 12 novembre 2003 portant Code minier ; au Tchad référence peut être faite à l'article 13 de la loi n° 011-PR-1995 du 20 juin 1995 portant Code minier et en Tunisie, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2003-30 du 28 avril 2003 portant promulgation du Code minier ; en Algérie, c'est l'article 14 de la loi n° 01-10 du 03 juillet 2001 portant loi minière qui en constitue l'illustration.

<sup>39</sup> La prospection peut également s'entendre comme la reconnaissance. Par exemple, il est prévu par les Codes minier et pétrolier de la République de Guinée la délivrance d'autorisations de reconnaissance. V. articles 42 et suivants de la loi n° 2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier et articles 12 et suivants de la loi L/2014/n° 034/AN portant Code pétrolier.

<sup>40</sup> Ainsi pareillement au Code pétrolier de la République du Niger (v. article 28 de la loi n° 2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier du Niger), le Code pétrolier de la République du Cameroun exclut ainsi des opérations de prospection les forages d'une profondeur supérieure à trois cents mètres.

<sup>41</sup> Selon le décret du 9 décembre 2011 portant organisation du gouvernement, le ministre des Mines, de l'Industrie et du Développement technologique est entre autres responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique minière et industrielle du gouvernement. A ce titre, il est chargé de l'élaboration de la cartographie minière, de la protection géologique et des activités minières, de la valorisation des ressources minières, pétrolières et gazières.

encadrée, tenant notamment compte de la superficie, de la protection environnementale et social, des qualités et capacité de l'exploitant.

De manière strictement encadrée, toute autorisation pétrolière reste et demeure un acte administratif unilatéral qui crée des droits et des obligations cumulativement aussi bien pour le bénéficiaire de l'autorisation que pour le pays producteur des opérations pétrolières (exploration, recherche exploitation) et la commercialisation pour y parvenir, le besoin de transport du produit pétrolier s'impose.

Pour procéder au transport du pétrole brut une autorisation s'avère nécessaire. Cette autorisation est appelée autorisation du transport intérieur. Pour obtenir cette autorisation, une demande est introduite auprès du ministre en charge des hydrocarbures pour analyse de certaines conditions conformément aux dispositions du décret d'application du code pétrolier<sup>42</sup>. L'autorisation de transport intérieur est accordée par décret selon les termes et l'esprit de l'article 40 du décret d'application. Toutes choses qui font déduire que l'autorité habilitée à accorder le permis de transport intérieur est le président de la République.

A posteriori, un constat se dégage illustrant l'exercice de la souveraineté de l'Etat dans l'octroi des autorisations pétrolières qui au demeurant requiert une démarche particulière pour en être titulaire.

## 2- La procédure d'obtention des autorisations

La procédure suivie pour solliciter l'autorisation est elle aussi tributaire de la nature de l'autorisation sollicitée. Quand il s'agit d'une autorisation de prospection, la procédure se résume à l'introduction d'une demande auprès du ministre en charge des hydrocarbures dans le respect de la lettre des dispositions de l'article 8 du décret d'application du Code pétrolier.

Cette demande est enregistrée au registre spécial des hydrocarbures suivie de la délivrance d'un récépissé. Cette demande doit comporter les renseignements prévus par l'article 9 du décret d'application selon la nature juridique du demandeur.<sup>43</sup> Une note d'impact sur

---

<sup>42</sup> Voir article 37, 38 et 39 du Décret n°2000/465/PM du 30 juillet 2000, fixant les modalités d'application de la loi n°99/013 du 22 décembre 1999 portant code pétrolier.

<sup>43</sup> La demande d'Autorisation de Prospection comporte notamment les renseignements suivants : si le requérant est une personne physique, les pièces nécessaires à la justification de son identité ; un extrait de casier judiciaire datant d'au plus six (6) mois ou toute autre pièce en tenant lieu ; si le requérant est une personne morale sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, son siège social, son adresse et sa nationalité ; les statuts mis à jour, l'acte de constitution, le montant et la composition du capital ainsi que les trois (3) derniers bilans et rapports annuels certifiés par un expert-comptable agréé ; une liste indiquant les noms des membres du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance, des gérants, des mandataires ou représentants ; les

l'environnement exposant les conditions dans lesquelles le programme général de travaux satisfait aux préoccupations de protection de l'environnement ; une note technique sur la prospectivité de la zone concernée ; tous les documents justifiant une activité antérieure de prospection et la capacité financière du demandeur pour mener à bien les travaux ; une quittance attestant le versement au trésor public des droits fixes pour l'attribution de l'autorisation de prospection.

Lorsque la demande est présentée par plusieurs sociétés agissant à titre conjoint et solidaire, les renseignements concernant le demandeur seront fournis par chacune d'elles.

Lorsque la demande est présentée au nom d'une société en formation, elle doit indiquer les noms et adresses des fondateurs ainsi que les renseignements déjà disponibles et contenir l'engagement écrit de compléter la demande par les renseignements prévus par le texte, dans un délai raisonnable qui sera précisé par le demandeur, une fois la société constituée.

Lorsque les pièces ou informations visées à l'alinéa ci-dessus ont déjà été communiquées pour une demande antérieure, une déclaration écrite du ou des demandeurs en tiendra lieu ; mais, tout changement ou modification intervenus entretemps doivent être signalés, accompagnés des documents justificatifs.

Cette procédure est scrupuleusement entourée des conditions et obligations. Ces exigences non respectées peuvent entraîner le non renouvellement de l'autorisation de prospection qui déjà est accordée pour une courte durée. La procédure d'obtention de l'autorisation de prospection étant essentiellement administrative, l'exercice de cette faculté reste soumis au contrôle par celle-là à la suite des informations servies par le titulaire.

L'article 55 al 1 précise que l'autorisation de recherche quant à elle, est soumise à une demande adressée au ministre en charge des hydrocarbures, demande enregistrée au registre spécial des hydrocarbures avec remise d'un récépissé délivré au requérant. Cette procédure peut aussi suivre la voie de l'appel d'offres avec les conditions contenues dans l'avis de l'appel d'offres. Cette manifestation de volonté tendant à l'obtention de l'autorisation de recherche se

---

pouvoirs du signataire de la demande, les coordonnées et la superficie du périmètre sollicité pour la prospection d'hydrocarbures, accompagnées de la carte géographique à l'échelle 1/200.000<sup>e</sup> de la zone intéressée précisant les limites dudit périmètre ; la durée, le programme général et l'échelonnement des travaux de prospection envisagés sur le périmètre susvisé.

fait dans l'accomplissement des conditions des dispositions de l'article 16 du décret d'application de la loi portant Code pétrolier.<sup>44</sup>

Toutes ces conditions liées à la forme de la société aux capacités financières des actionnaires, leur crédibilité et leur moralité, à leur expérience dans le domaine pétrolier, à la protection de l'environnement notamment, visent simplement les garanties de l'exercice des opérations pétrolières dans un climat d'affaires bien assaini, ceci sous le contrôle de l'Etat producteur du pétrole à travers son administration en charge des hydrocarbures avec faculté d'appréciation des capacités du requérant.

Dans la mesure où les négociations nécessitent une connaissance approfondie dans le domaine pétrolier, le droit positif camerounais relatif au droit pétrolier a prévu l'assistance, mieux encore le pouvoir d'apprécier et de négocier la conclusion du contrat pétrolier au nom de l'Etat par un mandat pour la cause se référant aux contrats-types approuvés par arrêté, conformément aux dispositions de l'article 4 du décret. Aussi, l'autorisation de recherche peut faire l'objet d'un renouvellement ou d'une prorogation dans les conditions des dispositions de l'article 23 du décret d'application du Code pétrolier.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Selon l'article 16 du décret d'application de la loi portant Code Pétrolier, la demande d'autorisation de recherche comporte les renseignements suivants : la raison sociale, la forme juridique, le siège social, l'adresse et la nationalité de la société requérante ; les statuts mis à jours, l'acte de constitution, le montant et la composition du capital ainsi que les trois (3) derniers bilans et rapports annuels certifiés par un expert-comptable agréé ; des documents justifiant que la société requérante possède les capacités techniques et financières ainsi que l'expérience en matière de protection de l'environnement, qui sont nécessaires pour mener à bien les opérations pétrolières ; un résumé de l'activité pétrolière de la ou des sociétés (s) pétrolière (s) requérante (s), particulièrement les justificatifs de l'expérience satisfaisante en tant qu'opérateur de la société pétrolière destinée à être opérateur, notamment des zones et conditions similaires au périmètre demandé et en matière de protection de l'environnement ; une liste indiquant les noms des membres du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance, des gérants et des mandataires ou représentants ; les noms des commissaires aux comptes ; les noms des responsables ayant la signature sociale ; le nom et l'adresse du représentant légal en République du Cameroun de la société requérante les pouvoirs du signataire de la demande ; les coordonnées et la superficie du périmètre sollicité pour la Recherche d'hydrocarbures, accompagnées de la carte géographique à l'échelle 1/200.000° de la zone intéressée, précisant les limites dudit périmètre ; la durée, le programme général et l'échelonnement des travaux de Recherche envisagés sur le périmètre sollicité, ainsi que le budget et le programme de dépenses correspondant ; une étude d'impact environnemental conforme aux dispositions du Titre X du présent décret ; une note technique sur la prospectivité de la zone concernée ; une liste de facteurs constituant le contrôle du Titulaire du Contrat Pétrolier telle que visée à l'article 34 décret ; une quittance attestant le versement au Trésor public des droits fixes pour l'attribution de l'Autorisation de Recherche.

Si la demande concerne une zone terrestre (« onshore »), il sera également joint à la demande, les plans du périmètre sollicité, visés par les services compétents du cadastre.

<sup>45</sup> Selon l'article 23 du décret d'application du Code pétrolier. « (1) le titulaire de l'autorisation de recherche qui en demande la prorogation adresse une demande au ministre chargé des hydrocarbures trente (30) jours au moins avant l'expiration de la période de validité en cours, accompagnée d'un rapport décrivant en cours. A cette demande, est annexé un rapport qui décrit les travaux restant à réaliser, les raisons pour lesquelles le titulaire en sollicite la prorogation et la durée de celle-ci.

(2) L'autorisation de recherche demeure valable jusqu'à l'intervention de l'arrêté du ministre chargé des hydrocarbures sur la demande de renouvellement ou de prorogation de ladite autorisation »

L'alinéa 2 de cet article crée véritablement une possibilité d'attribution de l'exercice du titre par le titulaire, toute chose qui semble faire glisser cette autorisation vers une situation de non contrôle à supposer que la lenteur administrative aidant, le ministre en charge des hydrocarbures ne donne une suite à la demande. Mais la recherche n'étant pas le but final, le processus évoluera inexorablement vers une exploitation en cas de découverte.

Le titre provisoire d'exploitation est réservé au titulaire d'une autorisation de recherche afin de faire face aux tests de production en cours ou envisagée. Une demande est déposée auprès du ministre en charge des hydrocarbures qui joue le rôle d'organe de contrôle pour s'assurer des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l'autorisation provisoire de production accordée par décret présidentiel dans les conditions des articles 26 du décret d'application : « L'autorisation provisoire d'exploiter est accordée par décret du Président de la République. Notification en est faite à la société requérante dans les quinze (15) suivant la date du décret.

Le décret fixe la durée de l'autorisation provisoire d'exploiter et comporte l'approbation du projet, tel que décrit dans la demande, le cas échéant modifié conformément aux dispositions ci-dessus ». L'autorisation provisoire d'exploitation est prévue pour une situation conjoncturelle pouvant permettre d'apprécier la production et envisager l'exploitation proprement dite.

Pour ce qui est de l'exploitation pétrolière, elle est l'opération par excellence des activités portant sur les hydrocarbures. Prospector, rechercher c'est effectivement pour exploiter en vue de commercialiser. L'octroi du permis pour exercer cette opération doit le plus être encadré d'autant plus que c'est cette opération donne le véritable rendement tenant compte de la qualité et de la quantité d'hydrocarbures produites.

La procédure d'autorisation d'exploitation commence par le dépôt d'une demande auprès du ministre en charge des hydrocarbures dans les conditions des dispositions de l'article 27 du décret d'application de la loi portant Code minier « La demande d'Autorisation d'Exploitation est déposée auprès du Ministre chargé des hydrocarbures ... ».<sup>46</sup> Toutes ces

---

<sup>46</sup> Celle-ci est accompagnée des documents et informations suivants : les coordonnées et la superficie du périmètre d'exploitation sollicité, accompagnées d'une carte topographique à l'échelle 1/20.000<sup>e</sup> ou 1/50.000<sup>e</sup> et un mémoire technique justifiant la délimitation du périmètre d'exploitation demandé ; un rapport de découverte, accompagné de tous les documents, informations et analyses, qui mettent en relief le caractère commercial de la découverte. Le rapport de découverte comprend les données techniques et économiques nécessaires ainsi que leurs évaluations, interprétations, analyses et notamment : les données géophysiques, géochimiques et géologiques ; l'épaisseur et étendue des strates productives ; les propriétés pétrophysiques des formations contenant des réservoirs naturels ;

garanties visent à optimiser le rendement économique et financier que l'Etat producteur doit tirer de la ressource pétrolière. L'autorisation d'exploitation est accordée par décret présidentiel à la suite des préalables de vérifications faites par le ministre en charge des hydrocarbures.

Des modifications peuvent intervenir concernant le plan de développement de la production, obligatoirement fourni pour obtenir l'autorisation d'exploitation sous condition d'approbation préalable du ministre en charge des hydrocarbures. Le régime de l'autorisation d'exploitation inclus une possibilité de renouvellement dans les cordes du contenu de l'article 30 du décret d'application du Code pétrolier.

Toutes ces conditions et obligations interviennent dans un cadre légal sous la vérification et le contrôle de l'Etat producteur à travers son administration compétente<sup>47</sup> en la matière comme bien d'autres contraintes relatives à l'environnement

### **B- Les contraintes environnementales légales précontractuelles**

La prise en considération de l'environnement dans les projets pétroliers est devenue une exigence fondamentale en matière de développement durable. Elle s'effectue notamment à travers l'étude d'impact environnemental (1) accompagnée par un plan de gestion de l'environnement (2).

#### **1- L'étude d'impact environnemental**

Le principe de l'étude d'impact environnemental est posé par l'article 67 du décret d'application du Code pétrolier. Selon l'esprit de cette disposition, ne sont soumises à une étude préalable des dispositions à prendre pour l'environnement que pour les projets majeurs comme la prospection, la recherche, l'exploitation et le transport des hydrocarbures. Toutes choses qui

---

les données pression-volume-température ; les indices de productivité des réservoirs pour les puits testés à plusieurs taux d'écoulement, de perméabilité et de porosité des formations contenant des réservoirs naturels ; les caractéristiques et qualité des hydrocarbures découverts ; les évaluations du réservoir et estimations des réserves récupérables d'hydrocarbures, assorties des probabilités correspondantes en matière de profil de production ; l'énumération des autres caractéristiques et propriétés importantes des réservoirs et des fluides qu'ils contiennent ; une étude économique du développement envisagé qui prend en compte l'emplacement de la découverte, les conditions météorologiques, les estimations de coûts d'exploitation, la valorisation prévue des hydrocarbures et autres données ou évaluations pertinentes. Un plan de développement et de production du ou des gisements concernés et le budget correspondant que la société requérante s'engage à suivre. Ce plan comprend les informations suivantes : l'estimation détaillée des coûts d'exploitation ; les programmes de forage ; le nombre et le type de puits ; la distance séparant les puits ; le profil prévisionnel de production pendant la durée de l'exploitation envisagée ; le plan d'utilisation du gaz naturel associé.

<sup>47</sup> Il faut cependant noter que le principe des autorisations connaît quelques exceptions. C'est le cas lorsque les lois nationales donnent à leurs nationaux sous conditions comme l'inexistence d'un droit antérieur, le droit d'exploiter des ressources naturelles sans titre. Par exemple en Ethiopie l'article 7(5) de la Proclamation n° 678/2010 to promote sustainable development of mineral resources prévoit que « any Ethiopian may conduct reconnaissance without having license provided that he does not interfere with the rights of a licensee or any other person ».

cadrent avec l'objet de cette étude. Aussi, les opérations d'une ampleur limitée ne peuvent nécessiter une étude d'impact environnemental que si elles affectent des zones particulièrement sensibles.

Cette étude consiste en l'évaluation de l'action de l'homme sur la nature dans le cadre des opérations prévues, les conséquences prévisibles sur l'environnement, les aménagements qui seront mis en place pour amortir ces actions violentes sur l'environnement, cette étude doit tenir compte des spécificités de l'activité pétrolière telles que énumérées à l'article 70 du décret d'application du Code pétrolier camerounais.

L'étude d'impact environnemental doit être effectuée par des spécialistes de l'environnement. La protection de l'environnement est une problématique hautement importante que ceux qui sont appelés à l'assurer doivent avoir des connaissances spécifiques pour pouvoir l'assurer.

Des connaissances dans divers domaines de la science sont requises telles que la géographie, l'écologie, la botanique, la chimie, la zoologie, la foresterie. L'expert en charge de l'étude d'impact environnemental doit être agréé par le ministère en charge des hydrocarbures. Il est sous-entendu que le titulaire d'une autorisation ou d'un contrat pétrolier peut aussi être l'auteur de l'étude de l'impact environnemental ; ce qui suppose clairement que le titulaire doit avoir des connaissances pointues dans le domaine de la protection de l'environnement en relation avec les opérations pétrolières.

Cette étude d'impact environnemental doit être soumise à l'approbation de l'administration en charge des hydrocarbures. Cette approbation peut être conditionnée à des observations éventuelles de l'autorité compétente qui dispose de trente (30) jours à partir de la notification pour informer le titulaire des modifications à apporter, passé ce délai, l'étude est réputée approuvée. Le texte d'application de la loi portant Code pétrolier n'indique pas le moyen par lequel les observations de l'autorité administrative doivent être faites, cependant, il donne force juridique à l'étude et assez de garanties qui sont prises en amont au lendemain des 30 jours de la notification. Ce qui peut expliquer la déconsidération que l'administration pourrait avoir pour l'intérêt social, écologique, environnemental si on se réfère à son encadrement qui ne semble pas très contraignant.

L'approbation de l'étude de l'impact environnemental relève plus du domaine du ministre en charge de l'environnement, dans le contexte actuel dans l'organisation gouvernemental équivaut au ministère de l'environnement et de la protection de la nature<sup>48</sup>.

La prise en compte de l'effet de l'action de l'opération pétrolière sur la nature requiert un sérieux, avec lequel le dossier d'étude est apprécié à la lumière des textes. A la fin, un certificat de conformité doit être délivré ou bénéfique du titulaire qui peut à partir de cet instant, mettre en œuvre son plan de gestion de l'environnement.

## 2- Le plan de gestion de l'environnement

L'environnement ici est sans contestation aucune l'ensemble d'éléments naturels ou artificiels et des équilibres biochimiques auxquels ils participent ainsi que les facteurs économiques, sociaux et culturels qui favorisent l'existence, la transformation et le développement du milieu, des organismes vivants et des activités humaines tel que le législateur l'affirme à travers la loi relative à la gestion de l'environnement.<sup>49</sup> Le plan de gestion de l'environnement n'est donc pas dans sa teneur strictement réservé aux questions purement environnementales.

Il doit être considéré comme l'ensemble des mesures pratiques permettant d'assurer la bonne gestion de l'environnement<sup>50</sup>. Il s'agit de tenir compte dans la conduite des opérations pétrolières des garanties nécessaires à la protection de la santé de l'environnement. Autrement dit, le principal ici consiste à prévenir les effets nuisibles que les opérations pétrolières pourraient avoir sur l'intégrité et la durabilité des ressources environnementales<sup>51</sup>.

Le plan de gestion de l'environnement identifie ainsi les impacts des opérations pétrolières sur l'environnement et propose des correctifs les plus indiqués. Pour cette raison le plan de gestion de l'environnement doit être suffisamment détaillé. Une description de chacune des étapes dans la conduite des opérations étant requise ; y compris les procédés de réhabilitation du site si celui-ci lui était effectivement octroyé.

<sup>48</sup> Selon le décret du 9 décembre 2011 portant organisation du gouvernement, le ministre de l'environnement et de la protection de la nature est responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique du gouvernement en matière d'environnement et de protection de la nature dans une perspective de développement durable.

<sup>49</sup> Voir article 4 de la loi N°96/12 du 5 août 1996 portant loi cadre relative à la gestion de l'environnement.

<sup>50</sup> F. C. KUISSU KAMDEM, la protection de l'environnement dans l'exploitation minière au Cameroun, Mémoire, université de Yaoundé 2, 2013-2014, p.45.

<sup>51</sup> A. MAIGA MOHAMED, *Les conditions juridiques de l'exploitation des ressources minières dans les Etats de l'Union Economique et Monétaire de l'Ouest- Africaine*, thèse, Aix Marseille Université, 2029, p.11.

Le futur contractant de l'Etat étant de cette façon tenu d'expliquer à son partenaire contractuel les mesures qu'il envisage en vue d'une protection efficace de l'environnement et de ses ressources. Le plan de gestion de l'environnement est soumis pour approbation au ministre en charge de l'environnement en concertation avec le ministre en charge des mines. Une fois cette approbation obtenue, le cocontractant de l'Etat marque un pas vers l'attribution du contrat ou de l'autorisation. Ceci dans la mesure où l'approbation de cette étude est un critère d'attribution du titre minier sollicité.

On peut donc bien voir qu'à la différence de l'étude d'impact environnemental, le plan de gestion de l'environnement n'est pas élaboré en vue simplement d'identifier les risques environnementaux des opérations pétrolières. Il démontre surtout les procédés et les méthodologies de gestion desdits risques. Ces exigences précontractuelles à la charge des contractants illustrent assez bien le primat d'une logique processuelle contraignante sur la logique purement consensuelle concernant la négociation dans la formation du contrat pétrolier.

### Conclusion

Le contrat pétrolier dans sa formation apparaît assis sur une légitimité à la fois consensuelle et processuelle. La légitimité consensuelle renvoie à un contrat fondé sur la volonté des contractants, autant dire à une conception volontariste du contrat. En cela, elle s'accommode parfaitement d'une expression souvent dévaluée parce qu'elle irait de pair avec une approche jus naturaliste du droit : l'autonomie de la volonté. L'expression rend fidèlement compte de la négociation qui dans la formation du contrat pétrolier traduit d'une part l'aspiration des parties en présence à l'autonomie, d'autre part la réhabilitation de la volonté comme mode de légitimation de la norme.

La volonté de la compagnie pétrolière contractante et celle de l'Etat pétrolier s'expriment en effet par la négociation entre autres des clauses relatives à la durée du contrat et celles relatives aux avantages économiques des parties. D'ailleurs, l'Etat et son cocontractant peuvent prendre des marges de manœuvres pour préfigurer le contrat. Dans ce dernier cas, la négociation du contrat pétrolier transite par la conclusion des pactes et des échanges de promesses. De ce point de vue, le contrat pétrolier pourrait ressembler à un instrument par lequel les individus agencent en principe à leur guise leurs rapports.

Pourtant, malgré cette apparence quelque peu trompeuse, la formation du contrat pétrolier ne se réduit pas à la promotion d'une logique consensuelle. Ce qui justifie le recours à la contractualisation en droit pétrolier, c'est aussi et peut-être surtout, le recours à une certaine

procédure d'élaboration des clauses contractuelles. D'une logique consensuelle, on glisse alors vers une logique processuelle contraignante dans la formation du contrat pétrolier. L'exigence des autorisations, en passant par la procédure d'obtention desdites autorisations jusqu'aux contraintes environnementales légales précontractuelles qui prolongent le processus décisionnel de la formation du contrat pétrolier sont des expressions suffisamment significatives qui attestent que la négociation du contrat pétrolier ne saurait se réduire à l'accord de volontés.



## La problématique de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun

*The issue of protecting private foreign investment in Cameroon*

Par:

Page | 395

**Olivier DJAOWE BASGA**

Docteur en droit privé

Université de Maroua (Cameroun)

### **Résumé :**

*Les investissements privés étrangers occupent une place essentielle dans le développement de la société contemporaine. En ce sens, en raison de la multiplicité des flux d'investissements qui ont cours dans le monde, ces derniers méritent d'être préservés. Cela passe par un ensemble de règles qui tendent tant sur le plan substantiel, que sur plan procédural à les garantir. Seulement, au Cameroun, le constat qui se dégage laisse apparaître une situation de contraste dans cette protection. De ce fait, on relève d'une part, une protection substantielle particulièrement étoffée des investissements privés étrangers et d'autre part, une protection procédurale relativement assurée.*

**Mots-clés :** investissements privés étrangers, protection, développement

**Abstract:**

*Private foreign investment plays an essential role in the development of contemporary society. In this sense, because of the multiplicity of investment flows that take place in the world, they deserve to be preserved. This requires a set of rules that tend to guarantee them both on the substantive and procedural levels. However, in Cameroon, the observation that emerges reveals a situation of contrast in this protection. As a result, on the one hand, there is a particularly extensive substantive protection of private foreign investments and on the other hand, a relatively assured procedural protection.*

**Keywords:** Private foreign investment, protection, development



## Introduction

De nos jours, la forte expansion des investissements internationaux est intimement liée à la prégnance de la mondialisation<sup>1</sup>. En réalité, « *le contexte actuel de mondialisation des rapports économiques, au cours des dernières décennies a entraîné pour les gouvernements du monde entier, du moins ceux qui ont opté pour une économie de marché, à placer les investissements étrangers au cœur des politiques gouvernementales* »<sup>2</sup>. De ce fait, ce phénomène<sup>3</sup> conduit à ce que « *l'ouverture des frontières, la globalisation des échanges, l'expansion des relations commerciales, économiques et politiques entre les pays du monde [aboutissent] à une dynamique de croissance de l'investissement international et à un accroissement phénoménal et spectaculaire dans les flux des investissements étrangers* »<sup>4</sup>. Cela découle en réalité du fait que de plus en plus, le secteur privé apparaît comme le principal moteur de la croissance, car, il nourrit et stimule la croissance dès lors qu'un certain nombre de facteurs se combinent pour offrir un cadre favorable à son expansion<sup>5</sup>. À cet effet, dans l'exercice de son activité, les investisseurs revendiquent véritablement une certaine sécurité. Ainsi, cette protection renvoie aux « *règles de prévention, de réparation et de sanction relatives aux risques et aux atteintes portées par les autorités publiques étrangères à l'investissement : il s'agit de préserver l'existence de l'investissement des risques autres qu'économiques et financiers auxquels l'investisseur est exposé* »<sup>6</sup>. En ce sens, la branche du droit qui semble régir ce domaine dans son entièreté est appelée droit international des investissements. En réalité, il n'existe pas clairement un système singulier rattaché au droit international censé régir les investissements internationaux, mais plutôt, « *il existe de nombreux fragments, qui juxtaposés les uns aux autres, peuvent révéler ce que sont les orientations générales du droit international*

<sup>1</sup> Sur les interactions de la mondialisation avec les investissements internationaux, v. FERHAT HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, avril 2004, pp. 367-417.

<sup>2</sup> MEMPHIL NDI (E-P.), *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC : harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 14.

<sup>3</sup> Juridiquement, la mondialisation se traduit par un certain nombre de critères à savoir : «

- *un affaiblissement de la souveraineté de l'État par suite du renforcement des facilités d'établissement, de circulation des personnes, des biens, des services et des facteurs de productions ;*
- *une concordance plus ou moins grande et nette des régimes juridiques applicables aux activités économiques, quel que soit le lieu de leur accomplissement ;*
- *un ensemble de droits et d'obligations communs à tous les acteurs économiques où qu'ils exercent leurs activités (Code de conduite des entreprises) ;*
- *une tendance très nette et constante à la dénationalisation du règlement des conflits de nature juridique (arbitrages et procédures non juridictionnelles) », v. ISSA-SAYEHG (J.), LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA-Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 6.*

<sup>4</sup> ASSI (R.), *Le régime juridique des investissements étrangers au Liban au regard de l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille, 2014, p. 1.

<sup>5</sup> Les dossiers du CAD 2005, *Revue de l'OCDE sur le développement*, vol. 6, n°2, 2005, p. 19.

<sup>6</sup> CARA (J-Y.), « La remise en cause du mécanisme CIRDI de protection des investissements par l'ordre juridique européen », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°160, juin 2020, p. 32.

*des investissements, même si ces orientations générales ne sont pas exemptes de contradictions. Ces orientations générales peuvent se déceler à partir des sources qui fournissent les données essentielles du cadre juridique-sources non conventionnelles et source conventionnelles »<sup>7</sup>. Néanmoins, ce droit apparaît ainsi d'une part, comme un prolongement du droit de la condition des étrangers qui relève d'un fondement éthique et d'autre part, des fondements économiques qui découlent de la volonté de fournir à l'investissement un cadre juridique qui lui permettra sa meilleure utilisation<sup>8</sup>.*

Au demeurant, l'attitude des États a longtemps été ambivalente en ce qui concerne les investissements étrangers sur leur territoire et les investissements nationaux à l'étranger<sup>9</sup>. Cela résulte du fait que les États désirent le plus souvent avoir une main mise sur ce domaine singulier, car il est un élément essentiel pour le développement économique. Toutefois, avant d'aller plus loin dans notre travail, et pour davantage planter le décor, il faut avant tout, s'entendre sur ce que l'on entend par investissement. De manière générale, la notion d'investissement « *est à la fois juridique et économique* »<sup>10</sup>. Néanmoins, « *quelques que soient les divergences, la notion économique et la notion juridique doivent posséder un noyau dur, qui leur est commun* »<sup>11</sup>. Plus particulièrement en droit OHADA, « *le terme « investissement » fait partie de ces quelques termes que les juristes emploient sans les définir. Ce n'est pourtant pas faute d'essayer* »<sup>12</sup>. En outre, selon la jurisprudence (SALINI COSTRUTTORI S.p.A. et ITALSTRADE S.p.A. c/. Royaume du Maroc, affaire CIRDI n° ARB/00/4), l'existence d'un investissement pourrait reposer sur quatre critères spécifiques à savoir : un apport, une certaine durée, une participation aux risques et une contribution au développement économique de l'État d'accueil. À ces critères, la jurisprudence Phoenix action Ltd c/ République Tchèque, CIRDI n° ARB/06/6, sentence du 15 avril 2009 adjoint les critères suivants : « *un apport en nature ou autre, une certaine durée, un élément de risque, une opération tendant au développement économique de l'État hôte, un apport investi dans le respect des lois de l'État hôte, un apport investi de bonne foi* ». Cependant, de l'avis du Professeur Jean-Claude NGNINTEDEM, l'apport de critères nouveaux par la jurisprudence Phoenix « *n'apportent en réalité, aucuns*

<sup>7</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2013, p. 439.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 433-434.

<sup>9</sup> DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET(A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2009, p. 1203.

<sup>10</sup> NGNINTEDEM (J -C.), « Le juge OHADA et l'investissement international », *RDAl/IBLJ*, n°1, 2015 p. 98.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p.465.

<sup>12</sup> MANCIAUX (S.), « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *Revue de l'ERSUMA*, n°1, juin 2012, p. 270.

éléments nouveaux dans la détermination de la notion de l'investissement, au contraire ils contribuent à la complexifier »<sup>13</sup>.

Singulièrement, au sens de la législation camerounaise, la loi n° 2013 / 004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun tel que modifié et complété par loi n°2017/015 du 12 juillet 2017 appréhende l'investissement comme un « *actif détenu et/ou acquis par un investisseur (entreprise, actions, parts de capital, obligations, créances monétaires, droit de propriété intellectuelle, droit au titre des contrats, droits conférés par la loi et les règlements, tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, tous droit connexe de propriété)* »<sup>14</sup>. Il s'apparente ainsi à « *l'action d'acquérir des biens et moyens de productions pour accroître ou fructifier leurs rendements en les plaçant en capitaux dans une activité économique donnée, en vue d'en tirer profit et bénéfice dans un futur proche* »<sup>15</sup>. Ainsi, la protection des investissements renvoie selon les Professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD à « *l'ensemble des principes et règles, de droit interne, comme de droit international, ayant pour but de prévenir ou de réprimer les atteintes publiques, ou commises sous le couvert de l'autorité publique, causent un dommage à l'investissement international* »<sup>16</sup>. À l'évidence, les investissements privés étrangers recèlent un intérêt indéniable pour le développement économique et mérite à cet effet d'être préservée en ce sens ou, ils se sont trouvés à un moment de notre société au centre des passions idéologiques et politiques<sup>17</sup>. Aussi, à la question de savoir quel est l'état de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun ? Il y a lieu de répondre que l'état de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun est contrasté. D'une part, l'on relève une protection substantielle particulièrement étoffée (I) et d'autre part, on constate une protection procédurale relativement assurée (II).

## I- UNE PROTECTION SUBSTANTIELLE PARTICULIEREMENT ETOFFEE

De manière générale, l'un des objectifs du droit international des investissements est de préserver les investissements contre « *l'arbitraire de l'État hôte de l'investissement en offrant une certaine sécurité physique et juridique aux investisseurs contre les potentiels abus ou*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>14</sup> V. art. 3 al. 6 de la n°2017/015 du 12 juillet 2017.

<sup>15</sup> MEMPHIL NDI (E-P.), *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC : harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales*, op.cit., p. 35.

<sup>16</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2013, p. 496.

<sup>17</sup> LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985, disponible sur <https://books.openedition.org/iheid/4192?lang=fr>, consulté le 25 février 2023.

*lacunes de l'État* »<sup>18</sup>. Cela passe certainement par un soubassement substantiel adéquat. De ce fait, au Cameroun, cela se traduit par la prégnance d'un cadre juridique disparate (A), ainsi que par l'existence des mécanismes de protection formellement aménagés (B).

## A- La prégnance d'un cadre juridique disparate

Page | 400

De nos jours, il est nécessaire d'assurer la sécurité des investissements privés étrangers et la liberté de circulation des capitaux dans le sens de l'entrée et de la sortie afin de parvenir à un financement adéquat du développement des États<sup>19</sup>. Afin de protéger l'investissement privé étranger, le Cameroun a fixé un cadre juridique qui résulte de fondements endogènes (1) et exogènes (2).

### 1- Les fondements endogènes de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun

Sur le plan endogène, le Cameroun a procédé à l'adoption d'un certain nombre de règles qui permettent de régir et de protéger les investissements privés étrangers. Ces textes sont ainsi à caractères d'une part, généraux et d'autre part, spécifiques.

De manière générale, ces textes concernent pour l'essentiel, la constitution ainsi que certaines lois camerounaises à l'instar de la loi n° 2015/018 du 21 décembre 2015 ou encore de la loi n°/2007/001 du 19 avril 2007 encadrant l'exécution des sentences arbitrales au Cameroun.

S'agissant de la constitution camerounaise, la protection accordée à l'investisseur privé étranger<sup>20</sup> est consacrée dans son préambule en ces termes « *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, affirme son droit au développement ainsi que sa volonté de consacrer tous ses efforts pour le réaliser et se déclare prêt à coopérer avec tous les états désireux de participer à cette entreprise nationale dans le respect de sa souveraineté et de l'indépendance de l'état camerounais* ». Cela induit en effet une certaine protection à l'investisseur afin de garantir le développement. Cette protection passe également par la garantie du droit à la propriété, car le préambule de la constitution précise que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Nul ne pourrait en*

<sup>18</sup> LARDEUX (T.), *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements, Étude du contentieux CIRDI*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 100.

<sup>19</sup> DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET(A.), *Droit international public*, op.cit.

<sup>20</sup> La doctrine relève singulièrement que la détermination de la qualité d'investisseur soulève deux problèmes majeurs qui se perçoivent d'instrument en instrument à savoir : « - *l'investisseur doit nécessairement posséder la nationalité d'un État autre que l'État sur le territoire duquel il a constitué son investissement. - l'investissement possédant cette nationalité doit se trouver dans une situation juridique qui lui permette de se prévaloir directement des droits que lui reconnaît l'instrument conventionnel* », v. CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, op.cit., p. 482.

*être privé, si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une indemnisation donc les modalités sont prévues par la loi* ». Ce texte semble donc garantir dans son entièreté la protection de la propriété à toutes les personnes établies sur son territoire.

Quant à la loi encadrant les activités commerciales qui se réalise au Cameroun, il a adopté la loi n° 2015/018 du 21 décembre 2015. Par ce fait, cette loi régit toutes les activités commerciales sur son territoire en fixant les conditions d'exercice et les opérations liées à l'activité commerciale. Cette loi participe à la protection de l'investissement privé étranger en permettant à toute personne physique ou morale étrangère qui exerce une activité commerciale au Cameroun de jouir des mêmes droits que ceux qui sont accordés aux étrangers et spécialement, au Camerounais de la même profession dans le pays dont elle a la nationalité<sup>21</sup>.

Pour ce qui est de la loi n°/2007/001 du 19 avril 2007 encadrant l'exécution des sentences arbitrales au Cameroun, elle a pour objectif de fixé les conditions de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales permettant ainsi à l'investisseur étranger de prendre des mesures appropriées afin de garantir la préservation de son investissement.

De manière spécifique, la protection des investissements privés étrangers résulte des règles destinées à garantir l'existence, voire la survie de ces derniers sur le territoire camerounais. Il s'agit alors de la charte des investissements du Cameroun et de la loi sur les incitations à l'investissement.

Relativement à la charte des investissements du Cameroun, elle est issue de la loi n°2002-004 du 19 avril 2002. Cette loi a ensuite été modifiée par la loi n°2004-20 du 22 juillet 2004 et par l'ordonnance n°2009-001 du 13 mai 2009. Cette charte a pour objectif de fournir un cadre encadrant de manière adéquate les opérations liées à l'investissement. Cette charte participe ainsi à la garantie du droit à la justice et à la sécurité aux personnes et à leur bien<sup>22</sup>. Quant à la loi sur les incitations à l'investissement elle résulte de la loi n° 2013 / 004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun a été modifié et complété par loi n°2017/015 du 12 juillet 2017. Cette loi fixe ainsi le régime juridique de certains investissements. Par ce fait, cette loi offre un certain nombre d'avantages qui peuvent être fiscaux en vue d'être plus attractif à l'égard des investisseurs privés étrangers. Toutes ces mesures peuvent être considérées comme des mesures protectrices dans la mesure où, elles

<sup>21</sup> V. art. 8 de la loi n° 2015/018 du 21 décembre 2015.

<sup>22</sup> Les garanties offertes par l'État camerounais aux investisseurs par la charte des investissements sont introduites à l'article 10.

peuvent exonérer l'investisseur étranger de certains risques. Les garanties offertes peuvent ainsi porter sur les incitations financières ou administratives<sup>23</sup> ou sur des incitations fiscales et douanières<sup>24</sup>. De même, la loi sur les incitations à l'investissement offre des mesures qui garantissent à l'investisseur privé étranger des modes amiables de règlement des différends<sup>25</sup> ouvrant ainsi l'accès à l'arbitrage.

## 2- Les fondements exogènes de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun

Les fondements externes de la protection des investissements étrangers relèvent de la ratification de plusieurs traités internationaux et de la conclusion des accords et traités de promotion et de protection des investissements.

Le Cameroun n'est pas resté en marge de la société internationale et a ainsi adhéré à des traités internationaux tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle communautaire. Ainsi, sur le plan des traités internationaux à vocation universelle, le Cameroun a adhéré à certains traités internationaux auquel le que sont : la convention de Washington du 18 mars 1965<sup>26</sup>, la Convention de New York du 10 juin 1958 et la convention de Séoul du 11 octobre 1985. De ce fait, la convention de Washington a institué au sein de la Banque mondiale un nouvel organisme à savoir le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dont le siège a été fixé à Washington. S'agissant de la Convention de Séoul, cette convention a institué l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements dite encore AMGI. Ratifiée par le Cameroun en date du 10 juillet 1988, elle a pour objectif « *d'encourager les flux d'investissement à destination des pays en développement et entre pays en développement eux-mêmes, en délivrant des garanties contre les risques non commerciaux et en menant une gamme étendue d'activités promotionnelles* »<sup>27</sup>. L'objectif de cet organisme pourvoyeur de garantie est d'offrir des garanties y compris par des opérations de coassurance et de réassurance contre les risques non commerciaux<sup>28</sup>, c'est-à-dire les risques politiques et a pour finalité la protection des investissements d'un État membre dans un autre État membre<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> V. Chapitre II du titre II de la loi sur les incitations à l'investissement au Cameroun.

<sup>24</sup> V. Chapitre I du titre II de la loi de 2013.

<sup>25</sup> V. art. 26 al. 1 et 2 de la loi de 2013.

<sup>26</sup> Le Cameroun a adhéré à la convention de Washington le 05 juin 1981 et elle est entrée en vigueur le 03 septembre 1981.

<sup>27</sup> SHIHATA (I), « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, p. 601.

<sup>28</sup> V. art. 2 de la convention de Séoul.

<sup>29</sup> Le préambule de la Convention de Séoul dispose que : « *considérant qu'il est nécessaire de renforcer la coopération internationale pour stimuler le développement économique et d'encourager le rôle joué dans ce développement par les investissements étrangers en général et les investissements étrangers privés*

Sur le plan communautaire<sup>30</sup>, le Cameroun est également membre des organisations tel que l'OHADA et la CEMAC. Dans le cadre de la CEMAC, l'on trouve une charte des investissements qui a pour objectif d'« instituer de nombreux mécanismes visant à offrir des garanties de stabilité politique, juridique et institutionnelles aux investisseurs »<sup>31</sup>. La charte des investissements de la CEMAC définit « le cadre juridique et judiciaire des investissements dans la zone CEMAC, le rôle des États, le partenariat avec le secteur privé, l'environnement de l'entreprise, le cadre fiscal et douanier, le système financier de la CEMAC »<sup>32</sup>. D'autre part, le Cameroun a adhéré à l'OHADA, ce qui a conduit à mettre en place un centre d'arbitrage spécifique<sup>33</sup>. L'objectif de l'OHADA est donc de fixer un cadre juridique favorable qui permet non seulement d'attirer les investisseurs privés étrangers et surtout de les sécurisés<sup>34</sup>.

Par ailleurs, le Cameroun a procédé à la conclusion de plusieurs accords ou traités internationaux de promotion et de protection des investissements. Ainsi, cela suppose de leur

---

*en particulier; Reconnaissant que les apports d'investissements étrangers aux pays en développement seraient facilités et encouragés par une diminution des préoccupations liées aux risques non commerciaux; Souhaitant encourager la fourniture aux pays en développement, à des fins productives, de ressources financières et techniques assorties de conditions compatibles avec leurs besoins, leurs politiques et leurs objectifs de développement, sur la base de normes stables et équitables pour le traitement des investissements étrangers; Convaincus de l'importance du rôle que pourrait jouer dans la promotion des investissements étrangers une Agence Multilatérale de Garantie des Investissements dont l'action viendrait s'ajouter à celle des organismes nationaux et régionaux de garantie des investissements et des assureurs privés contre les risques non commerciaux; et Conscients qu'une telle Agence devrait, dans toute la mesure du possible, remplir ses obligations sans recourir à son capital callable et que la réalisation d'un tel objectif serait facilitée par la poursuite de l'amélioration des conditions de l'investissement ».*

<sup>30</sup> Il convient de relever que plus récemment, le Cameroun a ratifié l'accord portant création de la Zone de Libre-Echange Continentale Africaine en abrégé ZLECAf par le décret n° 2019/586 du 31 octobre 2019. Cet accord auquel le Cameroun souhaite participer milite par exemple à la circulation des capitaux et des investissements et semble en effet promouvoir une certaine protection des investissements.

<sup>31</sup> MEMPHIL NDI (E-P.), *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC : harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales*, op.cit., p. 67.

<sup>32</sup> KENFACK DOUJANI (G.), « Arbitrage et investissements dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 37, avril-mai -juin 2007, p. 4.

<sup>33</sup> POUGOUE (P-G.), « L'arbitrage dans l'espace OHADA », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p.126. Disponible également sur <<http://dx.doi.org/10.1163> ou sur <https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/>, consulté le 07 mars 2023.

<sup>34</sup> Le paragraphe 5 du traité OHADA dispose que le rôle de cet organisme est de : « garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ». Le Professeur Paul Gerard POUGOUE relève à ce sujet que « L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (en abrégé OHADA) est la résultante de trois convictions. En premier lieu, c'est la croyance que l'insécurité juridique et judiciaire est un facteur de ralentissement de l'économie. Le droit peut être une énergie puissante pour propulser le développement, s'il est conçu de manière à attirer les investissements et si le service public de la justice rassure les investisseurs. En deuxième lieu, face à la mondialisation de l'économie, il faut s'unir pour réagir ou résister. Si l'espace juridiquement et judiciairement sécurisé est étendu, alors il constitue un vaste marché potentiel. L'intégration du droit et de la fonction de juger est ainsi une sérieuse modalité pour promouvoir un nouveau pôle de développement. En troisième lieu, la qualité de la justice passe aussi par le développement des modes alternatifs de règlement des différends. Parmi ces derniers, l'arbitrage s'impose de plus en plus comme l'un des modes les plus appropriés en matière d'investissements. Il faut donc promouvoir l'arbitrage. Cette justice d'origine privée apaise les antagonistes d'aujourd'hui qui n'oublent pas qu'ils étaient des partenaires hier et qui souhaitent consolider les relations demain », v. POUGOUE (P-G.), « L'arbitrage dans l'espace OHADA », op.cit., p. 121.

part, le respect des engagements internationaux en matière de traitement des investissements. Ces garanties peuvent résulter soit de sources non conventionnelles et notamment, des principes généraux de droit international, soit de sources conventionnelles, traités ou accords, tant multilatéraux que bilatéraux<sup>35</sup>. En ce sens, les traités bilatéraux d'investissements (TBI) constituent « *un régime d'investissement international qui encadre le droit applicable et les relations contractuelles entre deux États partis au traité* »<sup>36</sup>. Les traités bilatéraux d'investissement, accord de promotion et de protection de l'investissement étranger ou accord de protection des investissements, sont appréhendés par les Professeurs Patrick JUILLARD et Dominique CARREAU comme des traités internationaux qui « *sont conclus sur la base de réciprocité, entre deux États, afin de définir d'accord commun, les principes et règles de traitement et de protection qui régiront les investissements des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante, et de choisir, toujours d'accord commun, les mécanismes qui permettront de régler les différends entre les investisseurs ressortissants d'un État contractant et de l'autre État contractant* »<sup>37</sup>. De ce fait, le Cameroun a procédé à la conclusion de plusieurs traités bilatéraux d'investissement<sup>38</sup>. En outre, il est considéré que le but de la conclusion des TBI est de permettre aux investisseurs privés étrangers d'avoir la garantie d'un cadre normatif stable et de les prémunir contre tout ce risquerait de faire obstacle au bon déroulement de leur activité économique<sup>39</sup>. En effet, à la fin du XXe siècle, les TBI se sont de plus multipliés afin de répondre à la croissance des flux d'investissement direct étranger dans le monde et afin de satisfaire le besoin de sécurité juridique des investisseurs<sup>40</sup>. Ces traités assignent à cet effet le Cameroun au respect des standards de protection contre les mesures discriminatoires à l'égard des investisseurs privés étrangers à l'instar du standard de traitement national et du standard de la nation la plus favorisée ou encore, contre les mesures arbitraires telles que la règle du traitement juste et équitable<sup>41</sup> et de la règle de la pleine et entière protection.

<sup>35</sup> CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 412.

<sup>36</sup> MEMPHIL NDI (E-P.), *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC : harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales*, op.cit., p. 86.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 410.

<sup>38</sup> Le Cameroun a par exemple conclu des TBI avec l'Allemagne, le Canada, l'Angleterre, la Roumanie et les États-Unis.

<sup>39</sup> DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 144.

<sup>40</sup> CARA (J-Y.), « La remise en cause du mécanisme CIRDI de protection des investissements par l'ordre juridique européen », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 160, juin 2020, p. 32.

<sup>41</sup> Cette règle suppose un traitement avantageux à tous et tire ainsi sa substance non pas par rapport au droit interne, mais par rapport à des principes qui sont connus sur la scène internationale, v. FERHAT HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, avril 2004, p. 388.

## B- Des mécanismes de protection formellement aménagés

La protection de l'investissement privé étranger passe également par l'existence des mécanismes de protection formellement aménagés. Ces mécanismes tendent à cet effet à préserver l'investisseur privé étranger contre d'une part, les mesures pouvant entraîner la dépossession (1) et d'autre part, contre les mesures ne pouvant pas entraîner la dépossession (2).

### 1- Les mécanismes tendant à préserver l'investisseur contre les mesures pouvant entraîner la dépossession

Protéger l'investisseur privé étranger contre les mesures pouvant entraîner la dépossession consiste de manière générale à le préserver contre les mesures d'expropriation. En effet, en droit international, les notions d'expropriation et de nationalisation sont soumises à un régime juridique similaire et sont le plus souvent regroupées sous l'appellation unique d'expropriation<sup>42</sup>. Le Professeur Arnaud de NANTEUIL appréhende ainsi la notion d'expropriation comme un « *pouvoir par lequel l'État peut s'emparer d'une propriété, dans l'intérêt public, sans discrimination, et contre le versement d'une compensation adéquate (en fonction des standards prévus par le texte applicable)* »<sup>43</sup>. Tout compte fait, pour être licite l'existence d'une dépossession suppose l'existence d'un certain nombre de critères relatif au préjudice causé qui est censé d'une part, porter atteinte à l'utilisation de la propriété<sup>44</sup>, et d'autre part, à la possibilité de bénéficier des avantages qui en découlent. En outre, cela suppose également le respect des conditions de licéité de la dépossession contenues dans les traités conclus par le Cameroun. Ainsi, pour que l'expropriation soit licite, elle doit remplir certaines conditions qui concernent aussi bien la mesure en elle-même que la procédure d'indemnisation. Relativement aux conditions liées à la mesure, la protection de l'investissement privé étranger est traduite par l'insertion par le Cameroun dans les TBI conclus avec d'autres États des clauses d'intérêt public<sup>45</sup> et de non-discrimination<sup>46</sup>. Quant aux exigences liées à l'indemnisation<sup>47</sup>, la

<sup>42</sup> DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, op.cit., p. 13.

<sup>43</sup> *Ibid.* p. 162.

<sup>44</sup> Le professeur Arnaud DE NANTEUIL relève à ce sujet que c'est le contrôle que le propriétaire peut ou non exercer sur son investissement et à partir du moment où ce contrôle lui échappe, la dépossession est en principe constituée puisque toute utilisation économique de la propriété est rendue impossible, la perte de contrôle de l'investisseur sur sa propriété emporte une dépossession pour la simple raison qu'elle entraîne, nécessairement, une impossibilité matérielle d'exploiter économiquement l'investissement. *Ibid.*, p. 109.

<sup>45</sup> V. art. 6.1 du TBI signé entre le Mali et le Cameroun, Art. 7 du TBI signé entre la Suisse et le Cameroun.

<sup>46</sup> V. art. 10 al. 1 d TBI entre le Cameroun et le Canada.

<sup>47</sup> Aux termes de l' article 7 alinéa 4 du TBI conclu entre le Cameroun et la Suisse, il est prévu qu' « *au cas où une Partie exproprierait ou nationaliserait des biens, droits ou intérêts appartenant à des ressortissants, fondations, associations ou sociétés de l'autre Partie, ou prendrait à l'encontre de ces ressortissants, fondations, associations ou sociétés toutes autres mesures de dépossession, elle devra prévoir le versement d'une indemnité effective et adéquate, conformément au droit des gens. Le montant de cette indemnité sera réglé*

procédure d'expropriation avant d'être réalisée, doit respecter certaines modalités. De ce fait, aux termes de l'article 4 alinéa 3 de la loi n° 85-09 du 4 juillet 1985 il est prévu qu'« *en principe, l'expropriation ouvre droit à une indemnisation préalable* ».

## **2- Les mécanismes tendant à préserver l'investisseur contre les mesures n'entraînant pas la dépossession**

La protection des investissements privés étrangers est étendue également aux mesures qui ne sont pas susceptibles d'entraîner la dépossession. Ces mécanismes visent pour l'essentiel à préserver l'investisseur d'une part, contre les aléas politiques et d'autre part, contre les aléas juridiques. Relativement à la protection contre l'aléa politique, l'État camerounais vise à garantir l'investisseur contre l'aléa politique qui peut résulter des conflits armés et troubles civils, des risques de guerre, de soulèvements et de révolutions, les actes de violence à caractère général, ou toute action militaire ou tout trouble civil, sans pour autant s'étendre aux actes de terrorisme<sup>48</sup> dans tout territoire du pays hôte couvert par la convention<sup>49</sup>. Ainsi donc, au Cameroun, cette garantie tire sa source de son adhésion à l'agence multilatérale de garantie des investissements. De ce fait, la protection contre l'aléa politique est mise en œuvre par l'insertion des clauses de réparation des dommages<sup>50</sup>. En outre, afin de préserver l'investissement de l'aléa juridique, l'on tend à préserver son titulaire de ce risque au travers de l'institution des clauses de protection des avoirs financiers de l'investisseur grâce à l'insertion de la clause de garantie de transfert des revenus des investissements<sup>51</sup> et à travers l'institution des mécanismes de protection contre la modification du cadre juridique du contrat d'investissement<sup>52</sup>.

---

*dans une monnaie transférable et sera versé sans retard injustifié à l'ayant droit. Toutefois, les mesures d'expropriation, de nationalisation ou de dépossession ne devront être ni discriminatoires, ni contraires à un engagement spécifique ».*

<sup>48</sup> V. art. 11 de la convention de Séoul.

<sup>49</sup> V. art. 66 de la convention de Séoul intitulé « *Applicabilité territoriale* ».

<sup>50</sup> Aux termes de l'article 5 alinéa 1 du TBI conclu entre le Cameroun et le Mali, « *les investisseurs d'une Partie contractante dont les investissements réalisés sur le territoire de l'autre Partie contractante ont subi des pertes dues à la guerre ou atout autre conflit arme, révolution, état d'urgence national, révolte, insurrection ou émeute survenus sur le territoire de cette dernière Partie contractante, bénéficieront, de la part de celle-ci, en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou tout autre règlement, d'un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde a ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un quelconque État tiers. Les paiements en résultant seront librement transférables au taux de change applicable à la date du transfert conformément aux règles de change en vigueur* ».

<sup>51</sup> Au niveau national, v. à titre d'exemple l'article 10 de la charte des investissements du Cameroun. Au niveau communautaire, v. article 73 du règlement portant harmonisation de la réglementation des changes dans les États membres de la CEMAC.

<sup>52</sup> Un auteur relève à ce sujet que « *la mise en place d'un cadre stable et prévisible est sans aucun doute essentielle pour espérer un climat favorable à l'investissement étranger dans un territoire d'accueil. De ce fait, les mesures de promotion visant à améliorer ce cadre dont la transparence et l'efficacité administrative, la stabilité du secteur économique et financier ainsi qu'une réglementation cohérente sont des facteurs déterminants* », MEMPHIL NDI (E-P.), *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC : harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales*, op.cit., p. 109.

## II-UNE PROTECTION PROCEDURALE RELATIVEMENT ASSUREE

Afin de favoriser de manière adéquate les flux d'investissements, des avantages économiques et juridiques sont offerts aux entreprises. De ce fait, lorsqu'ils sont juridiques, il s'agira pour l'essentiel de la possibilité donnée aux investisseurs qu'en cas de litige avec l'État, ils puissent mettre en œuvre une procédure face à la justice étatique ou encore, recourir à la justice arbitrale leur assurant ainsi que le litige sera tranché par une instance arbitrale neutre appliquant un droit qui ne sera pas sous l'entière maîtrise de l'État<sup>53</sup>. Cependant, au Cameroun sur le plan procédural, l'on relève d'une part, une protection interne partiellement défailante (A), et d'autre part, une protection externe foncièrement vigoureuse (B).

### A- Une protection interne partiellement défailante

Les défaillances entachant une protection efficace de l'investissement privé étranger résultent d'une part, des facteurs entravant l'accès aux juridictions camerounaises (1) et d'autre part, des facteurs liés aux conditions d'exercice de la procédure judiciaire (2).

#### 1- Une défaillance résultant des facteurs entravant l'accès aux juridictions camerounaises

Au niveau interne, les textes qui encadrent le règlement judiciaire des litiges liés aux investissements sont constitués pour l'essentiel de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire modifiée et complétée par la loi n°2011/027 du 14 décembre 2011, de la loi n° 2006/016 du 19 décembre 2006 fixant organisation et fonctionnement de la Cour Suprême ainsi que la loi n° 2006/018 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs au Cameroun. Ainsi, en cas de litige, ce dernier peut être tranché dans les juridictions inférieures ou dans les juridictions suprêmes.

Relativement aux juridictions inférieures, les litiges peuvent être tranchés soit dans les juridictions de l'ordre judiciaire, ou soit dans celle de l'ordre administratif.

S'agissant des juridictions de l'ordre judiciaire, elles peuvent être soit de premier degré<sup>54</sup> ou soit de second degré<sup>55</sup>. À cet effet, en cas de survenance d'un litige opposant un investisseur privé étranger à l'État camerounais, ce dernier a la possibilité de saisir le juge camerounais de l'ordre judiciaire dans la mesure où il peut être compétent pour connaître des recours contre les

<sup>53</sup> LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, p. 684.

<sup>54</sup> Il s'agit du Tribunal de Première Instance et du Tribunal de Grande Instance.

<sup>55</sup> Il s'agit des cours d'appel qui sont compétentes pour statuer sur les appels formés à l'encontre des décisions rendues par les juridictions de premier degré.

voies de fait administratives et les emprises<sup>56</sup>. À cet effet, il est nécessaire que ces atteintes se concrétisent par l'occupation d'une dépendance immobilière ou par la dépossession du titulaire du droit réel immobilier<sup>57</sup>. C'est en ce sens qu'un auteur relève qu'« *il s'agit de l'un des rares domaines dont le contentieux conduit à traiter l'administration comme si elle n'était qu'un simple particulier. C'est une évidence au Cameroun, car le contentieux de la voie de fait, qui implique inévitablement l'autorité administrative, relève en principe de la compétence du juge judiciaire. Ce type de contentieux s'inscrit ainsi en marge de la logique du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, car, bien que l'administration soit impliquée dans le litige, c'est le juge judiciaire qui est compétent pour statuer sur l'affaire* »<sup>58</sup>.

Quant à la juridiction de l'ordre administratif, il convient de relever que les tribunaux administratifs sont des juridictions inférieures en matière de contentieux administratif<sup>59</sup>. Ainsi donc, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui a pris la décision attaquée<sup>60</sup>. Cependant, l'accès au juge de droit public semble receler quelques défaillances de nature à dissuader l'investisseur privé étranger. En effet, afin d'effectuer un recours devant le tribunal administratif, il faut au préalable saisir l'administration par un recours gracieux préalable devant l'auteur de la décision. En ce sens, le recours devant la juridiction administrative n'est recevable qu'après rejet d'un recours gracieux adressé à l'autorité auteur de l'acte attaqué ou de l'autorité statutairement habilitée à représenter la collectivité publique ou l'établissement public en cause<sup>61</sup>. À côté de cela, il est prescrit une exigence de délai qui permet de recourir au juge de droit public. Par exemple en cas de recours gracieux, il doit être, sous peine de forclusion être formé dans les trois mois de la publication ou de notification de la décision attaquée et en cas de demande d'indemnisation, dans les six mois suivant la réalisation du dommage ou sa connaissance<sup>62</sup>. Qui plus est, pour pouvoir saisir le juge, sous peine de forclusion, les recours contre les décisions

---

<sup>56</sup> Cela est introduit à l'article 3 de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs en ces termes : « (1). *Les tribunaux de droit commun connaissent, conformément au droit privé, de toute autre action ou litige, même s'il met en cause les personnes morales énumérées à l'article 2, la responsabilité desdites personnes morales étant à l'égard des tiers, substituée de plein droit à celle de leurs agents auteurs des dommages causés dans l'exercice même de leurs fonctions.* (2) *Ils connaissent, en outre, des emprises et des voies de fait administratives et ordonnent toute mesure pour qu'il y soit mis fin. Toutefois, il est statué par la Chambre Administrative de la Cour Suprême sur l'exception préjudicielle soulevée en matière de voie de fait administrative et d'emprise* ».

<sup>57</sup> CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15<sup>e</sup> édition, 2001, p. 866.

<sup>58</sup> BIPELE KEMFOUEDIO (J.), « L'administration camerounaise dépouillée de ses prérogatives de puissance publique devant le juge judiciaire, Regard sur la jurisprudence en matière de voie de fait administrative », *Les Annales de droit*, 12 | 2018, p. 32.

<sup>59</sup> V. art. 2 de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006.

<sup>60</sup> V. art. 5 al. 2 de la loi n°2006/022 précitée.

<sup>61</sup> V. art. 17 de la loi n°2006 / 018 du 29 décembre 2006 sur les tribunaux administratifs.

<sup>62</sup> *Ibid.*

administratives doivent être introduits dans un délai de soixante (60) jours à compter de la décision de rejet du recours gracieux<sup>63</sup>. En ce sens, les défaillances résultent des entraves émanant des conditions d'accès tiré de la nature de la contestation. Ainsi, l'accès des investisseurs privés étrangers à la justice peut se retrouver restreint du fait que certains actes de l'administration peuvent se soustraire au contrôle de la justice. À cet effet, la doctrine relève qu' « un grand nombre d'action du pouvoir politique et des administrations échappe au contrôle du juge parce qu'elles font partie de ce que l'on appelle le pouvoir discrétionnaire »<sup>64</sup>. Tel est ainsi le cas des actes de gouvernement<sup>65</sup> qui ne peuvent pas être justiciables. Ce principe est précisé à l'article 4 de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006, fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs en ces termes : « aucune juridiction ne peut connaître des actes de gouvernement ». En principe, « les actes du pouvoir exécutif ne sont pas tous des actes d'administration ; plusieurs sont des actes de gouvernement, et échappent, à ce titre, à tout recours devant la juridiction contentieuse. Celle-ci n'est en effet instituée que pour juger les décisions de l'autorité administrative, non celles de l'autorité gouvernementale qui ne relève que d'elle-même, des Chambres et du pays »<sup>66</sup>.

Quant aux juridictions suprêmes, ces dernières ont pour rôle de réaliser l'unification dans l'interprétation des règles de droit<sup>67</sup>. Elles sont constituées au Cameroun de la Cour suprême et de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). S'agissant de la Cour suprême, cette dernière apparaît comme le juge du contentieux administratif et donc des litiges pouvant opposer un investisseur privé étranger à l'État camerounais. En effet, la Cour suprême est considérée comme la plus haute juridiction au Cameroun en matière judiciaire, administrative et des comptes<sup>68</sup>. À cet effet, lorsqu'un litige intervient entre un investisseur privé étranger et

<sup>63</sup> V. art. 18 de la loi sur les tribunaux administratifs.

<sup>64</sup> MOYRAND (A.), « Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 43, n°4, octobre-décembre 1991, p. 871.

<sup>65</sup> Le vocabulaire juridique considère que l'acte de gouvernement est une « dénomination appliquée à un certain nombre d'actes émanant des autorités exécutives et dont la caractéristique commune est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue (de tels actes ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'État par la voie contentieuse). (D'abord justifiée par la théorie dite du mobile politique, la catégorie des actes de gouvernement a été ultérieurement réduite, faute d'un critère spécifique, à une simple énumération dont le contenu n'a cessé de se restreindre ; cette restriction a permis de reconnaître dans les actes de gouvernement, sinon l'expression d'une \*fonction gouvernementale distincte de la \*fonction administrative, du moins des actes qui, d'une part, se rattachent aux rapports entre les pouvoirs exécutifs et législatifs, d'autre part, intéressant les relations extérieures, mettent en cause, dans le cadre du Droit international, les rapports du pouvoir exécutif avec les puissances étrangères ou les organisations internationales.) », v. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> édition (version électronique), 2018, p. 81.

<sup>66</sup> LAFERRIERE (E.), « Chapitre II – Actes de gouvernement », *Revue générale du droit*, numéro 52399, 2020, disponible sur ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52399](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52399)), consulté le 20 février 2023.

<sup>67</sup> KALIEU ELONGO (Y-R.), « Organisation judiciaire du Cameroun », in ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire Quinquennal OHADA 2006-2010*, Tome 1, p. 104.

<sup>68</sup> V. art. 2 de la loi n° 2006/16 du 27 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour

l'État camerounais, la chambre administrative de la Cour suprême peut se trouver compétente pour résoudre le litige. De ce fait, la mission des juges de la Cour suprême est de connaître des décisions résultant de l'incompétence, la dénaturation des faits de la cause ou des pièces de la procédure ; du défaut, de la contradiction, de l'insuffisance des motifs, du vice de forme, de la violation de la loi, du détournement de pouvoir et de la violation d'un principe général de droit<sup>69</sup>. À cet effet, la chambre administrative de la Cour suprême est compétente pour connaître des appels formés contre les décisions rendues en matière de contentieux des élections régionales et municipales, des pourvois formés contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions inférieures en matière de contentieux administratif, et des exceptions préjudicielles soulevées en matière de voie de fait et d'emprise devant les juridictions inférieures en matière de contentieux administratif<sup>70</sup>. Pour ce qui est de la CCJA, cette dernière est l'une des institutions spécialisées de l'OHADA, et est chargée de l'interprétation et de l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions<sup>71</sup>. Son rôle consiste « *essentiellement à réguler, orienter et unifier les applications et les interprétations du droit de l'OHADA par les juridictions nationales, les États membres et les organes de l'OHADA* »<sup>72</sup>. Ainsi, « *d'une part, [elle est] juge de cassation, [car] la CCJA unifie et oriente l'interprétation et l'application du droit Ohada par les juridictions nationales inférieures. D'autre part, [elle est] juge des conflits, [car] la CCJA veille au respect de la délimitation des compétences entre elle-même et les Cours suprêmes nationales* »<sup>73</sup>. De manière spécifique à la CCJA, l'une de ces défaillances résultant de facteurs entravant son accès peut résulter de son éloignement, car son siège se trouve à Abidjan en Côte d'Ivoire. Cela pourrait donc apparaître comme une difficulté majeure pour accéder de manière adéquate à cette juridiction.

## **2- Une défaillance résultant des facteurs liés aux conditions d'exercice de la procédure judiciaire**

---

Suprême.

<sup>69</sup> V. art. 35 de la loi n°2006/016 du 27 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême.

<sup>70</sup> V. art. 38 de la loi n°2006/016 du 27 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême.

<sup>71</sup> V. art. 14 du Traité OHADA.

<sup>72</sup> LEVOA AWONA (S-P.), « Cour commune de justice et d'arbitrage », in POUGOUE (P-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, p. 587.

<sup>73</sup> LEVOA AWONA (S-P.), « La Cour commune de justice et d'arbitrage et l'effectivité du droit de l'Ohada », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, juillet 2019, var. 6, p. 1.

L'exercice d'une procédure devant les juridictions étatiques camerounaises est susceptible d'être défaillant du fait des entraves liées au climat d'insécurité juridique<sup>74</sup> qui est susceptible de prévaloir et a une certaine lenteur dans l'exercice de la procédure judiciaire. Relativement aux entraves liées à la lenteur, il convient de relever que la réticence des investisseurs privés étrangers de recourir à la justice étatique dans les opérations tendant à garantir la sécurisation de leur investissement résulte de la prégnance des délais qui peuvent être assez long, pouvant ainsi étendre le temps des différentes procédures devant les juridictions. Or, l'investisseur privé étranger étant à la quête du profit, il souhaite généralement une certaine célérité afin de rentabiliser effectivement son investissement et ainsi jouir pleinement des avantages y afférents. De même, devant la juridiction de l'OHADA, le délai de la procédure est souvent long et surtout, en cas de pourvoi en cassation et de renvoi devant les juridictions nationales, les parties ne peuvent généralement plus évoquer des moyens nouveaux<sup>75</sup>. Quant au climat d'insécurité juridique prévalant devant les juridictions étatiques, il est considéré qu'en Afrique, le pouvoir étatique est fortement « *personnalisé* »<sup>76</sup> et « *qu'il est davantage perçus comme un instrument dont il faut se méfier que comme une institution capable d'assurer la protection des populations* »<sup>77</sup>. En ce sens, cette situation est de nature à dissuader les investisseurs privés étrangers de recourir au règlement judiciaire interne des litiges liés aux investissements. En outre, une certaine réticence des investisseurs privés étrangers de soumettre leurs différends aux juges internes résulte également du constat fait par les politiques et les opérateurs économiques que l'insécurité judiciaire a entraîné indubitablement une perte de crédit à l'endroit des juridictions étatiques<sup>78</sup>.

### **B- Une protection internationale particulièrement vigoureuse**

L'existence, voire la survie de l'investissement privé étranger passe également par une protection internationale efficace. Ce mécanisme passe généralement par l'existence d'un

---

<sup>74</sup> Il convient de relever que l'investisseur privé étranger est en quête permanente de sécurité juridique. Le Professeur Paul Gerard POUGOUE appréhende ainsi la sécurité comme « *un état résultant de l'absence d'une impression de danger, en d'autres termes la situation objective correspondant à l'absence réelle de danger* », POUGOUE (P-G.), « Les figures de la sécurité juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 4, n°1, 2007, p. 1.

<sup>75</sup> MANIONGUI (J.), *La protection des investissements privés étrangers au Congo Brazzaville*, mémoire de Master professionnel en Science politique, Université Paris 13 Nord, 2011-2012, p. 46.

<sup>76</sup> MOYRAND (A.), « Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 873.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> BELIBI (J.), KENFACK DOUAJNI (G.), « Le juge d'appui dans l'arbitrage OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial, novembre-décembre 2011, p. 60.

cadre adéquat à l'arbitrage<sup>79</sup>. Au Cameroun<sup>80</sup>, l'investisseur privé étranger a la possibilité de recourir à l'arbitrage<sup>81</sup> OHADA<sup>82</sup> ou à celle du CIRDI. En ce sens, à travers le « *droit de l'arbitrage international, se dessine en filigrane la politique d'ouverture d'un pays au capitaux extérieurs* »<sup>83</sup>. Cela se justifie à travers des nombreux avantages que ces derniers offrent. À cet effet, la protection de l'investissement privé étranger est fondée d'une part, sur les garanties d'honorabilité offerte par la justice arbitrale (1), et d'autre part, sur les garanties d'efficacité offerte par la justice arbitrale (2).

### **1- Une protection fondée sur les garanties d'honorabilité offerte par la justice arbitrale**

L'un des atouts majeurs de la justice arbitrale résulte des garanties d'honorabilité offertes. Cela passe par le respect d'une certaine confidentialité<sup>84</sup> et des exigences d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de la mission des arbitraires chargés de trancher le litige opposant l'investisseur privé étranger à l'État. S'agissant de l'obligation de confidentialité, ce principe est ancré dans toutes les institutions arbitrales auxquelles le Cameroun participe. En ce sens, aux termes du règlement d'arbitrage CIRDI par exemple, avant d'entrer en fonction, les arbitres sont tenus de prendre un engagement en ces termes : « *je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi*

<sup>79</sup> Généralement, l'on distingue l'arbitrage ad hoc de l'arbitrage institutionnel. Ainsi, un arbitrage est dit ad hoc quand il « *ne met en présence que les arbitres et les parties en dehors de toute institution permanente d'administration de l'arbitrage* ». En revanche, il est dit institutionnel lorsqu'il « *est administré par une institution spécialisée d'arbitrage selon son règlement* », v. MEYER (P.), *OHADA, Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit uniforme africain, 2002, p. 28

<sup>80</sup> De manière générale, dans les pays de l'espace OHADA, « *le droit de l'arbitrage a depuis longtemps évolué sur une summa divisio : arbitrage interne et arbitrage international ou plus précisément de droit international privé qu'il faut distinguer de l'arbitrage de droit international qui met en présence des sujets de droit international public ; de l'arbitrage mixte ou transnational qui met en présence un État, sujet de droit international public, et une personne privée, par exemple dans les contrats d'État pour lesquels a été mis en place le système CIRDI ; de l'arbitrage anational ou délocalisé qui est détaché des systèmes juridiques étatiques sans relever pour autant du droit international public, le droit applicable étant celui forgé par la pratique ou une institution permanente d'arbitrage à caractère privé à l'instar de la Chambre de commerce internationale (CCI) (...)* », v. POUGOUE (P-G.), « *L'arbitrage dans l'espace OHADA* », *op.cit.*, p. 139.

<sup>81</sup> La notion d'arbitrage renvoie en principe à un « *mode privé de règlement des litiges sur la convention des parties ; il se caractérise par la soumission d'un litige à des simples particuliers choisis par les parties, directement ou indirectement* », v. TCHAKOUA (J-M.), « *Arbitrage selon l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* », in POUGOUE (P-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, p. 237.

<sup>82</sup> Dans le cadre de l'OHADA, « *trois instruments de l'OHADA régissent l'arbitrage : le Traité créant l'organisation (plus précisément le Titre IV de ce Traité), le règlement d'arbitrage de la CCJA, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* », *Ibid.*, p. 126.

<sup>83</sup> NGWANZA (A.), « *Le Cameroun et l'arbitrage international* », in ATANGANA AMOUGOU (J-L.) (dir.), *Le Cameroun et le droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 86.

<sup>84</sup> La doctrine relève particulièrement que la notion de confidentialité a une acception plus large que celle du secret, car il faut considérer que « *toute les informations secrètes sont subordonnées aux obligations de confidentialité alors que l'inverse n'est pas tout à fait vrai* », v. AKONO (A-R.), « *Droit OHADA et mode alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence* », *Horizons du droit - Revue de l'Association française des docteurs en droit*, bulletin n°11, janvier 2020, p. 29.

que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal »<sup>85</sup>. En d'autres termes, il s'agit de tenir confidentiel l'ensemble du déroulement et du dénouement de l'instance arbitrale. De ce fait, en cours d'instance dans le cadre du CIRDI, il est prévu que les délibérations du Tribunal ont lieu à huis clos et doivent demeurer secrètes<sup>86</sup>. Qui plus est, seules les personnes habilitées à connaître des affaires prennent part aux délibérations et aucune autre personne n'est admise sauf si le Tribunal en décide autrement<sup>87</sup>. Dans le cadre de l'arbitrage CCJA, son règlement précise explicitement que : « la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que toutes réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par celle-ci à l'occasion des procédures qu'elle administre »<sup>88</sup>. À ce sujet, la doctrine relève que cette obligation de confidentialité a des incidences tant sur le plan matériel, que sur le plan personnel. Sur le plan matériel, « on note une double composante à savoir d'une part, la confidentialité des audiences proprement dites qui renferme plusieurs éléments dont : la confidentialité de l'existence de l'arbitrage, celle de tous les documents et pièces échangés pendant l'instance, du délibéré. Schématiquement, la confidentialité des audiences interdit aux intervenants à l'arbitrage de révéler l'existence de la procédure arbitrale. Il fait aussi obstacle à ce que les parties rendent publics les documents produits par l'adversaire au cours de l'instance : mémoires, correspondances, notes écrites ainsi que toutes pièces annexes »<sup>89</sup>. Sur le plan personnel, « tous les acteurs de l'arbitrage y sont assujettis. Par acteurs de l'arbitrage, on entend toute personne ou institution concourant à la procédure arbitrale telle que les arbitres, les parties, leurs conseils, les secrétaires administratifs, les témoins, les experts, les centres d'arbitrage, les autorités de désignation ou encore les tiers financeurs sans que la liste soit limitative »<sup>90</sup>. Quant à l'article 18 de l'AUA<sup>91</sup>, il est précisé que « les délibérations du tribunal sont secrètes ». En ce sens, la confidentialité apparaît comme

<sup>85</sup> V. art. 6 (2) du règlement CIRDI.

<sup>86</sup> V. art. 15 (1) du règlement CIRDI.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> V. art. 14 du règlement d'arbitrage CCJA.

<sup>89</sup> TSAFACK DJOUMESSI (C-C.), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 593.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Il convient de relever que bien que l'arbitrage d'investissement « ne soit pas non plus nouveau dans l'espace OHADA, car bien que non consacré formellement par l'AUA de l'OHADA, il était pratiqué et le centre d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) a dû trancher des affaires d'investissements. Mais, avec le nouvel Acte uniforme, l'OHADA passe un cran au-dessus pour prévoir ce type d'arbitrage de façon très solennelle. C'est peut-être dans le souci de se hisser aux standards des autres centres internationaux en la matière », v. TALFI IDRISSE BACHIR, « Nouveaux champs de pratique et droit OHADA : l'arbitrage des investissements », *La lettre juridique*, octobre 2018, disponible sur <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/48414706-le-point-sur-nouveaux-champs-de-pratique-et-droit-ohada-l-arbitrage-des-investissements>, consulté le 1<sup>er</sup> mars 2023.

« un principe qui gouverne toute procédure arbitrale et la distingue de la procédure devant une juridiction étatique où s'applique à l'inverse la règle de la publicité des débats »<sup>92</sup>.

Quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres, que l'on soit dans l'arbitrage OHADA ou dans l'arbitrage CIRDI ces principes sont formellement consacrés. En ce sens, aux termes de l'article 4 (1) du règlement d'arbitrage de la CCJA, il est établi que : « tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ». Ce texte poursuit ainsi en précisant que l'arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité<sup>93</sup>. De même, au niveau de l'arbitrage CIRDI, les arbitres sont tenus de prendre des engagements en ces termes : « je m'engage à juger les parties de façon équitable, conformément au droit applicable, et à ne pas accepter d'instructions ou de rémunération relativement à l'instance, quelle qu'en soit l'origine, à l'exception de celles prévues à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États et aux règlements adoptés en vertu de ladite Convention »<sup>94</sup>. En ce sens, « en offrant des tribunaux indépendants chargés d'appliquer le droit, ou de statuer en équité, le CIRDI participe par sa simple existence à la sécurité juridique, notamment sur l'aspect de la sécurité par le droit »<sup>95</sup>. L'indépendance renvoie ainsi dans son acception la plus primitive et la plus universelle à l'idée de liberté et d'autonomie, et est intimement liée à l'absence d'autorité<sup>96</sup>. À cet effet, cela permet ainsi aux parties de bénéficier des garanties offertes par les exigences d'un procès équitable<sup>97</sup>.

## 2- Une protection fondée sur les garanties d'efficacité de la justice arbitrale

L'exercice de l'arbitrage nécessite une certaine maîtrise. En ce sens, l'utilité de l'arbitrage s'apprécie au regard de ses traits attractifs par rapport à la justice étatique, car elle a l'avantage d'être confidentielle, d'avoir un cout relativement maîtrisé, une certaine rapidité, une technicité singulière, une autorité de la sentence arbitrale et une exécution facilitée de cette sentence<sup>98</sup>. À cet égard, l'arbitre doit avoir une certaine maîtrise de cet exercice. En ce sens, on est arbitre « (...) parce qu'on cultive les valeurs de cette médecine douce au service des parties qui sont des partenaires et non des antagonistes qui se déchirent, parce qu'on a une connaissance

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> V. art. 4 (2) du règlement d'arbitrage CCJA.

<sup>94</sup> V. art. 6 (2) du règlement d'arbitrage CIRDI.

<sup>95</sup> LARDEUX (T.), *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements, Étude du contentieux CIRDI*, op.cit., p. 15.

<sup>96</sup> SCHURMANS (M.), *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : entre apparence et réalité*, Mémoire de master en droit, Université catholique de Louvain, 2017, p. 7.

<sup>97</sup> MEGOU EBOCK (J-Y.), « La bonne administration de la justice arbitrale en droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA édition*, n°43, avril 2021, p. 5.

<sup>98</sup> POUGOUE (P-G.), *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, op.cit., p.139.

*approfondie des règles et des arcanes de cette procédure singulière innervée par la mystique de l'efficacité* »<sup>99</sup>. De ce fait, l'arbitre est un acteur majeur qui participe à la recherche de l'égalité des parties. À cet effet, cette exigence d'égalité est introduite dans les dispositions de l'AUA en ces termes : « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* »<sup>100</sup>. Cette égalité intervient en effet dès la phase de la constitution du tribunal arbitral<sup>101</sup>. En ce sens, la doctrine relève que cette exigence d'égalité pose en réalité deux principes. D'une part, l'égalité de traitement entre les parties et d'autre part, les parties doivent pouvoir faire valoir leurs prétentions librement<sup>102</sup>.

D'un autre côté, l'arbitrage promeut une certaine sécurité juridique. Les garanties de sécurité juridique apportées par l'arbitrage supposent une certaine crédibilité, car, en cas de litige, l'investisseur a la possibilité de le trancher par une instance arbitrale neutre appliquant un droit qui ne sera pas sous la maîtrise de l'État<sup>103</sup>. Ainsi, la crédibilité d'un centre d'arbitrage « *se mesure à la confiance qu'il inspire aux justiciables tant par l'insertion des clauses compromissoires, des dispositions nationales ou internationales qui le visent, que par la qualité des décisions rendues sous son égide* »<sup>104</sup>. Relativement au CIRDI par exemple, cette dernière a tout intérêt à promouvoir une certaine sécurité juridique, car elle assure cohérence et stabilité, et apparaît comme un élément d'attractivité pour les tribunaux CIRDI qui sont tributaires de leur image<sup>105</sup>.

### Conclusion

Aux termes de ces observations, l'analyse de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun a démontré que nous étions en présence d'une situation de contraste. Nous avons ainsi relevé une protection substantielle absolument étoffée en raison de la multiplicité des règles qui se décline par la prégnance d'un cadre juridique disparate, ainsi que par l'existence des mécanismes de protection formellement aménagés. Aussi, sur le plan procédural, le constat qui se dégage laisse transparaître une protection qui est relativement assurée en raison de l'existence d'un cadre interne partiellement défaillant. Ces défaillances résultent pour l'essentiel de facteurs entravant l'accès aux juridictions camerounaises ainsi que

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>100</sup> V. art. 9 de l'AUA.

<sup>101</sup> WAMBO (J.), « L'arbitrage CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, numéro spécial, novembre/décembre 2011, p. 65.

<sup>102</sup> MEYER (P.), *OHADA, Droit de l'arbitrage*, op.cit., p. 168.

<sup>103</sup> LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, p. 684.

<sup>104</sup> NGWANZA (A.), « L'essor de l'arbitrage international en Afrique subsaharienne : les apports de la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, septembre 2013, p. 32.

<sup>105</sup> LARDEUX (T.), *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements, Étude du contentieux CIRDI*, op.cit., p. 28.

de celle liée aux conditions d'exercice de la procédure judiciaire. En revanche, sur le plan international, l'on relève l'existence d'une protection foncièrement vigoureuse redorée par l'efficacité certaine des mécanismes d'arbitrage qui participent fortement à la protection de l'investissement privé étranger au Cameroun.



**L'indemnisation de la victime conductrice en droit congolais***Compensation of the driver victim in Congolese law*

Par:

**KALENGAYI KATANGA Valéry**

Doctorant en Droit privé fondamental, à l'école doctorale des sciences juridiques, politiques et administratives de l'Université d'Abomey Calavi (Bénin) et Avocat au barreau de KANANGA (RD Congo).

Page | 417

**Résumé :**

*L'exclusion du conducteur et de ses ayants droit de la garantie d'assurance automobile découle une inégalité de protection. Cette inégalité s'analyse en termes de discrimination que prohibe la constitution qui consacre l'égalité de tous devant la loi. Au regard du principe d'égalité des citoyens devant loi, fondement du droit à une protection égale contre toute discrimination, il n'y a aucune bonne raison d'empêcher le conducteur et ses ayants droit de bénéficier de la protection assurantielle comme les victimes non conductrices. Or, elles sont toutes exposées aux risques de la circulation de la même manière, elles subissent toutes deux le même dommage et à l'évidence la même violation des droits fondamentaux dont elles sont titulaires en tant que personne physique.*

**Mots-clés :** Indemnisation directe , Victime, Conducteur, Inégalité

**Abstract:**

*The exclusion of the driver and his dependents from the automobile insurance guarantee results from an inequality of protection. This inequality is analyzed in terms of discrimination that the constitution prohibits, which enshrines the equality of all before the law. With regard to the principle of equality of citizens before the law, the basis of the right to equal protection against all discrimination, there is no good reason to prevent the driver and his dependents from benefiting from insurance protection like victims who are not drivers. However, they are all exposed to the risks of traffic in the same way, they both suffer the same damage and obviously the same violation of the fundamental rights which they hold as a natural person.*

**Keywords:** Direct compensation, Victim, Driver, Inequality



## Introduction

« L'égalité est une question inépuisable. A la vérité, il est peu d'idées qui semblent plus vivantes [...], plus agissantes et passionnantes que l'idée de l'égalité des hommes<sup>1</sup> ». Or, toutes les victimes d'accidents de la circulation n'ont pas obtenu de la loi la reconnaissance d'un droit à une égale indemnisation<sup>2</sup>. Cette lacune justifie tout l'intérêt et la pertinence de la présente étude consacrée à « l'indemnisation de la victime conductrice en droit congolais ».

La notion de conducteur a une double fonction dans le système d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : Elle désigne en premier lieu une catégorie de victimes : par opposition aux victimes non conductrices (passagers, piétons, cyclistes et personnes transportées dans un véhicule<sup>3</sup>...). L'expression victime quant à elle, est une notion juridique mal aisée à définir<sup>4</sup>. Il va sans dire que, ce terme a servi dans de nombreux contextes et est usité dans divers domaines. Ce dernier offre une définition différente en fonction des branches sollicitées<sup>5</sup>. En droit des assurances, la victime est considérée comme la personne qui a subi un dommage corporel, ou une personne atteinte par un accident de la circulation routière<sup>6</sup>. C'est

<sup>1</sup> C. BOUGLÉ, *Les idées égalitaires. Etude sociologique*, Paris, Librairie Félix Alcan, 3ème éd., 1925, p. 5. Cité par M. ABALLO ABISSI, « Le principe d'égalité sous la mandature OUINSOU » *Jurisprudence de la cour constitutionnelle : les droits fondamentaux études en l'honneur des 2ème et 3ème mandatures présidées par CONCEPTIA LILIANE DENIS OUINSOU* 1998 - 2003 et 2003 - 2008 pp. 189-219. L'égalité en droit est le principe selon lequel tout être humain doit être traité de la même façon par la loi.

<sup>2</sup> Les victimes conductrices sont privées du droit subjectif à l'indemnisation des dommages soufferts consécutivement à l'accident. Cf. L'article 113 du Code des Assurances. Toutes ces victimes ne sont pas indemnisées, elles doivent assumer les conséquences dramatiques de leur faute. Ce qui pourrait laisser supposer que la loi portant Code des assurances n'est pas remédiate ou protectrice, elle est discriminatoire.

<sup>3</sup> Il existe deux types de victimes à savoir : Les victimes directes et les victimes indirectes, « *les victimes directes sont les tiers qui du fait du sinistre sont touchés dans leurs biens ou dans leur intégrité physique ou psychique* ». A-M. ASSI-ESSO, J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *CIMA : Droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 2. En ce qui concerne les victimes indirectes, elles sont encore appelées « *victimes par ricochet* » ou les ayants droits. Ces victimes indirectes n'ont pas été témoins de l'événement mais sont concernées par lui et/ou par ses conséquences du fait de sa proximité émotionnelle (expérience émotionnelle) avec les victimes directes. Les victimes indirectes ou secondaires sont toutes les personnes proches d'une victime primaire perturbées par l'expérience de cette dernière. J. EVELYNE, « *Victimes, une épopée conceptuelle. Première partie : définitions* », 2006, p.12. <http://WWW.resilience-psy.com>

<sup>4</sup> C. LAMARRE, *Victime, victimes, essai sur les usages d'un mot*, in B. GARNOT, (dir.) *Les victimes oubliées de l'histoire?*, Paris, P.U. De rennes, 2000, p.31.

<sup>5</sup> La définition qui semble la mieux convenir reste celle de Mme HAGEGE, inspirée de l'analyse de G. CORNU, « *le concept de victime est l'ensemble de personnes qui ont subi un ou plusieurs préjudices, et par là-même qui en souffrent indépendamment de l'exploitation causale des faits qui les ont engendrés*. G. CORNU, « *victimes* », Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd, 2007.

<sup>6</sup> « *Les accidents de la circulation routière constituent un problème de santé publique majeur aujourd'hui* ». P. GAYRARD, « *Dossiers Accidents de la route des handicaps et des décès évitables* » *ADSP* n° 41 décembre 2002, pp. 15-66. L'auteur fait aussi la même observation que le problème de transport au premier abord, les accidents de la route constituent également un problème de santé publique : de santé par ses conséquences humaines, de santé publique car tout le monde utilise la route et risque sa santé et sa vie quotidiennement. En outre, avec entre 7 000

sous cet angle que le conducteur est considéré comme la victime<sup>7</sup> la plus concernée par les accidents de la circulation. Elle est en effet blessée dans 90% des accidents de deux roues et dans 65% des accidents impliquant un véhicule automoteur<sup>8</sup>. Et en second lieu la notion de conducteur renvoie également à l'une des personnes que la loi rend civilement responsable de l'accident de la circulation, in solidum avec le gardien du véhicule, lorsque ces deux qualités ne sont pas réunies sur la tête de la même personne. Voilà donc une notion cruciale. Pourtant, ni la loi ni la jurisprudence ne donnent de définition claire du conducteur.

Il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle précise du conducteur. Il est vrai que, dans l'immense majorité des hypothèses, il n'existe aucune difficulté pour attribuer ou non cette qualité à un individu. C'est donc, comme souvent, lorsqu'elle a eu à connaître des hypothèses délicates, voire incongrues, que la jurisprudence s'est forgée et a été contrainte de dégager un certain nombre de critères<sup>9</sup>. La qualité de conducteur a ainsi été attribuée à la personne qui se tient au volant d'un véhicule remorqué par une barre rigide<sup>10</sup>, au passager qui appuie sur la jambe droite du conducteur en tenant le volant<sup>11</sup>, ou au moniteur de moto-école qui, assis à l'arrière, se saisit des commandes pour éviter une collision<sup>12</sup>. Le critère essentiel qui s'évince de ces quelques exemples est donc la maîtrise des moyens de locomotion du véhicule, ce que n'a pas manqué de relever la doctrine<sup>13</sup>.

La doctrine est unanime et, une fois n'est pas coutume, s'exprime un auteur d'une seule voix pour admettre « *qu'est conducteur l'individu qui, lors de l'accident, a la maîtrise effective*

---

et 8 000 morts, et plus de 4000 handicapés lourds par an (estimation à partir des données du Registre du Rhône), concernant en premier lieu les jeunes, c'est un des rares domaines en santé publique où d'importants progrès peuvent encore être réalisés. Reste que la tâche est ardue et que les dernières politiques menées n'ont pas eu l'effet escompté, la courbe du nombre de tués ne baissant pas depuis six ans.

<sup>7</sup> H. GROUDEL, « Repères: « Le conducteur victime à la fête », in *Revue Responsabilité Civile et Assurances*, 1997, n° 1,3.

<sup>8</sup> L. MORLET, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation*, Thèse, Université de Maine, 2003, p. 72. Voir aussi M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *Indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : assurance de responsabilité ou indemnisation directe*, thèse, UNIKIN, 1999, p. 153. L'auteur relève que le propriétaire et le conducteur devraient être les premiers privilégiés car dans la plupart des cas, ils subissent aussi des dommages.

<sup>9</sup> M. ELABD REDA, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Analyse en droit égyptien à la lumière du droit français*, Thèse en droit privé, 2016, p. 263-264. C. MAURY, *Controverses sur la notion de conducteur*, Paris, Recueil Dalloz, 2012, p. 1-6.

<sup>10</sup> Civ. 2e, 14 janv. 1987, no° 85-14.655, Bull. n° 2. LANDEL, NAMIN, *Manuel de l'assurance automobile*, Paris, Ed. Argus de l'Assurance, p.130.

<sup>11</sup> Civ. 2e, 31 mai 2000, n° 98-21.203, Bull. n° 91.

<sup>12</sup> Civ. 2e, 27 nov. 1991, n° 90-11.326, Bull. n° 321.

<sup>13</sup> C. MAURY, « Controverses sur la notion de conducteur », Paris, Dalloz, 2005, p. 938.

du véhicule terrestre à moteur<sup>14</sup>». Il est souligné que « la qualité de conducteur repose sur des données matérielles tenant à la maîtrise et au contact entre la machine et l'homme. Est donc considéré comme un conducteur celui qui accomplit les gestes nécessaires à la conduite d'un véhicule terrestre à moteur ou qui tout au moins en conserve la maîtrise. Ces précisions ne suffisent pas à dissiper les incertitudes et à empêcher, là encore, la casuistique, car il y a bien des gestes et bien des degrés dans la maîtrise<sup>15</sup>». Le conducteur est encore défini comme celui qui « est aux commandes du véhicule<sup>16</sup> » ou encore celui qui « au moment de l'accident, a la possibilité de maîtriser les moyens de locomotion du véhicule terrestre à moteur, sur lequel il dispose des pouvoirs de commandement<sup>17</sup>».

En somme, il faut relever que la notion de conducteur joue deux rôles primordiaux dans l'application du nouveau Code des assurances de 2015<sup>18</sup> en droit congolais. Non seulement elle désigne le débiteur de la dette de réparation, mais également, elle fixe l'étendue de son droit à indemnisation puisque toute faute commise par le conducteur peut diminuer, voire exclure son droit à indemnisation. Or, la victime non conductrice est indemnisée sauf en cas où elle a volontairement cherché les dommages subis<sup>19</sup>. Elle a un droit à indemnisation particulièrement protecteur en cas d'atteinte à sa personne<sup>20</sup>, alors qu'elles sont toutes exposées aux risques de la circulation exactement de la même manière.

Donc, le grand paradoxe du nouveau Code des assurances en droit congolais, à l'instar du Code de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) applicable au Bénin, c'est d'avoir introduit l'inégalité de traitement entre les victimes. D'un côté, seule la victime non-conductrice bénéficie d'un droit à indemnisation de l'atteinte à sa personne dont les règles lui sont particulièrement favorables. D'un autre côté, la victime conductrice ne se voit offrir qu'un droit à réparation particulièrement limité en raison de règles d'indemnisation plus sévères, alors qu'elles sont exposées aux risques de la circulation exactement comme les piétons, les cyclistes et les passagers. Cette différence de traitement s'analyse en termes de

<sup>14</sup> C. MAURY, « Controverses sur la notion de conducteur », Paris, Dalloz, 2005, p. 938, citant J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Les obligations*, Tome. 2, Le fait juridique, 13e éd., Paris, Sirey, n° 341.

<sup>15</sup> F.TERRÉ, P. SIMLER, Y.LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil les obligations*, Paris, Dalloz 12<sup>ème</sup> éd, 2019, p. 1260.

<sup>16</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ 3<sup>ème</sup>éd, n° 1025.

<sup>17</sup> PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2010-2011, n° 8134.

<sup>18</sup> C'est la loi congolaise n°15/005 du 17 mars 2015 portant Code des assurances.

<sup>19</sup> Cf. L'art. 131 du Code des Assurances.

<sup>20</sup> Les victimes non conductrices sont toujours indemnisées, elles ne peuvent plus se voir opposer « les causes d'exonération ou leur propre faute en cas d'accident. C'est là le fruit des critiques adressées au système antérieur par M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *op.cit.*, p. 139.

discrimination que prohibe la constitution qui consacre l'égalité de tous devant la loi<sup>21</sup>. Cependant, si le conducteur n'est pas assuré ou si le tiers a pris la fuite après l'accident, c'est le Fonds de Garantie Automobile qui doit en principe indemniser les victimes<sup>22</sup>. Or, cet organe n'a jamais été opérationnel jusqu'à ce jour en RDC<sup>23</sup> et pourtant, opérationnel au Bénin depuis 2008 comme prévu par le Code CIMA.

Si les victimes d'accidents sont véritablement en présence d'une inégalité de traitement, peut-il être juridiquement acceptable et justifiable que certaines catégories de victimes connaissent une protection, et donc une indemnisation, différente de certaines autres ?

Il est évident de le rappeler que depuis la promulgation de l'ancienne loi n° 73/013 du 5 janvier 1973 sur l'assurance RC automobile, plusieurs études de réforme se sont succédées, dont celle madame M-T. KENGE NGOMBA. Sa thèse suggérait, en se référant au projet de réforme du professeur André TUNC<sup>24</sup>, que le risque automobile, étant un risque social, toutes les victimes d'accidents de la circulation devaient être indemnisées de la même manière, sans que soit prise en considération la notion de la faute du droit de la responsabilité civile<sup>25</sup>. Mais, cette volonté d'indemniser systématiquement toutes les victimes de la route de la même manière n'a pas préoccupée le législateur congolais, il a finalement en mars 2015 adopté une loi<sup>26</sup> qui a introduit la différence de traitement entre les victimes. Cette loi n'a octroyé un droit à indemnisation qu'aux seules victimes non conductrices, les autres victimes demeurent exclues de garantie de l'assurance automobile obligatoire<sup>27</sup>, ce qui donne lieu à de vives critiques comme c'est fut le cas du code CIMA<sup>28</sup> et de la loi Badinter du 5 juillet 1985 en France<sup>29</sup>. Les critiques qui dénoncent l'atteinte au principe d'égalité entre les victimes.

<sup>21</sup> Cf. l'article 12 de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>22</sup> Cf. L'art. 501 du Code des Assurances.

<sup>23</sup> TSHIZANGA MUTSHIPANGU, *Droit congolais des assurances*, Kinshasa, Connaissance du droit, 2010, p.146.

<sup>24</sup> A. TUNC, *La sécurité routière, esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, Dalloz, 1966.

<sup>25</sup> M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *op.cit.* 238.

<sup>26</sup> La loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant Code des assurances.

<sup>27</sup> Cf. l'article 113 de la loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant Code des assurances.

<sup>28</sup> M-M. FIUME, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation dans les Etats membres de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance*, Thèse en droit privé, soutenue à Amiens, 2005, 320p.

<sup>29</sup> « Dixième anniversaire de la loi Badinter sur la protection des victimes d'accidents de la circulation : bilan et perspectives », Colloque, Paris, juin 1995, Responsabilité civile et assurance, n° spécial, avril 1996. G. DURRY, *Plaidoyer pour une meilleure réparation et prise en charge par l'assurance des dommages corporels du conducteur*, Risques, n° 38, juin 1999, p. 104 ; PH. BRUN ET P. JOURDAIN, *Loi Badinter : le bilan de vingt ans d'application*, LGDJ 2007 ; F. LEDUC, *Le cœur et la raison en droit des accidents de la circulation*, Resp. civ. et assur. 2009, dossier 4 ; *Les trente ans de la loi Badinter : bilan et perspectives*, colloque du 29 mai 2015 à la faculté de droit de Metz, Resp. civ. et assur. 2015, dossiers 11 à 23.

Une telle différence de traitement entre les victimes est juridiquement inacceptable et injustifiable. Il est donc logique et indispensable de prévoir « *de lege ferenda* » une assurance directe obligatoire plus étendue au droit à indemnisation de toutes les victimes sans distinction.

En effet, cette contribution ne se limitera pas seulement au droit congolais, mais elle interférera, également, avec les droits positifs des autres Etats dans la perspective d'une approche comparatiste<sup>30</sup> afin de guider tant l'émetteur de la norme que son récepteur, en particulier le juge<sup>31</sup>. Elle n'est pas privée des faveurs de l'actualité juridique, celle d'attraction vers le modèle d'indemnisation automatique. Un modèle fondé sur les principes d'assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute. L'attraction vers ce modèle est une nouvelle orientation dans plusieurs législations<sup>32</sup>, en raison de la protection généreuse et universelle qu'il accorde à toutes les victimes de la route, et ce, sans exception<sup>33</sup>.

La présente contribution repose sur une base méthodologique<sup>34</sup>.

A cet effet, deux méthodes sont susceptibles de mener à bien cette réflexion : Il s'agit en premier lieu de « *l'exégèse ou de la méthode exégétique* », appelée communément la méthode juridique d'interprétation littéraire<sup>35</sup>. Elle va consister à saisir le fondement du Code des assurances en droit congolais. C'est-à-dire étudier son esprit et sa lettre en ce qui concerne l'étendue la protection des victimes de la route. Et en second lieu, de « *la méthode*

<sup>30</sup> G. FRAJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, p. 17; Voir aussi notamment, H.A. SCHWARZLIEBERMANN, *Droit comparé : théorie générale et principe*, Paris, LGDJ, 1978, 260p; H. AL. DABBAGH, « Droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient », in *RDUS*, pp. 388-441.

<sup>31</sup> M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, du Seuil, 1998, p.108. Cité par E-C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA » *Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, pp. 69-291.

<sup>32</sup> L'étude de l'évolution du système d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière dans les pays industrialisés montre un abandon du système de la responsabilité civile basée sur la faute et une orientation vers un système *no fault*. Voir notamment : La législation québécoise sur l'assurance automobile, la législation néozélandaise, la législation suédoise, la législation algérienne, la législation irakienne, notamment la législation israélienne. M. ELABD REDA, *op.cit.*, p. 359.

<sup>33</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, « Le régime québécois d'assurance automobile, vingt ans après », *Les Cahiers de droit*, 1998, pp. 215-232. <https://doi.org/10.7202/043491ar>

<sup>34</sup> La méthode elle-même étant « *l'ensemble des règles pour conduire raisonnablement, logiquement les pensées. En d'autres mots, c'est la voie à suivre pour atteindre le but qu'on s'est fixé* ». Voir en ce sens : L MPALA MBABULA, *Pour vous chercheur Directives pour rédiger un travail scientifique suivi de recherche scientifique sur internet*, Lubumbashi Mpala, 3<sup>ème</sup> édition augmentée, 2006, p. 3, Cité par PF. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Du système congolais de promotion et de protection des droits de l'homme : Contribution pour une mise en œuvre du mécanisme institutionnel spécialisé*, Mémoire UNILU, 2011, p. 31. Voir aussi, M. ADAMOU, *Initiation méthodologie à la rédaction d'un mémoire*, note de cours Université de Parakou, 2016 inédit.

<sup>35</sup> D.C SOSSA, J. DJOGBENOU, E. MONTCHO AGBASSA, *Introduction à l'étude du droit. Perspective africaine*, Cotonou, CREDIJ, 2020, p. 63.

*comparative*<sup>36</sup> ». Elle va consister à tirer les leçons de l'évolution des mécanismes de protection en droit comparé, pour mieux démontrer la nécessité de mettre en place une assurance automobile plus étendue au droit à indemnisation de toutes les victimes sans distinction.

Ainsi l'étude du sort de la victime conductrice a aboutit à deux résultats : D'une part, elle constate qu'il y a une inégalité de traitement au droit à indemnisation entre les victimes, alors qu'elles sont toutes exposées aux risques de la circulation au même titre (I). D'autre part, elle démontre, en interpellant les pouvoirs publics, la nécessité de mettre en place une assurance automobile directe et obligatoire, plus étendue au droit à indemnisation de toutes les victimes sans distinction (II).

## I- UNE INÉGALITÉ AU DROIT À INDEMNISATION

Le système congolais d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ne se situe plus totalement dans la sphère de la responsabilité classique du Code civil. Il garantit une indemnisation quasi automatique qui n'oppose plus aux victimes non conductrices les causes d'exonération ou leur propre faute. Cependant, cette indemnisation n'est pas équitable, elle est discriminatoire à l'égard des victimes conductrices (A). En plus, le défaut de fonctionnalité du FGA met en jeu le sort des autres victimes (B).

### A- L'indemnisation assurancielle discriminatoire

Si le Code des assurances en droit congolais a certainement amélioré les conditions d'indemnisation des victimes non conductrices<sup>37</sup>, il ne reste pas moins que la protection offerte est loin d'être absolue. L'examen révèle un regrettable constat, celui de l'exclusion de la garantie les dommages subis par le conducteur<sup>38</sup>. Or, cette façon de faire fonctionner l'assurance automobile dénote la discrimination dans le traitement de ce dernier (1). L'on peut en outre déplorer le fait que le nouveau Code des assurances en droit congolais reste hostile à l'égard des membres de famille du conducteur contrairement au Code CIMA qui les considère comme des tiers au sens de la loi<sup>39</sup> (2).

<sup>36</sup> H. AL. DABBAGH, *Droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient*, in *RDUS*, pp. 388-441 ; A. MULUMBATI NGASHA, *Manuel de sociologie*, Lubumbashi, Africa, 1980, p. 19-38.

<sup>37</sup> Cf. l'article 131 du nouveau Code des assurances.

<sup>38</sup> Cf. L'article 113 du Code des assurances. Toutes ces victimes ne sont pas indemnisées, elles peuvent obtenir réparation dès lorsqu'elles n'ont pas commis de faute en lien avec la survenance de l'accident. Les assureurs essaient la plupart du temps d'imputer une faute aux conducteurs afin de les exclure de l'indemnisation.

<sup>39</sup> Cf. l'alinéa 5<sup>ème</sup> de l'article 200 du Code CIMA.

## 1- La discrimination du conducteur victime

Le nouveau Code des assurances en droit congolais s'avère particulièrement défavorable au conducteur victime en lui réservant un traitement plus rigoureux, comme c'est le cas du Code CIMA dont le Bénin est Etat partie. Le problème de ces deux Codes tient au fait qu'ils ont mis en place un système d'indemnisation dont le régime diffère selon la qualité du demandeur. Ils opposent en effet les victimes conductrices aux non-conductrices, personne transportée ou tiers circulant notamment piéton, cycliste et cavalier.

Le Code CIMA, contrairement au droit congolais, fait ressortir plusieurs catégories de victimes indemnisables. La doctrine française a pu les regrouper en trois catégories : les chirographaires, les simplement protégées et les surprotégées ou super protégées<sup>40</sup>. Pour les victimes non-conductrices, le droit français distingue encore selon qu'il s'agit d'une personne simplement protégée ou surprotégée<sup>41</sup>.

En effet, il faut le signaler, les deux Codes s'avèrent protecteurs à l'égard de toutes les victimes. Sauf lorsque les victimes ont recherché volontairement le dommage ou ont commis une faute volontaire, cause exclusive de l'accident<sup>42</sup>. Donc seule leur faute volontaire peut leur être opposée, voire uniquement leur faute intentionnelle s'il s'agit des victimes surprotégées.

Toutefois, le Code CIMA donne une précision que les conducteurs sont indemnisés, sauf lorsqu'ils sont responsables de l'accident « *La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages corporels ou matériels qu'il a subis. Cette limitation ou cette exclusion est opposable aux ayants droit du conducteur et aux personnes lésées par ricochet*<sup>43</sup> ». Contrairement au nouveau Code des assurances en droit congolais qui laisse exister un doute lorsqu'il dispose que « *La faute commise par la victime n'a pour effet que de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages aux biens qu'elle aurait subis concomitamment avec ses dommages corporels*<sup>44</sup> », sans pour autant le dire clairement s'il s'agissait de la victime conductrice ou non conductrice.

---

<sup>40</sup> MARGÉAT, J-M MICHEL et les autres : « accidents de la circulation, commentaire de la Loi du 5 juillet 1985 », Gaz. Pal, du 28 octobre 1985. Les chirographaires sont constitués des conducteurs ; les victimes surprotégées ou super protégées quant à elles sont les vieillards, les enfants et les invalides et les simplement protégées sont celles qui ne rentrent dans aucune de ces deux premières catégories de victimes (passagers, piétons par exemple). De toutes ces catégories, seuls les conducteurs apparaissent comme négligés par la réforme.

<sup>41</sup> Il s'agit des victimes âgées de moins de 16 ans, celles de plus de 70 ans et enfin celles titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %.

<sup>42</sup> Cf. l'article 131 du nouveau Code des assurances et l'article 226 du Code CIMA.

<sup>43</sup> Cf. L'article 227 du Code CIMA.

<sup>44</sup> Cf. l'alinéa 2<sup>ème</sup> de l'article 131 du CCA sur l'inopposabilité de la faute de la victime.

Cependant, il donne cette précision à son article 113, lorsqu'il dispose que « *la garantie ne s'applique pas à la réparation des dommages subis par le conducteur du véhicule...* ». Donc il s'agit bien de la faute commise par la victime conductrice, il semble que celle-ci a été sacrifiée dans une certaine occurrence.

Par ailleurs, les deux législations sont comparables au droit Belge où l'exclusion du conducteur se justifie par le fait que « *la loi Belge est destinée à améliorer le sort des victimes, non celui des personnes que l'on peut considérer comme créant le risque* »<sup>45</sup>. Si l'article 29bis est bien un système de responsabilité objective, il serait illogique de permettre à celui qui crée le risque d'obtenir une indemnisation. Tout système de responsabilité suppose une altérité. Il n'y a pas de responsabilité à l'égard de soi-même<sup>46</sup>. La Cour Belge d'arbitrage n'y a vu aucune discrimination contraire à la Constitution<sup>47</sup>.

De même qu'en droit français<sup>48</sup>, la législation réserve aux victimes conductrices un traitement identique à celui du droit commun de la responsabilité civile. Il n'a donc fait l'objet d'aucune mesure de faveur, Pourtant, le conducteur est la personne la plus concernée par les accidents de la circulation. Il est en effet blessé dans 90% des accidents de deux roues et dans 65% des accidents impliquant un véhicule automoteur<sup>49</sup>. Le conducteur victime, même lourdement handicapé, pourra donc être privé de toutes prestations compensatrices, son assurance de responsabilité civile ne lui étant également d'aucun secours<sup>50</sup>.

Si actuellement la jurisprudence Belge à laquelle se réfère le droit congolais, de même que la jurisprudence française à laquelle se réfère le droit béninois ont aggravé le sort réservé

<sup>45</sup> L'exposé des motifs, Doc. Parl., Sénat, 1993-1994, n° 980/1, pp. 33 et 34.

<sup>46</sup> La question est restée controversée en jurisprudence. Dans un arrêt du 28 avril 2006, la Cour de cassation a cependant estimé qu'une condition d'altérité entre l'auteur responsable et la victime reviendrait à ajouter une condition d'application non prévue par le texte de l'article 29bis : « Cet article n'exclut pas de l'indemnisation qu'il organise la victime qui, sans avoir voulu l'accident et ses conséquences, est responsable du dommage qu'elle subit ».

<sup>47</sup> La Cour d'arbitrage considère que l'exclusion du conducteur du bénéfice de l'indemnisation n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité. (C.A., arrêt n° 23/2002 du 23 janvier 2002).

<sup>48</sup> En droit français il faut lire l'article 4 de la loi BADINTER du 5 juillet 1985 qui dispose que « *la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis* ».

<sup>49</sup> L. MORLET, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation*, Thèse, Université de Maine, 2003, p. 72. Voir aussi M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *Op.cit.*, p. 153, l'auteur relève que le propriétaire et le conducteur devraient être les premiers privilégiés car dans la plupart des cas, ils subissent aussi des dommages.

<sup>50</sup> Dans l'article 113 du nouveau Code des assurances en droit congolais s'est fait l'écho de cette législation et affirme dès lors que ne dispose que « *la garantie ne s'applique pas à la réparation des dommages subis par le conducteur du véhicule...* » Cela est cependant logique pour certains auteurs, car admettre le contraire ferait de l'assureur de responsabilité un véritable assureur direct.

au conducteur victime en lui opposant également sa faute lorsqu'il demande réparation, on peut en outre déplorer le fait que le Code des assurances en droit congolais semble également être hostile aux demandes en réparation des membres de la famille du conducteur<sup>51</sup>.

## 2- La discrimination des victimes par ricochet

Au regard du nouveau Code des assurances en droit congolais, les membres de la famille du conducteur, de l'assuré, du souscripteur et du propriétaire du véhicule ne bénéficient pas non plus de l'indemnité en cas d'accident, lorsqu'ils sont transportés par ce dernier dans le véhicule couvert par la garantie d'assurance. On explique leur exclusion par le fait qu'ils ne sont pas tiers entre eux<sup>52</sup> et que les parents sont des utilisateurs potentiels des véhicules qui ne pourraient être considérés comme de véritable tiers au contrat<sup>53</sup>.

Il est également soutenu que les personnes exclues ne sont pas enclines, en cas d'accident, à réclamer une indemnisation au parent qui les transportait, en pensant qu'en assurance de responsabilité on ne pourrait être à la fois assuré et bénéficiaire de la garantie<sup>54</sup>. Et pourtant qu'en droit Communautaire, le Code CIMA prévoit que les membres de la famille du conducteur ou de l'assuré sont considérés comme des tiers au sens de la loi à son article 200<sup>55</sup>. C'est une avancée significative que devrait copier le législateur congolais, malheureusement il est passé à côté par maladresse.

Le droit français a aboli ces exclusions et les membres de la famille de l'assuré ou du conducteur transportés dans le véhicule assuré sont couverts. Il en est de même du propriétaire lorsqu'il est transporté dans le véhicule<sup>56</sup>. Cependant, lorsque la victime par ricochet a la qualité de conducteur, son statut est envisagé avec rigueur et, dès lors sa faute personnelle est susceptible de réduire son droit à indemnisation. *Quid* à présent du sort réservé aux victimes membres de la famille du conducteur fautives et non conductrices ? Cela recouvre l'hypothèse d'un passager qui, par jeu, a momentanément masqué les yeux du conducteur et a ainsi provoqué un accident dans lequel il a perdu un de ses proches<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Cf. L'alinéa 2 de l'article 113 du même Code sur les exclusions autorisées.

<sup>52</sup> FOUMBI-NSADI, « l'assurance obligatoire de responsabilités civile en matière d'utilisation des véhicules automoteurs » *In l'automobile et la sécurité routière en droit zairois*, Kinshasa, PUZ, 1982, pp. 67s.

<sup>53</sup> OUATTARA NOHO, « La nouvelle loi portant obligation d'assurance de responsabilité automobile » *In Revue africaine de droit international et comparé*, mars 1992, volume 4, n°1, pp. 34s.

<sup>54</sup> M. LAFONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier 2<sup>ème</sup> éd, 1996, p. 437.

<sup>55</sup> Cf. L'alinéa 5 de l'article 200 du Code CIMA.

<sup>56</sup> J. BONARD, *Droit et pratique des assurances : particuliers et entreprises*, Paris, Delmas Dalloz, 1<sup>ère</sup>éd. 1997, p.274.

<sup>57</sup> *Idem*.

La Cour de cassation française a ici fait preuve d'une logique surprenante, voire arbitraire, en considérant que le préjudice par ricochet doit être réparé sans autres exclusions que celles qui auraient pu être opposées à la victime directe<sup>58</sup>. Ainsi, du fait d'un parallélisme, certaines victimes indirectes bénéficieront de la clémence du juge. En effet, selon que la personne accidentée était une victime protégée ou surprotégée, seule une faute inexcusable ou intentionnelle pourra être opposée à ses ayants droit. Par contre, si la personne blessée était conductrice au moment de l'accident, la simple faute de la victime par ricochet justifiera une réduction, voire une suppression de son droit à indemnisation. Cette différence de traitement des ayants droit s'avère difficilement justifiable, la douleur subie ainsi que la gravité des comportements adoptés ne variant pas selon la qualité de la victime directe.

Dans le même ordre d'idée, le droit belge inclut dans la garantie les membres de la famille du conducteur et ce, par application de la directive européenne du 30 décembre 1983. Mais dans la pratique leur exclusion est plus discutable, puisque ceux-ci peuvent se prévaloir d'un préjudice propre subi par ricochet (perte d'un être cher, perte de la part des revenus dont ils tiraient profit du vivant de la victime ...). La jurisprudence ne reconnaît cependant pas une autonomie complète à ce dommage par rapport à celui subi directement par leur auteur (principe de la solidarité familiale). Ils sont donc exclus par « *contagion*<sup>59</sup> ».

Le législateur congolais doit abolir ces exclusions, comme l'avait fait son homologue ivoirien avant d'adhérer à la CIMA<sup>60</sup>. D'autant plus qu'elles s'analysent en termes de discrimination que prohibe la constitution qui consacre aux termes de l'article 12 l'égalité de tous devant la loi<sup>61</sup>. Il en est de même pour le défaut de fonctionnalité du Fonds de Garantie Automobile.

### **B- L'indemnisation subsidiaire ineffective du FGA**

Le système de l'indemnisation par l'assurance automobile connaît toujours des limites liées soit à la lenteur de la procédure transactionnelle ou judiciaire, soit à l'insolvabilité des civilement responsables mettant ainsi les victimes dans une situation de précarité. Pour combler ces insuffisances, les Etats modernes, dans le cadre de leur politique sociale, ont songé à mettre

<sup>58</sup> Cass., crim., 15 décembre 1987, JCP 1988, II, 21031, note F. CHABAS, RTDciv. 1988, 783, obs. P. JOURDAIN.

<sup>59</sup> B. DE CONINCK et B. DUBUISSON, « l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation présentation générale – rapport belge » pp. 8-9.

<sup>60</sup> OUATTARA NOHO, *Loc.cit.*, pp. 34s.

<sup>61</sup> Cf. l'article 12 de la Constitution du 18 février 2006 citée par TSHIZANGA MUTSHIPANGA, *op.cit.*, p. 135.

sur pied les Fonds de Garantie Automobile<sup>62</sup>(FGA). Cet organe est resté ineffectif jusqu'à ce jour en RD Congo<sup>63</sup> (1). La situation est également constatée dans la plupart des États membres de la CIMA<sup>64</sup>, les motifs qui bloquent son opérationnalisation semblent encore être inopérants (2).

### 1- L'ineffectivité opérationnelle en droit congolais

La notion d'effectivité, entendue du « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit*<sup>65</sup> ». En effet, la problématique ici est d'établir le constat selon lequel à l'état actuel de la législation congolaise en matière d'assurances, il se pose la question de l'effectivité de la protection des victimes d'accidents de la route imputables à des automobilistes non identifiés, non assurés ou insolvable. Ces victimes crient au secours de la prise en charge. Or, la prise en charge devrait être assurée par le FGA dont la création s'est soldée par un échec assimilable à un « *rendez-vous manqué* » en dépit de la définition de son régime par l'ancienne loi n° 73/013 du 5 janvier 1973.

Si le FGA était mise en place et rendu opérationnel en RDC depuis 1973, il devrait avoir la mission de couvrir la réparation des dommages corporels résultant de l'utilisation d'un véhicule automoteur qui ne serait pas couvert par une police d'assurance RC automobile<sup>66</sup>. Et d'intervenir dans les cas : du sinistre dont l'auteur n'est pas connu; ou si l'auteur est connu, mais il est insolvable ou n'est pas assuré en responsabilité civile; de vol, d'utilisation du véhicule par violence ; des dommages causés par des véhicules immatriculés au nom de l'État et autres cas à préciser par l'ordonnance<sup>67</sup>.

En effet, l'inquiétude des victimes demeure encore une question d'actualité, d'autant plus que la création du FGA instituée par le nouveau Code des assurances de 2016 a manqué

<sup>62</sup> JC. DE BOISSIEUR, *L'assurance facile*, Paris, LPM, 2001, p. 126-127. Le FGA, Contrairement à ce que pourrait penser une opinion non avisée, n'est ni une société concessionnaire de véhicules, encore moins une entreprise intervenant dans le crédit automobile.

<sup>63</sup> Cf. Les articles 501 et 503 de la loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant Code des assurances. Voir en ce sens M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *Indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : assurance de responsabilité ou indemnisation directe*, thèse, UNIKIN, 1999, p. 239-240. L'auteur avait remarqué l'absence du FGA depuis 1996. Jusqu'à ce jour, il y a vingt-six ans passés.

<sup>64</sup> Cf. l'article 621 du Code CIMA.

<sup>65</sup> A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LDGJ, 2<sup>ème</sup> éd. 1993, p. 217.

<sup>66</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Indemnisation de victimes des accidents de la circulation et assurance de responsabilité automobile. Etude de droit comparé, belge et congolais*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 2002, p. 106.

<sup>67</sup> Idem.

encore à son rendez-vous, après l'entrée en vigueur de celui-ci<sup>68</sup>. Les victimes pour lesquelles il était institué se plaignent de ne pas obtenir indemnisation de préjudices dans toutes les hypothèses<sup>69</sup>.

Les observations montrent que les accidents touchent proportionnellement davantage de personnes vulnérables<sup>70</sup>. Les pauvres représentent la majorité des victimes d'accidents et ne reçoivent pas de soutien en cas de séquelles dont la consolidation s'inscrit dans le long terme. Ils n'ont pas aussi un accès aux soins d'urgence après l'accident. Or, les soins dispensés après les accidents visent d'abord à prévenir des préjudices irréparables comme la mort des victimes et les incapacités permanentes, ensuite à limiter la gravité des traumatismes et des souffrances qu'ils engendrent et enfin à assurer une récupération optimale des survivants des accidents et leur réinsertion dans la communauté. En outre, les coûts des soins médicaux prolongés, le décès, les frais d'obsèques et la perte de revenu consécutive à une incapacité peuvent faire sombrer des familles dans une situation d'extrême précarité<sup>71</sup>.

Par ailleurs, il faut le remarquer, cette situation d'abandon des victimes est aussi déplorable dans la plupart des Etats membres de la CIMA, dans lesquels le FGA n'est pas encore opérationnel ou effectif.

## 2- L'ineffectivité partielle dans l'espace CIMA

L'ineffectivité opérationnelle du FGA est aussi déplorable dans la plupart des Etats membres de la CIMA. Il est important de rappeler que même si le FGA n'est pas opérationnel en droit congolais et dans la plus part des Etats où il est opérationnel, (à savoir au Cameroun<sup>72</sup>,

---

<sup>68</sup> Le Code des assurances constitue une véritable révolution dans le secteur des assurances. Un secteur qui a été jusqu'en 2015 marqué par la disparité des lois, parfois obsolètes et inadaptées aux conventions internationales en la matière, et par le monopole accordé à la Société Nationales des Assurances. La plus grande innovation, qui constitue la substance de la réforme du secteur, c'est la libéralisation de l'activité des assurances sur l'ensemble du territoire national. Voir en ce sens P. LIONGO BOOTSI et A. KASENDE M'BAY, « Grandes lignes du nouveau Code des assurances de la RDC » in *Emery Mukendi Wafwana & Associates African-International Law Firm* 04 juin 2015, pp.1s.

<sup>69</sup> V. KALENGAYI KATANGA, « La création du fonds de garantie automobile : un rendez-vous manqué pour la protection des victimes en RD Congo, in *bulletin du CEDHOP, numéro 1*, 2021, pp. 68-73.

<sup>70</sup> M. BERNARDO, T.ABDOU, « La vulnérabilité des personnes âgées. Réflexion à partir des exemples du Brésil et du Niger », in *bulletin d'information du CEDHOP, numéro 3*, 2021, pp. 71-86.

<sup>71</sup> V. KALENGAYI KATANGA, *loc-cit*, pp. 68-73.

<sup>72</sup> C'est par la loi n° 2015/ 013 du 16 juillet 2015 (publiée au *Juridis Périodique* n° 103, Juillet-août- septembre 2015, p. 20 et sv.), que le législateur camerounais a institué un fonds de garantie automobile (FODAC). Cette loi n'est pas sans rappeler celle du 22 mai 1965 qui avait déjà, en son temps, institué un fonds de garantie automobile au Cameroun, faisant ainsi du pays, l'un des pionniers en la matière. Après plusieurs années de fonctionnement, ce fonds a été effectivement dissout par une loi du 28 décembre 2008 bien qu'il ait cessé ses activités depuis l'année 2000. La loi du 16 juillet 2015, tout en comblant un vide qui s'était créé, répond en même temps à une exigence des autorités communautaires en matière d'assurance dans la zone CIMA.

au Sénégal<sup>73</sup>, au Bénin<sup>74</sup> et en Côte d'Ivoire<sup>75</sup>) l'indemnisation n'est pas acquise d'office. En effet, il n'intervient dans sa mission que pour deux cas : Lorsque l'auteur de l'accident est inconnu, ou que l'auteur n'ait pas du tout souscrit à une assurance responsabilité civile<sup>76</sup>.

En l'absence d'un FGA qui puisse assurer les coûts des soins médicaux, comment les victimes d'un accident de la circulation dont l'auteur n'est pas assuré pourront-elles se faire indemniser ? Elles se contenteront seulement de lire l'intention du législateur ? Les arguments avancés par les pouvoirs publics pour justifier le retard de sa mise en œuvre sont-ils propres à convaincre ?

De toute évidence la réponse à toutes ces interrogations est négative. D'ailleurs les motifs avancés par les pouvoirs publics pour justifier le retard semblent être inopérants. Les pouvoirs publics redoutent l'accentuation de la non-assurance, ils tirent parfois argument de l'insuffisance de ressource pour mettre en place les structures hospitalières susceptibles d'accueillir les personnes victimes d'accident de la circulation.

En effet, il est apparu que le taux global de non assurance en responsabilité civile automobile énoncé par les résultats de l'enquête de terrain, c'est-à-dire qu'environ quatre conducteurs sur dix n'observent pas l'obligation d'assurance qui est pourtant une prescription légale. Cela s'explique par le fait que la plupart des congolais n'ont pas la culture des assurances<sup>77</sup>. C'est pourquoi les pouvoirs publics redoutent de rendre effective la création du FGA immédiatement, pour éviter l'accentuation de la non-assurance d'autant plus que l'accroissement du parc automobile connaît un rythme accéléré. Cette situation a pour corollaire une intensification de la circulation routière et une augmentation des accidents de la route.

---

<sup>73</sup> Le Sénégal disposait d'un Fonds de Garantie Automobile qui a été créé par l'Assemblée constitutive le 23 Mai 1995 sous la forme d'une société anonyme à participation publique majoritaire, c'est l'article 8 de la loi 97-20 du 12 décembre 1997 qui régit le fonctionnement du FGA Sénégalais. Elle est régie notamment par la loi 90-07 du 26 Juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique

<sup>74</sup> Le Fonds de Garantie Automobile du Bénin (FGA-BENIN) été créé par les décrets présidentiels n°2007-617 et 2007-618 du 31 décembre 2007, qui fixe également son mode fonctionnement<sup>74</sup>. Il est une association d'assurance mutuelle à but non lucratif dont l'Etat béninois et les Compagnies d'assurance opérant dans la branche automobile sont associés.

<sup>75</sup> Le Fonds de Garantie Automobile FGA-CÔTE-D'IVOIRE est une personne morale de droit privé de type particulier créée par l'Etat de Côte d'Ivoire par le Décret n°2009-107 du 02 Avril 2009 Portant organisation et fixant les modalités de financement et d'indemnisation

<sup>76</sup> Voir notamment l'art. 2 al 1 du décret n° 2007-618 du 31 Décembre 2007 Fixant le régime d'indemnisation du Fonds de Garantie Automobile du Bénin.

<sup>77</sup> TSHIZANGA MUTSHIPANGA, *op.cit.* p. 147.

Il en est de même pour les structures hospitalières susceptibles d'accueillir les accidentés victimes de la circulation. Les pouvoirs publics avancent le motif tiré du manque de moyens pour justifier le défaut de mise en place des structures hospitalières.

Le secteur de la santé connaît un déficit d'infrastructures et d'équipements répondant aux normes internationales de construction<sup>78</sup>. Les victimes d'accident de la circulation sont confrontées à des lenteurs qui aggravent leurs blessures ou augmentent les cas des décès. C'est en réaction contre cet état de fait que les pouvoirs publics redoutent la création du fond de garantie automobile parce que il faut d'abord mettre en place un Centre de Traumatologie et d'Orthopédie dont la réalisation nécessite des moyens conséquents. La création de ce centre aux côtés du fonds de garantie automobile constituera un gain considérable aussi bien pour les victimes que pour les compagnies d'assurances, car les victimes seront traitées et prises en charge pour une convalescence rapide, comme c'est le cas au Sénégal<sup>79</sup> et au Bénin.

Les structures hospitalières qui existent à l'exemple de l'Hôpital General de Reference de Kinshasa n'a pas d'installations modernes. Il ne peut pas accueillir les douze mille accidentés annuels de la circulation dont la moitié concerne la seule ville de Kinshasa. Le nombre quotidien des blessés dépasse largement la capacité d'accueil du service des urgences du fait de la fréquence des accidents. Les autres hôpitaux accueillent la plupart des accidentés qui sont aussi confrontés aux problèmes d'indemnisation rapide, faute d'un marché d'assurance bien organisé.

Malgré tous les motifs évoqués ci haut, les pouvoirs publics est dans l'obligation de remédier la situation des victimes en leur accordant une protection effective, par la création urgente d'un fond de garantie automobile.

Au final, l'inégalité de traitement entre les victimes aboutit à une situation discriminatoire manifeste, totalement inéquitable. Il n'est donc pas étonnant de reconsidérer cette inégalité.

## II- UNE INÉGALITÉ À ABOLIR

Ainsi, il a été démontré que le traitement inégalitaire entre les victimes<sup>80</sup> s'analyse en termes de discrimination que prohibe la constitution qui consacre aux termes de l'article 12

---

<sup>78</sup> Plan National de Développement Sanitaire recadré pour la période 2019-2022 : Vers la couverture sanitaire universelle Septembre 2018, p. 26.

<sup>79</sup> P. DIOUF, *op.cit.*, p. 24.

<sup>80</sup> Cf. L'art. 113 du Code des Assurances. Toutes ces victimes doivent assumer les conséquences dramatiques de la faute du conducteur. Ce qui pourrait laisser supposer que la loi portant Code des assurances n'est pas remédiate ou protectrice, elle est discriminatoire.

l'égalité de tous devant la loi<sup>81</sup>. Il y a donc des raisons aussi fortes pour considérer qu'il faudra abolir ce traitement. Cette démarche prendra appui sur la finalité assignée à une indemnisation directe de toutes les victimes (A) dont la mise en œuvre sera précisée (B).

### A- La finalité de l'indemnisation directe

Pour répondre aux aspirations d'une réparation systématique du dommage de la responsabilité du conducteur, le législateur doit choisir à réorganiser la réparation du préjudice corporel des victimes d'accidents de la route par un régime qui ne prendra en compte ni la faute de l'auteur du dommage ni celle de la victime et qui indemniserà toute victime sur des bases identiques (1). Il s'agit d'une socialisation des risques liés aux accidents de la route (2).

#### 1- La neutralisation de la faute

Dans le but de faire aboutir les revendications de l'égalité dans le traitement de toutes les victimes, la réforme à suggérer doit prescrire expressément la suppression de toute distinction entre les victimes conductrices et non conductrices. Elle doit déclarer qu'en « *cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation* », comme c'est le cas du projet de réforme en droit français<sup>82</sup>.

En effet, si la faute ne peut, *a priori*, plus être opposée à la victime conductrice qu'à la victime non conductrice, donc l'assurance automobile sera extirpée de la catégorie des assurances de responsabilité pour celle des assurances de personnes<sup>83</sup> et la prise en charge de toutes les victimes sera facilitée par un régime d'indemnisation directe et automatique qui ne tiendrait plus compte de la faute (la neutralisation de la faute).

Le régime de l'indemnisation des victimes d'accident de la route sera rapproché de celui des accidents du travail et des maladies professionnelles, en ce sens que l'indemnisation du préjudice dans le cadre du droit du travail est aussi faite sans égard à la faute<sup>84</sup>. Un tel régime sera bien accepté et ne sera pas remis en cause par les assureurs. Le problème étant toutefois de bien adapter les barèmes d'indemnisation. Le régime applicable aux accidents du travail est le

<sup>81</sup> Cf. l'article 12 de la Constitution du 18 février 2006.

<sup>82</sup> S. HOCQUET-BERG, « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile », *JCPG* 2016, HS 30, pp. 61. – J. LANDEL, « L'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile codifiée, tout en la modifiant, la loi Badinter sur les accidents de la circulation », *RGDA* 2016, p. 288, n° 6. – L. BLOCH, « La réforme du droit de la responsabilité civile : retour vers le futur », *Resp. civ. et assur.* 2016, alerte 15.

<sup>83</sup> Les assurances de personnes incluent les assurances vie, l'assurance accident corporel et l'assurance maladie. Voir en ce sens Jean HERON, préface du livre de V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996, p.5-6.

<sup>84</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil Les obligations*, Paris, Dalloz 12<sup>ème</sup> éd, 2019, p. 1215.

résultat d'un compromis, d'une négociation entre employeurs et employés ; celui des accidents de la route sera le résultat d'un choix de société<sup>85</sup>.

Le régime de prise en charge de toutes les victimes a été promu en Australie, mais n'est jamais entré en vigueur, la France a présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques URVOAS, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, un projet de réforme et de modification au régime général de la responsabilité civile. Les éventuelles modifications sont majoritairement de deux ordres : la suppression de l'exception des chemins de fer et tramways circulant sur leurs voies propres et la possibilité d'une indemnisation plus « juste » pour le conducteur victime<sup>86</sup>.

Certains Etats comme l'Algérie, l'Israël, la Suède, la Nouvelle-Zélande et le Québec<sup>87</sup> ont déjà adopté une telle réforme, en se référant au projet de M. André TUNC<sup>88</sup>. Il en va de même pour le système *no fault* mis en place aux États-Unis d'Amérique qui ne prend absolument pas en considération la faute de la victime, quelle qu'elle soit<sup>89</sup>.

Au Québec par exemple l'élaboration de la loi du 21 décembre 1977 qui avait instaurée le régime d'indemnisation directe, sans égard à la faute, s'était heurtée à un certain nombre de réticences, notamment à une opposition très vive de la part du Barreau québécois. Le Barreau marquait son attachement à la notion de responsabilité ainsi qu'au principe de la réparation intégrale du dommage et doutait qu'un régime sans égard à la faute permette de diminuer les coûts de l'assurance. Il préconisait l'adoption d'un système mixte qui aurait facilité l'indemnisation de la victime innocente, tout en laissant place à un recours devant les

---

<sup>85</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, « Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'accidents de la route est-il un exemple à suivre pour le droit français ? ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 183-195;

<sup>86</sup> BLEUWENN SAVARY, *La police d'assurance automobile en 2025 : quelles perspectives pour un domaine en pleine révolution ?*, Mémoire de Master II, Université Jean Moulin Lyon III, 2017-2018, p. 23.

<sup>87</sup> M-T. KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI, *op.cit.*, p. 336.

<sup>88</sup> A. TUNC, propose d'éliminer, en principe, la notion de faute en matière de réparation des accidents de la circulation ; et ceci, afin d'atteindre un double résultat : d'une part, permettre l'indemnisation de toutes les victimes, fussent-elles fautives elles-mêmes, et réaliser ainsi un idéal humain et social généreux.

<sup>89</sup> J.A. JOLOWICZ, « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en droit anglais », In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 37 N°2, Avril-juin 1985. pp. 275-301;

tribunaux<sup>90</sup>. Cette opposition se retrouve dans nombre d'États lorsqu'est débattue l'adoption d'une telle réforme<sup>91</sup>.

Par ailleurs, la question est alors de savoir s'il est vrai que la mise à l'écart de la responsabilité déresponsabilise les conducteurs et l'État, ayant ainsi un effet néfaste sur le nombre d'accidents de la circulation et le comportement au volant. Elle est aussi de savoir s'il est essentiel de maintenir le droit de poursuite pour la victime d'un comportement fautif ou si le bénéfice général d'un système d'indemnisation automatique justifie la perte de ce droit<sup>92</sup>. Après plus de quarante ans d'application du nouveau régime, le Québec est revenu sur ces interrogations. Malgré les critiques, le régime d'indemnisation sans égard à la faute est apparemment bien accepté au Québec<sup>93</sup>. La remise en cause du régime semble vouée à l'échec, tant sur le plan judiciaire que législatif<sup>94</sup>.

Au-delà de la neutralisation de la faute de la victime conductrice, l'indemnisation directe se justifie par la nécessité de socialiser les risques liés aux accidents de la route.

## 2- La socialisation des risques d'accidents

Le système l'indemnisation directe (*no fault*) proposé par cette contribution est une approche radicalement originale qui défend l'idée du risque automobile comme risque social<sup>95</sup>. L'indemnisation des dommages corporels échappera totalement à la responsabilité civile : la victime ne disposera d'aucune action indemnitaire contre l'auteur du dommage et l'auteur du

---

<sup>90</sup> V. sur le Journal du Barreau vol. 30 n° 2, sur le site Internet du Barreau (<http://www.barreau.qc.ca/journal>) « Vingt ans déjà ! La réforme de l'assurance automobile », par Éric DUFRESNE, ainsi que le numéro de janv. /févr. 1977 du Journal du Barreau entièrement consacré aux accidents d'automobile. Cité par M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, « Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'accidents de la route est-il un exemple à suivre pour le droit français ? ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 184-195;

<sup>91</sup> Elle est particulièrement virulente aux États-Unis. Cela tient à la création, en 1946, de « L'association of Trial Lawyers of America » (ATLA : <http://www.atlanet.org>). Il s'agit d'une association d'avocats qui a eu une très grande influence aux États-Unis. Cette association a défendu systématiquement un élargissement de l'indemnisation auprès de la population et a sans doute eu une grande influence sur les jurys américains. L'association a fait campagne contre la recherche de systèmes de réparation sans égard à la faute en faisant valoir que les victimes risquaient de perdre beaucoup de leur indemnisation.

<sup>92</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, *loc-cit*, pp. 185-195.

<sup>93</sup> C. BELLEAU, « L'assurance des dommages matériels au Québec et l'indemnisation directe : un régime efficace mais encore mal compris », in *Les Cahiers du droit de l'Université de Laval*, juin-sept. 1998, p. 613 et s.

<sup>94</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, *loc-cit*, pp. 185-195.

<sup>95</sup> A. TUNC, « La réforme du droit des accidents de la circulation ». In *revue internationale de droit comparé*. Vol. 20 N°3, Juillet-septembre 1968. pp. 517.

dommage ne sera pas tenu d'indemniser les conséquences de celui-ci<sup>96</sup>. La réparation sera entièrement socialisée et reposera sur une entité publique, comme c'est le cas en Nouvelle-Zélande et au Québec.

Au Québec par exemple, le régime d'indemnisation du dommage corporel résultant des accidents de la route est un régime d'assurance publique. Il a été instauré par une loi à caractère social, guidée par l'idée de « *la personne avant toute chose* ». La loi détache l'indemnisation de toute notion de responsabilité, puisqu'elle n'énonce aucune présomption de responsabilité, pour être un régime d'assurance directe des victimes. A la différence en effet d'un système de responsabilité causale, ou de responsabilité de plein droit, ce n'est pas l'assurance de l'auteur du dommage qui indemnise la victime mais sa propre assurance directement. Le but de cette loi est en revanche d'indemniser toutes les victimes, pour le dommage corporel subi lors de l'accident et de les réadapter à la vie sociale le plus rapidement possible<sup>97</sup>. Son rôle est comparable à celui de l'assurance maladie qui assume les frais de santé de chacun, quelle que soit sa responsabilité dans un acte répréhensible. La comparaison paraît tout à fait judicieuse et montre l'ampleur de la différence de nature entre un système de réparation fondé sur la responsabilité et un système d'indemnisation sans égard à la faute.

En Nouvelle-Zélande, la socialisation extrême des risques accidentels a été mise en place en 1974 et réformée à de nombreuses reprises. Elle repose sur une entité publique, l'Accident Compensation Corporation (ACC)<sup>98</sup>. Cette entité ne dispose pas d'action subrogatoire contre l'auteur du dommage<sup>99</sup>. Un tel degré de socialisation publique des risques accidentels et la suppression de toute action en responsabilité apparaissent uniques au monde<sup>100</sup>.

Cependant, l'ACC a survécu aux changements politiques, et au recul de l'État providence, en ce qu'elle répond également à un autre paradigme : celui d'une assurance obligatoire. Dans ce sens, l'ACC apparaît comme le système économique le plus efficace en

---

<sup>96</sup> V. RIVOLLIER « Le modèle néo-zélandais de la prise en charge du dommage corporel d'origine accidentelle » *In projet* « De la responsabilité civile à la socialisation des risques » (dir. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Université Savoie Mont Blanc) en Nouvelle-Zélande réalisé en juin 2018, p. 2.

<sup>97</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, *loc-cit.*, pp. 186-195.

<sup>98</sup> V. RIVOLLIER, *Loc.cit.*, p. 2.

<sup>99</sup> A. TUNC, « L'indemnisation des dommages corporels subis par accident : le rapport de la Commission royale néo-zélandaise », *RIDC* 1968, p. 697-701 ; même auteur, « L'indemnisation des accidents corporels accidentels : le projet néo-zélandais », *RIDC* 1971, p. 449-451, M. A. VENEL, « L'indemnisation des dommages corporels par l'État : les résultats d'une expérience d'indemnisation automatique en Nouvelle-Zélande », *RIDC* 1976, p. 73-82 ; A. TUNC, « Quatorze ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais », *RIDC* 1989, p. 139-144.. Cf. également J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2010, p. 381 et s.

<sup>100</sup> V. RIVOLLIER, *loc-cit.*, p. 2.

matière de réparation des dommages d'origine accidentelle ; pour les individus, elle constitue une assurance de personnes, et pour les potentiels responsables une assurance de responsabilité. Cette forme de socialisation évite la loterie de la responsabilité civile à la fois du point de vue des victimes que des potentiels responsables. En suivant un tel modèle, l'exclusion de la maladie du système est plus compréhensible qu'en suivant le premier modèle. De même, cela peut conduire à un modèle de financement qui s'adapte davantage aux risques encourus de subir ou de causer un accident.

La finalité de l'indemnisation directe ainsi identifiée, sa mise en œuvre devra être examinée.

## **B- La mise en œuvre de l'indemnisation directe**

Au regard de la finalité de l'indemnisation directe, toutes les victimes seront traitées sur des bases identiques. Elles auront un droit égal à la réparation de leurs dommages. Cependant, leur réparation ne sera pas intégrale, elle sera entièrement forfaitaire, contrairement aux systèmes de responsabilité attachés au principe de la réparation intégrale (1). Par conséquent, la souscription de l'assurance facultative du conducteur demeurera très nécessaire, compte tenu de la limitation d'indemnisation qui peut encore lui être opposée en cas de faute inexcusable ou volontaire de l'accident, (2).

### **1- L'écartement de la réparation intégrale**

L'introduction d'une indemnisation directe (*no fault*) s'accompagne souvent des règles limitant le coût de la réparation des dommages. Cette limitation est guidée par le principe de solidarité. Pour que la charge financière entraînée par les accidents reste économiquement supportable pour l'assureur, il faut qu'elle soit répartie sur une grande partie de la population<sup>101</sup>. Dès lors, le principe de l'indemnisation intégrale sera écarté, puisque son maintien dans l'évaluation des dommages entraînerait un coût d'indemnisation élevé<sup>102</sup>.

Le principe de la réparation intégrale recèle en lui-même une force d'expansion qui permet de craindre que le prix de la sécurité des victimes ne devienne extrêmement élevé pour l'ensemble du corps social<sup>103</sup>. C'est pourquoi une indemnisation plafonnée, calculée en fonction

<sup>101</sup> R. O. DALCQ, *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1983, p.344.

<sup>102</sup> L. NZOSABA, *A la recherche d'un système d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière adapté au contexte socio-économique africain*, Thèse, Université Catholique de Louvain, 2005, p. 178.

<sup>103</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2001, pp.188.

d'un barème objectif permettrait de régler le problème<sup>104</sup> dans la perspective d'un système d'indemnisation automatique adapté aux Etats pauvres<sup>105</sup>.

Au Québec par exemple, le professeur GARDNER présente la méthode de calculer le dommage en fonction d'un barème objectif comme ayant un avantage incontestable de par sa grande simplicité<sup>106</sup>. La standardisation opérée au niveau de la gravité des blessures, elle assure une indemnisation identique et sans discussion des pertes non pécuniaires. L'inconvénient majeur de cette méthode résulte évidemment de sa totale absence de considération de la situation particulière de la victime<sup>107</sup>.

En Nouvelle-Zélande, La prise en charge des victimes ne prend pas uniquement la forme d'une indemnisation. Elle prend directement de nombreux frais, la victime n'a pas à faire l'avance. Cette indemnisation n'est pas intégrale : elle est entièrement forfaitaire<sup>108</sup>. Elle est faite, comme au Québec, en fonction d'un barème fixé par la loi qui énonce les préjudices indemnifiables et laisse peu de place à la souplesse d'appréciation. Le barème tient compte des membres ou organes atteints et de la gravité des blessures et indique le montant des réparations. Les préjudices visés sont indemnisés forfaitairement ou sont plafonnés<sup>109</sup>.

L'avantage d'une indemnisation calculée en fonction d'un barème strict est d'indemniser le dommage rapidement, avec peu de contentieux. Mais ce mécanisme objectif répond mal au caractère personnel du dommage. La preuve de la gravité particulière d'un préjudice en raison de circonstances propres à la victime devrait permettre un surcroît d'indemnisation<sup>110</sup>.

L'ouverture large de l'indemnisation à toute victime demande cependant d'évaluer les limites des préjudices indemnisés en prenant en compte les ressources qui peuvent être mobilisées et les redistributions qu'il est souhaitable d'assurer. Cette gestion est confiée au Québec à la Société de l'assurance automobile<sup>111</sup>.

Toutefois, en l'état actuel de proposition de réforme, qui étend la garantie d'assurance automobile obligatoire aux conducteurs victimes, mais de façon plus limitée que pour les non

<sup>104</sup> L. NZOSABA, *op.cit.*, p. 178.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> D. GARDNER, *L'évaluation du préjudice corporel*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1994, n° 222, p. 158.

<sup>107</sup> D. GARDNER, *op.cit.*, p. 158.

<sup>108</sup> V. RIVOLLIER, *Loc.cit.*, p. 8.

<sup>109</sup> M. LELIÈVRE-BOUCHARAT, *loc-cit.*, pp. 192-195.

<sup>110</sup> *Idem*

<sup>111</sup> *Ibidem*.

conducteurs, la souscription d'une assurance automobile facultative du conducteur demeurera nécessaire<sup>112</sup>.

## 2- Le maintien de l'assurance automobile facultative du conducteur

Page | 439

Bien que les victimes auront un droit égal à la réparation de leurs dommages. Cependant, leur réparation ne sera pas intégrale, elle sera entièrement forfaitaire, contrairement aux systèmes de responsabilité attachés au principe de la réparation intégrale. Par conséquent, la souscription de l'assurance facultative du conducteur demeurera très nécessaire, compte tenu de la limitation d'indemnisation qui peut encore lui être opposée en cas de faute inexcusable ou volontaire de l'accident, aucun droit à l'indemnisation de ses préjudices corporels ne lui sera garanti par l'assurance automobile obligatoire. Dans ces conditions, l'objectif d'indemnisation de toutes les victimes de dommages corporels, pourtant revendiqué par la société, ne serait pas atteint.

Aussi, le conducteur aurait-il intérêt à souscrire, ou continuer de souscrire, une assurance automobile facultative pour obtenir le complément d'indemnisation. Celle-ci couvre les dommages corporels subis par le conducteur après un accident dont il a personnellement été responsable ou dû à un brouillard, une chaussée glissante et autres événements imprévisibles. L'assureur prendrait en charge les frais d'hôpitaux, chirurgicaux, médicaux et pharmaceutiques, les prothèses, les préjudices découlant d'une incapacité et même un capital décès. Cependant, pour parvenir à cet objectif d'indemnisation, encore faut-il que l'assurance facultative des dommages corporels du conducteur ne donne pas lieu au versement d'un montant forfaitaire limité<sup>113</sup>, mais, pour être réellement efficace, comporte un véritable caractère indemnitaire<sup>114</sup>.

Outre l'efficacité réelle de l'assurance facultative qu'il faut vérifier, la souscription d'une telle assurance demeure subordonnée aux capacités financières du souscripteur. Donc la réforme doit proclamer l'égalité, si celle-ci est proclamée, les victimes conductrices auront :

Un droit à l'indemnisation de leurs préjudices corporels, sauf en cas de faute inexcusable non cause exclusive de l'accident qui ne pourra, toutefois, que limiter leur indemnisation et non plus l'exclure comme c'est le cas aujourd'hui<sup>115</sup> ;

<sup>112</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, Un droit à indemnisation pour le conducteur victime ? À la suite du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 ; <https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-2/un-droit-a-indemnisation-pour-le-conducteur-victime/>

<sup>113</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE ET L. LEVENEUR, *Droit assurances*, Paris, Dalloz, 13e éd. 2011, p. 790-791.

<sup>114</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, *op.cit.* ; <https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-2/un-droit-a-indemnisation-pour-le-conducteur-victime/>

<sup>115</sup> *Idem.*

En l'absence de définition précise de cette faute inexcusable non cause exclusive de l'accident, contrôlée par la Cour de cassation, les juges du fond risquent de continuer à appliquer leur jurisprudence sur la faute simple pour décider trop souvent d'une limitation<sup>116</sup> ;

Une distinction importante est maintenue entre victimes conductrices et non conductrices : les premières n'auront d'autre choix que de souscrire une assurance facultative de dommages corporels pour compléter l'indemnisation accordée au titre de l'assurance obligatoire<sup>117</sup> ;

Mais, l'efficacité de l'assurance facultative dépend de son véritable caractère indemnitaire ; Et, en toute hypothèse, la souscription de l'assurance facultative suppose que le conducteur en ait les capacités financières<sup>118</sup>.

### Conclusion

L'ancienne loi n° 73/013 du 5 janvier 1973 portant obligation de l'assurance de responsabilité civile en matière d'utilisation des véhicules automoteurs s'est rapidement relevé inapte à régir les accidents de la circulation, notamment en réduisant trop souvent l'indemnisation de toutes les victimes auxquelles une faute pouvait aisément être opposée. Cette inquiétude vient d'être dépassée par la loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant Code des assurances.

Depuis sept ans, le sort des victimes non conductrices est protégé par un régime spécial qui fait l'objet de certaines critiques mais qui, dans l'ensemble, constitue une avancée appréciable dans l'indemnisation de ces dernières. Le plus gros regret que l'on éprouve à l'égard de ce régime est que, on ne le dira jamais assez, n'a pas amélioré la situation des victimes conductrices et de leurs ayants droits. Ils ont été rigoureusement sacrifiés, contrairement au Code CIMA qui considère les membres de la famille du conducteur comme des tiers protégés.

Le législateur congolais doit améliorer l'indemnisation de toutes les victimes et abolir les exclusions, comme l'avait fait son homologue ivoirien avant d'adhérer à la CIMA. La raison d'être de cette exclusion est difficilement justifiable, d'autant plus que certains Etats modèles comme le Québec prévoient une indemnisation des dommages corporels par un organisme particulier (la société de l'assurance automobile) qui ne prend absolument pas en

---

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Ibidem.

<sup>118</sup> Ibidem.

considération la faute de la victime, quelle qu'elle soit. Il en va de même pour le système *no fault* mis en œuvre aux États-Unis d'Amérique.

L'amélioration de l'indemnisation de toutes les victimes réduirait sans aucun doute les conséquences néfastes des accidents, mais elle ne les ferait pas disparaître. C'est pourquoi le régime de l'assurance automobile doit déboucher sur le contrôle de l'obligation d'assurance et l'organisation de la prévention des accidents de la route.

Les pouvoirs public doivent résolument s'engager à resserrer les conditions d'obtention du permis de conduire, à adopter de mesures sévères pour contrer la conduite en état d'ébriété et faire des campagnes de sécurité routière combinées. Ces mesures diminueront les risques d'accidents et permettront d'assurer une meilleure protection du public.





**Le principe à un environnement sain en droit positif camerounais***The principle of a healthy environment in Cameroonian positive law*

Par:

**GARGA SADOU**

Docteur Ph.D en Droit Public

Chargé de cours

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 442

**Résumé:**

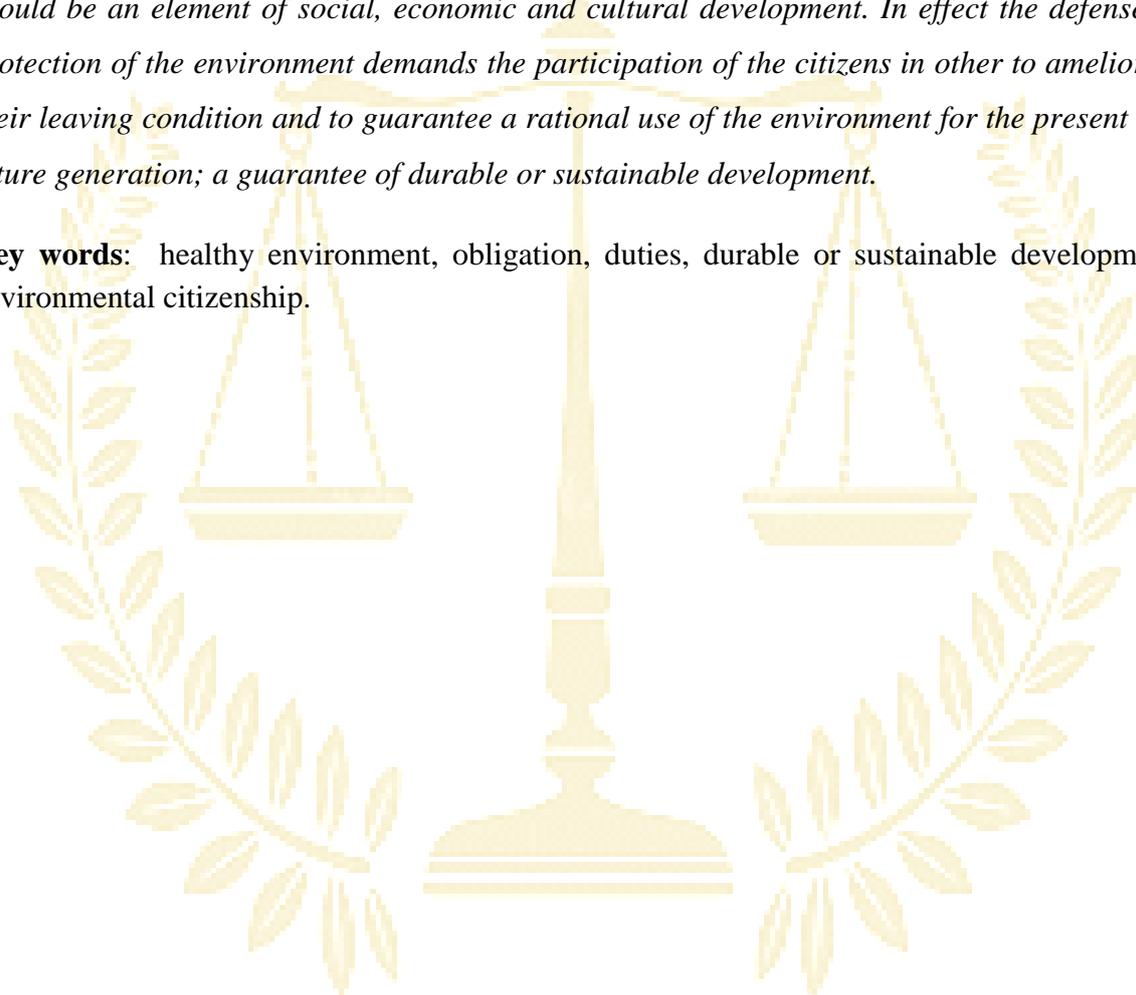
*La dégradation de l'environnement est un phénomène globale qui interpelle la communauté nationale et internationale. Le pouvoir public a voulu répondre aux exigences de la communauté internationale en consacrant dans le préambule de la Constitution du 18 janvier 1996 le principe à un environnement sain. La protection de l'environnement est reconnue comme droit fondamental de l'homme et de ce fait sa consécration implique une connotation juridique contraignante. L'Etat et la population sont considérés comme le vecteur de la protection de l'environnement. Ils ont le droit et le devoir de veiller à ce que l'environnement soit un acquis de développement social, économique et culturel. En effet, la défense de l'environnement nécessite la participation des citoyens en vue d'améliorer leur condition de vie et assurer une utilisation rationnelle pour la génération présente et future, gage de développement durable.*

**Mots clés :** environnement sain, obligation, devoir, développement durable, citoyenneté environnemental

**Abstract :**

*The problem of environmental degradation is a global problem that demands the intervention of both the national and international community. The public authority in Cameroon in response to this problem noted the right to leave in a healthy environment in the preamble of the Cameroonian constitution of 18 January 1996. Environmental protection is considered to be a fundamental human right. For this reason its consecration implies a judicial connotation that has a constraint. The state and the population are considered to be vectors in environmental protection. They have rights and obligations to ensure that the environment should be an element of social, economic and cultural development. In effect the defense or protection of the environment demands the participation of the citizens in order to ameliorate their living condition and to guarantee a rational use of the environment for the present and future generation; a guarantee of durable or sustainable development.*

**Key words:** healthy environment, obligation, duties, durable or sustainable development, environmental citizenship.



## Introduction

Depuis l'affaire de *fonderie de trail* qui a opposé les Etats Unis au Canada<sup>1</sup>relativement à la pollution transfrontalière, l'Etat a désormais l'obligation de vigilance sur son territoire. C'est dans ce contexte que les Etats ont pris conscience suite également à l'annonce du Secrétaire Général des Nations Unies de veiller en faveur de la protection de l'environnement<sup>2</sup>. Elle a suscité la tenue des Conférences de Stockholm et 20 ans après, celle de RIO<sup>3</sup>. Ces deux Conférences ont abouti dans la plupart des Etats africains à la consécration du devoir pour l'Etat de sauvegarder et d'améliorer l'environnement. Au Cameroun, après la conférence de 1992, la première action du gouvernement a consisté en la création d'un ministère de l'environnement<sup>4</sup>. C'est ainsi que le constituant de 1996 a saisi l'occasion de la révision constitutionnelle pour insérer ce principe : « *Toute personne a droit à un environnement sain. La protection de l'environnement est un devoir pour tous. L'Etat veille à la défense et à la promotion de l'environnement* ». Cette disposition de nature juridique témoigne de la volonté des pouvoirs publics de placer les questions environnementales au centre de leurs préoccupations. Il en va d'ailleurs ainsi pour de nombreux autres Etats africains<sup>5</sup>. Cette disposition du préambule de la constitution du 18 janvier 1996 marque-t-elle son importance aujourd'hui en matière de la protection de l'environnement? Le droit à un environnement sain peut alors être qualifié de principe fondamental de droit de l'homme<sup>6</sup>. Selon Jean-Marc LAVIEILLE le droit à l'environnement reconnu aux individus et à leurs regroupements, comprend le droit à l'information, à la participation et au recours, sans supporter les pollutions qui mettent en péril leur santé.<sup>7</sup> La proclamation constitutionnelle du droit à un environnement de qualité correspond à la consécration d'un principe fondamental. Cette proclamation garantit le droit à un environnement sain, droit de l'homme de troisième génération, qui occupe une place de

<sup>1</sup> Voir la sentence arbitrale du 11 mars 1941, dans l'affaire de *fonderie de trail entre Etats Unis et Canada*.

<sup>2</sup> Document de l'Organisation des Nations Unies, Conf/18/1 du 21 décembre 1971.

<sup>3</sup> La Conférence de 1972 tenue à Stockholm du 5 au 16 juin baptisée Déclaration de Stockholm sur l'environnement proclame 26 principes sur l'environnement et 20 ans après, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement tenu du 3 au 14 juin 1992. Bien avant, les droits de l'homme à un environnement sain étaient évoqués implicitement par le Pacte International Relatif aux droits Economiques, sociaux et culturels de 1966.

<sup>4</sup> Créé par le décret n°92/069 du 9 avril 1992 portant organisation du gouvernement complété par le décret n°92/265 du 29 décembre 1992. Ce même ministère est scindé en deux par le décret n°2004/320 du 8 décembre 2004 l'un le ministère de l'environnement et de la protection de la nature et l'autre le ministère des forêts et de la faune.

<sup>5</sup> A ce propos, voir KENFACK (J.), « L'influence de l'Occident dans la définition des normes environnementales et du développement durable en Afrique », *Revue camerounaise d'études internationales*, N°001, 1<sup>er</sup> semestre 2007, p. 214.

Voir également TCHEUWA (J.-C.), « Les préoccupations environnementales en droit positif camerounais », *R.J.E.*, 1/2006, p. 5.

<sup>6</sup> Ce principe est prévu également par les textes internationaux tel que : principe 1 de Stockholm ; article 24 de la CADHP ; article 11 de Protocole de San José ; Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ; Protocole de MAPUTO du 11 juillet 2003 ; jurisprudence de la CEDH...

<sup>7</sup> LAVIEILLE (J. M.), *Droit international de l'environnement*, éd. ellipses, Paris 1998, p.88.

choix dans l'ordonnancement juridique. Il suit que l'Etat assure à ses citoyens des conditions de vie de qualité, gage du développement de la vie durable. Le constituant camerounais considère ce principe non seulement comme un droit mais également comme un devoir à l'égard de tous<sup>8</sup>. Ainsi donc, l'affirmation par la constitution de 1996 des principes relatifs à l'environnement marque la volonté des pouvoirs publics camerounais de s'arrimer aux idéaux mondiaux concernant l'environnement<sup>9</sup>.

Cette disposition constitutionnelle va permettre d'instaurer un ordre écologique national dans lequel les citoyens et les pouvoirs publics ont la charge de veiller à la promotion d'un environnement sain. Elle va servir comme base de gestation des normes juridiques dans les différents secteurs de l'environnement. Elle est également perçue comme un vecteur rationnel de la gestion durable de la biodiversité ; considérée comme facteur de préservation de l'environnement, profitable aux générations futures et présentes. La consécration du principe à un environnement sain dans la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 fonde le régime juridique du droit de l'environnement. La protection juridique de l'environnement ainsi assurée va d'ailleurs permettre aux Etats en développement comme le Cameroun de s'arrimer au standard des principes universels de l'environnement. Ainsi donc, la consécration de ce principe garantit la culture de promotion de l'Etat de droit et celle du développement durable<sup>10</sup>.

La répercussion de cette analyse dévoile la considération des pouvoirs publics dans la mise en œuvre du droit de l'environnement au plan interne et international<sup>11</sup>. Ceci qui amène à considérer que, cette disposition du préambule marque la consécration du droit à un environnement sain pour tous (I) dont l'Etat est le garant (II).

## I- LA CONSECRATION D'UN DROIT POUR TOUS A UN ENVIRONNEMENT SAIN

Si la constitution de 1961 et celle de 1972 n'ont pas prévu de dispositions relatives à l'environnement, la nouvelle constitution apparaît plus exigeante en la matière. Le constituant

<sup>8</sup> Cette idée renvoie au principe 1 de Stockholm et principe 10 de Rio et art. 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>9</sup> A ce propos, PRIEUR Michel et DOUMBE-BILLE considèrent que « la valeur écologique est irremplaçable pour la planète », voir « droit- forêt et développement durable » Bruyant, 1996, cité par Delphine - EDITH Emmanuel, la Commission des Forêts d'Afrique Centrale, *RJE*, 2/ 2007, p. 202.

<sup>10</sup> Voir à ce propos HALLEY(P.) et LEMIEUX (D.) « L'action publique et la mise en œuvre du développement durable : La loi québécoise sur le développement durable » in *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Paris, éd. Montchrestien, 2007, p.853.

<sup>11</sup> ROMI (R.) « La « transversalité », caractéristique, moteur et frein du droit de l'environnement » in *confluences*, mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 9-14.

de 1996 a voulu répondre aux influences de la communauté internationale<sup>12</sup>, en choisissant d'inscrire l'environnement comme un droit garanti à tous les citoyens (A) dont ceux-ci ont également la charge (B).

### A- Un droit garanti à tous les citoyens

Page | 446

La ratification par un Etat des conventions internationales ne suffit pas pour affirmer l'effectivité de la protection de l'environnement. C'est à travers la norme fondamentale c'est-à-dire la constitution (1) et à travers également des mesures législatives et réglementaires, que l'on peut assurer véritablement l'effectivité du principe à un environnement sain (2).

#### 1- Un droit garanti par la constitution

La constitution a une valeur véritable lorsqu'elle prend en compte les aspirations du peuple. Elle accorde des droits et des obligations afin que chaque citoyen s'épanouisse librement dans un environnement propice à son existence. En effet, la reconnaissance par l'Etat d'une nécessité de protéger l'environnement est un droit pour tous. Elle traduit le passage d'une conception théorique des droits à une conception effective et donc à une avancée de l'Etat de droit<sup>13</sup>. Ainsi, le peuple camerounais bénéficie-t-il d'une mesure de protection définie par la constitution. Celle-ci accorde aux peuples le droit de vivre dans des conditions conformes à la sécurité et à l'hygiène, de disposer d'eau potable pure, d'air pur et d'espaces verts accessibles<sup>14</sup>. En outre, il revient aux pouvoirs publics de traduire cette disposition à travers les mesures législatives<sup>15</sup> afin de protéger efficacement la population. La consécration du principe du droit à un environnement sain par la constitution place ce principe au plus haut niveau de la hiérarchie des normes juridiques. Ainsi, le droit à un environnement écologique équilibré peut se traduire par la protection de la qualité de vie, ou de la protection de la vie elle-même. On peut donc considérer l'environnement comme un ensemble de facteurs et de conditions fondamentales pour le développement de toutes les formes de vie, c'est-à-dire l'ensemble des espaces et de ressources naturelles qui permettent une vie saine. Ainsi, paraît-il que le droit à un environnement sain n'est autre que la définition même de la notion d'environnement. Son

<sup>12</sup> Il faut noter que les Etats Unis avaient dès 1969 introduit le droit de chaque personne à un environnement sain dans leur loi sur l'environnement (section 101-C [424SC PARA.4331]).

<sup>13</sup> PRIEUR(M.), « Environnement » in *Traité international de droit constitutionnel*, livre 3, suprématie de la constitution, 2013, Dalloz, p. 616.

<sup>14</sup> Doc. Parlementaire, chambre des représentants SE 1991-1992, N° 218/1, p. 5.

<sup>15</sup> Voir la loi n°96/12 du 5 avril 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement ; et en plusieurs autres textes réglementaires tels que le décret n°95/466/PM du 2 juillet 1995 fixant les modalités d'application du régime des forêts ; le décret n°99/820/PM du 9 novembre 1999 fixant les conditions d'agrément des personnes physiques ou morales à l'exploitation des laboratoires de contrôle de pollution.

insertion dans la constitution lui donne une connotation juridique à caractère contraignant. La constitution selon Geneviève KOUBI et Raphaël ROMI « est bien une mise en ordre juridique dans l'Etat puisqu'elle présente une conception de l'ordre le meilleur pour tous à la source de toutes ces fonctions, lesquelles s'exercent au moyen d'instruments de droit, au moyen d'actes juridiques, tels les lois, les règlements, les jugements, etc. »<sup>16</sup>.

Le développement progressif du droit international se manifeste par la prise en compte des préoccupations environnementales dans les Etats en développement. Cette conception traduit la phase actuelle dans l'évolution du droit de l'environnement et est caractérisée par l'« écologisation du droit ou des branches classiques du droit », c'est-à-dire la pénétration d'objectifs environnementaux dans l'ensemble des domaines juridiques<sup>17</sup>. Par ailleurs, le volet environnemental reste l'un des problèmes contemporains qui a suscité la communauté internationale à fructifier les différentes coopérations qui vont au-delà de la protection de l'environnement. La protection de l'environnement ne peut être réalisée isolément, dans la mesure où, la Déclaration de Rio a suggéré en son principe 25 que : « la paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables »<sup>18</sup>. Ce principe englobe le droit au développement économique, en ce sens que l'accroissement des activités économiques doit respecter les principes environnementaux. Il en est le cas de l'exploitation rationnelle par les pouvoirs publics des ressources disponibles sans compromettre celle de la génération future. Du point de vue social, la protection de l'environnement sera assurée lorsque les mesures seront prises pour améliorer les conditions de vie de la population. En réalité, l'Etat comme ses citoyens doit être conscient de la nécessité d'appliquer cette disposition constitutionnelle. Ainsi, doit-on observer à la suite de l'opinion de Serge SUR selon laquelle « pour être contemporain, ils ne relèvent pas de la mode. Celle-ci peut devenir consciente d'elle-même, cesser dès lors d'être un processus inconscient pour devenir action consciente et rationnelle, orientée en l'occurrence vers une finalité plus éthique qu'esthétique »<sup>19</sup>. La protection de l'environnement reste un problème contemporain puisqu'elle touche le secteur sensible de l'Etat.

<sup>16</sup> KOUBI (G.) et ROMI (R.), *Etat constitution loi*, éd. LITEC, Paris, 1993, p.72.

<sup>17</sup> SUETEN (L-P.), « Le droit à la protection d'un environnement sain (article 23 de la Constitution Belge) » in *Les hommes et l'environnement*, Etudes en hommage à Alexandre KISS, éd. Frison-Roche, 1998, p. 490

<sup>18</sup> Voir le principe 25 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 3 au 14 juin 1992.

<sup>19</sup> SUR (S.), « Les phénomènes de mode en droit international » in *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, éd. PEDONE, 2001, p.51.

Si la souveraineté est la « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* »<sup>20</sup> selon Robert DESCION, la République en elle-même, « *est l'instrument qui permet de gérer ce qui est commun dans une communauté politique* »<sup>21</sup>. Ainsi, la terre et tout ce qui s'y rapporte, notamment les ressources naturelles, appartiennent à la République. En vertu du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles, l'État dispose d'une prérogative absolue d'exploiter les ressources disponibles sur l'étendue de son territoire. Ce principe de la souveraineté prévu au Principe 21 de la Conférence de Stockholm énonce que, « *[...], les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* »<sup>22</sup>. Ce principe est repris succinctement par la Conférence de Rio qui réaffirme le rôle crucial de cette disposition<sup>23</sup>. Les États en voie de développement doivent affirmer leur souveraineté sur leurs ressources naturelles afin de mener à bien le processus de développement durable. Selon Raymond DESCIMON, la souveraineté est considérée comme monopolisatrice du droit positif<sup>24</sup>. Il revient ainsi aux puissances publiques de légiférer dans les différents secteurs de l'environnement. Les différents textes législatifs sectoriels visent la protection de l'environnement et rendent une vie saine et paisible pour les citoyens. Ainsi, ceux-ci peuvent établir des mécanismes juridiques relatifs à la protection de la terre, à la conservation de l'eau, à la structuration des pâturages et à l'utilisation rationnelle du secteur forestier. Il faut également améliorer l'action de l'homme envers la nature et limiter les effets naturels et artificiels, qui concourent à favoriser la détérioration de l'environnement. La configuration constitutionnelle du principe à un environnement sain aura sa signification lorsqu'elle sera traduite en terme législative et réglementaire.

## 2- Un droit garanti par des mesures législatives et règlementaires

D'une manière explicite, le droit à un environnement sain signifie le droit à l'eau, à l'air pur, le droit au silence, le droit d'accès à la faune, à la flore, et au littoral<sup>25</sup>. Il faut y ajouter, le

<sup>20</sup> DESCIMON (R.) BODIN Jean, *Les six livres de la République, Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, p.69.

<sup>21</sup> CAYLA (O), HALPERIN (J.L.), et HERNNETTE-VAUCHEZ (S.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, p.69.

<sup>22</sup> Voir le principe 21 de la Conférence de Stockholm

<sup>23</sup> Voir le principe 2 de la Conférence de RIO.

<sup>24</sup> CAYLA (O), HALPERIN (J.L.), et HERNNETTE-VAUCHEZ (S.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op.cit., p. 69.

<sup>25</sup>A ce propos, voir DOUNIAN (A.), « La valeur juridique des principes applicables en droit de l'environnement au Cameroun », *Cahiers juridiques et politiques*, 2012, p. 87.

droit à l'information<sup>26</sup>, à la participation<sup>27</sup> et à la sensibilisation de la population<sup>28</sup> par l'intervention des pouvoirs publics. A cet effet, Alexandre KISS souligne que l'efficacité du droit dépend de l'intervention positive des autorités compétentes. L'Etat doit garantir le droit à un environnement sain car il est un droit fondamental de l'homme ; et il revient au législateur de reconnaître les connaissances complètes des obligations internationales qui incombent à son Etat<sup>29</sup>.

En effet, le constituant camerounais a vite compris la nécessité de protéger l'environnement secteur par secteur. Cela facilite le bien être du citoyen en vue de mener une vie saine et prospère. La population actuelle doit utiliser les ressources naturelles de manière rationnelle en vue de satisfaire les besoins de génération future. C'est pourquoi le constituant a pris la responsabilité de traduire les recommandations de la communauté internationale sous la forme législative. Le pouvoir politique essaye en ce qui le concerne d'insérer dans son programme politique la protection de l'environnement. C'est dans cette hypothèse que L.P SUEUTENS affirme que « *Le législateur a conscience que la nature et l'environnement ne peuvent plus être gratuits, mais doivent faire l'objet d'un souci partagé : l'aspect environnemental qui est reparti sur tous les domaines de la politique, pénètre chaque réglementation légale* »<sup>30</sup>. L'entrée spectaculaire du principe à un environnement sain dans le corpus constitutionnel renforce davantage les considérations environnementales désormais érigées comme étant parmi les principes fondamentaux de la République. A cet effet, certains auteurs le qualifient le droit à environnement sain comme un droit qui ne mérite une application immédiate. C'est le cas de la conception du MOUANGUE KOBILA selon laquelle ce droit relève du droit incitatoire, voire programmatoire et donc, non immédiatement quérable<sup>31</sup>.

A cet égard, si le principe à un environnement sain est reconnu comme principe fondamental, il mérite d'être protégé par des textes juridiques subséquents. La protection de l'environnement est aujourd'hui inhérente à l'homme, elle fait partie intégrale de la survie de

<sup>26</sup>Art.16 CLD ; art.7 al.2b de la Convention sur le changement climatique et art.17 de la Convention sur la biodiversité.

<sup>27</sup>Art.19 al.4 de la CLD ; art.6 de la Convention sur le changement climatique ; et art.9 de la Convention sur la biodiversité.

<sup>28</sup>Art. 6 et 7 de la loi cadre n°96/12 du 5 août 1996 ; le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; et également la Charte de l'environnement prévoit que l'éducation et la formation constituent les conditions préalable à l'exercice des droits et des devoirs pour l'environnement.

<sup>29</sup>TULLIO (T.), « Le rôle du droit international de l'environnement dans l'élaboration du droit interne de l'environnement : quelques réflexions » in *L'homme et l'environnement*, op.cit., p. 478.

<sup>30</sup>SUETENS (L-P.), « Le droit à la protection d'un environnement sain (article 23 de la Constitution Belge) » in *Les hommes et l'environnement* op.cit., p. 491.

<sup>31</sup>OLINGA (A.D.) « Vers une garantie constitutionnelle crédible des droits fondamentaux » in *La réforme Constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun : Aspects juridiques et politiques*, éd. Fondation FRIEDRICH EBERT / Association Africaine de Science Politique (Section Camerounaise, GRAP), p. 337.

l'homme. Elle pourrait en réalité bénéficier des mêmes garanties que les droits de l'homme. Les citoyens n'hésiteront pas à saisir les juridictions compétentes en vue de sanctionner les éventuelles violations. En réalité, tous les droits sont équivalents dans leur nécessité comme dans leur légitimité<sup>3233</sup>. Par conséquent, les institutions doivent en effet intervenir, conformément aux dispositions conventionnelles et en vertu de l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques qui dispose que : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* »<sup>34</sup>. Les pouvoirs publics ont donc la responsabilité de garantir ce droit au même titre que les autres normes juridiques. Toute chose qui implique l'intervention des citoyens en vue d'assurer le respect des obligations résultant des normes juridiques.

### **B- Un droit à la charge de tous les citoyens.**

La protection de l'environnement mise en charge des citoyens est envisagée par la Déclaration de Rio<sup>35</sup>. La loi-cadre prévoit la participation du citoyen à la sauvegarde de l'environnement (1) et lui donne la possibilité d'ester en justice lorsque leurs droits sont violés (2).

#### **1- La participation des citoyens à la protection de l'environnement.**

Les citoyens camerounais ont l'obligation de conserver l'environnement profitable aux générations présentes et futures. Cette obligation est prévue en général au principe 10 de la Déclaration de Rio<sup>36</sup>. La loi cadre du 5 août 1996 considère l'environnement comme « *un patrimoine commun de la nation* ». Il est une partie intégrante du patrimoine universel<sup>37</sup>. Par ailleurs, la lecture de cette disposition montre que toute personne morale ou physique doit veiller au respect des principes édictés par le législateur. A titre illustratif, nous pouvons citer le principe de gestion rationnelle des ressources naturelles et les principes contenus à l'article 9 de la loi ci-dessus<sup>38</sup>. La première victime de la détérioration de l'environnement c'est la

<sup>32</sup> MOURGEON (J.), « Les droits de l'homme », Paris, PUF, 1988, p.59

<sup>33</sup> V. art. 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques

<sup>34</sup> Voir le principe 10 de la Déclaration de Rio dispose que : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient... »

<sup>36</sup> Voir principe 10 de la Déclaration de Rio.

<sup>37</sup> Art.2 de la loi N°96/12 du 5 Août 1996 portant loi cadre relative à la gestion de l'environnement.

<sup>38</sup> Il s'agit des principes tels que le principe de précaution, le principe d'action préventive et de correction, le principe pollueur-payeur, le principe de responsabilité, le principe de participation et le principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité signifie absence d'une règle de droit écrite générale ou spéciale en matière de protection de l'environnement, la norme coutumière identifiée d'un terroir donné est avéré plus efficace pour la protection de l'environnement s'applique.

population surtout rurale qui vit quotidiennement proche de la nature<sup>39</sup>. La responsabilité de conserver un environnement sain concerne l'individu, qui, par sa détermination, participe activement à l'amélioration de la qualité de vie. L'individu est « le premier cercle de protection de l'environnement »<sup>40</sup>. C'est ainsi que selon Alexandre KISS, la participation est un apport majeur de contribuable de l'environnement à la protection des droits de l'Homme<sup>41</sup>. Cette participation est à la fois un droit et un devoir pour le citoyen. Le principe de participation est un principe capital. Il améliore la qualité de la vie de la population, donc la lutte contre la pauvreté en prévoyant une participation plus utile dans l'édification et l'exécution de la politique en matière de conservation des ressources naturelles<sup>42</sup>.

Les agents publics doivent travailler en collaboration avec les indigènes à la prise de décisions comme dans la mise en œuvre de celles-ci. En réalité, l'immixtion de la population locale, la valorisation de leur savoir-faire dans la gestion des terres et la conservation d'eau constituent selon Jacqueline MORAND DEVILLER, « *la citoyenneté environnementale qui est devenue une notion incontournable et qui a des droits autant que les devoirs à l'égard d'un environnement qualifié de patrimoine des êtres humains* »<sup>43</sup>.

En sus, la lecture de cette disposition montre que toute personne morale ou physique doit veiller au respect des principes édictés par le législateur. À titre illustratif, nous pouvons citer le principe de gestion rationnelle des ressources naturelles et les principes contenus à l'article 9 de la loi ci-dessus<sup>44</sup>. Ainsi donc, la population camerounaise doit être consciente de la nécessité de préserver l'environnement. C'est une exigence quotidienne en ce sens que l'on a besoin d'un air et d'une eau pure en vue de vivre dans un environnement de qualité pour le présent comme pour l'avenir.

Par ailleurs, après la phase de sensibilisation, la population locale doit prendre des mesures traditionnelles en mettant en avant les autorités traditionnelles pour l'application des textes juridiques y relatifs. L'obligation des autorités traditionnelles consiste à rappeler à la communauté les savoirs traditionnels nécessaires à la préservation de l'environnement. Les

---

<sup>39</sup> L'État du Cameroun doit renforcer le droit des peuples autochtones sur les ressources naturelles comme au Canada où la Cour suprême a reconnu l'obligation pour l'État d'agir équitablement envers les autochtones de façon à ce que ces derniers puissent justifier honorablement les mesures visant à circonscrire, le cas échéant, les droits des peuples autochtones dans le cadre d'objectifs légitimes pour l'ensemble Canadien.

<sup>40</sup> A ce propos voir ANGELA (J.J.), « Les implications juridiques du mouvement constitutionnel du 18 janvier 1996 en matière d'environnement au Cameroun », RJ.E 4/2009, p.429.

<sup>41</sup> Cité par YAOUTE EID (C), *Les Droits et les politiques de l'environnement dans le pays du bassin méditerranéen. Approche de droit environnemental comparé*, thèse, 2007, Université René Descartes- Paris v, p. 192.

<sup>42</sup> Voir Agenda 21, chapitre 23 para. 23.2 et voir section 13 de la Stratégie Mondiale de Convention de la nature 1980.

<sup>43</sup> MORAND DEVILLER (J.), « La constitution et l'environnement », *Cahier du conseil constitutionnel*, n°15, 2003, p. 207.

<sup>44</sup> Cf. supra note de bas de page n°37.

comités locaux doivent établir les « *lois locales* » en tenant compte de leurs savoirs traditionnels en matière de conservation de sol, des arbres et des animaux qui y vivent. En réalité, la conservation de la nature requiert la participation de tous. L'apport de la population locale est de nos jours, indispensable du fait qu'elle soit en contact direct avec la nature. La majorité de la population locale est constituée essentiellement d'agriculteurs, de chasseurs, et de pêcheurs. À ce titre, le droit de l'environnement ne vise pas seulement la protection des écosystèmes naturels mais aussi des écosystèmes culturels<sup>45</sup>. Certaines collectivités locales ont créé des comités chargés de superviser et d'évaluer la mise en œuvre des normes environnementales.

A ce titre, ils ont le droit d'être consultés au préalable pour toutes décisions relatives à la protection de l'environnement. C'est ainsi que, comme le souligne Serge ROUSSELLE, il « *convient d'abord de noter le droit des peuples autochtones d'être consultés relativement à toute mesure limitative que l'État entend imposer à l'exercice de leurs droits ancestraux ou issus de traités* »<sup>46</sup>. Ainsi, toutes les informations utiles concernant les installations, l'usage des produits, ou même l'exploitation de leur milieu doivent être communiquées afin d'éviter les risques qui peuvent subvenir éventuellement. Les services déconcentrés et décentralisés doivent encadrer les comités villageois à développer leurs connaissances traditionnelles sur la gestion des terres et des ressources naturelles. En effet, il faut amener le comité local à utiliser les techniques de conservation des eaux et des sols. Le comité villageois et la société civile doivent être des acteurs de sensibilisation de premier ordre, afin que ceux-ci prennent conscience des difficultés et des enjeux environnementaux<sup>47</sup>. Les associations en tant que structures sociales de coopération, participent à la « *communauté civique* » qui conditionne la « *performance institutionnelle* »<sup>48</sup> pour la préservation de l'environnement. Les comités villageois doivent être sensibilisés pour devenir citoyens écologiques, fondés sur le respect de l'autre et sur les valeurs de solidarité, de l'engagement individuel et collectif<sup>49</sup>. Les citoyens seront capables de subvenir à leur besoin présent sans toutefois compromettre aux générations futures le droit de jouir du patrimoine de la nature non sans les préparer à l'usage des techniques modernes dans la préparation de leur cuisson.

<sup>45</sup> ROUSSELLE (S.), « Le droit des peuples autochtones et la protection de l'environnement au Canada », *R.J.E*, n° spécial 2007, p. 220.

<sup>46</sup> ROUSSELLE (S.), « Le droit des peuples autochtones et la protection de l'environnement au Canada », *R.J.E*, op. cit., p. 217.

<sup>47</sup> MANDAOUE (G.), « Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation », *R.J.E*, numéro spécial 2007, p. 47.

<sup>48</sup> LODERO (J.P.), *L'implication des associations dans les politiques publiques de développement rurale. La résonance territoriale de monde associatif*, thèse. Toulouse, 2011, p. 55.

<sup>49</sup> RAYNAUD (M.C.F.), *Education au développement durable : bilan et perspective*, Mémoire de Master 2008 ; Lyon, p. 18.

En outre, l'usage des foyers améliorés à haute efficacité conforte la population locale à l'utilisation rationnelle du bois de chauffage. Les États et les partenaires au développement doivent soutenir tous projets ou programmes qui concourent au développement participatif de la communauté locale. Ainsi, les associations des femmes et des jeunes s'intègrent dans la politique de l'environnement.<sup>50</sup> De ce fait, la protection de l'environnement constitue, une « conscience généralisée » incitant tous les individus à prendre en compte dans leurs actions quotidiennes les conséquences que leurs actes sont susceptibles de produire sur l'environnement, un climat favorable de préservation à court et à long termes. De surcroît, la vie de la population locale est indiscutablement le produit de la nature. La protection de la nature implique sans doute la protection et l'amélioration des conditions de leur vie. La défense des intérêts vitaux de la population requiert la possibilité de celle-ci de recourir devant une juridiction en vue de garantir ses droits.

## 2- Le droit d'ester en justice

L'insertion dans une constitution ou à travers des mesures législatives et réglementaires aura véritablement un sens lorsque les citoyens auront droit à l'accès en justice pour défendre leurs intérêts. En effet, la loi-cadre prévoit l'action en justice concernant uniquement les communautés de base et les associations agréées. Cette mesure ne cadre pas totalement avec la conception de Michel PRIEUR lorsqu'il déclare : « le droit à l'environnement ne sera un véritable droit subjectif que dans la mesure où comme tout droit individuel fondamental, il peut être invoqué devant un juge et reconnu comme un droit justiciable »<sup>51</sup>. A cela, Michael BOTHE est encore plus explicite : « l'existence d'un droit dans l'ordre constitutionnel fortifie la tendance que l'on peut observer dans beaucoup d'ordres étatiques d'étendre les droits procéduraux que possèdent les individus ou les associations en matière de la protection de l'environnement<sup>52</sup> ». Il incombe aux institutions étatiques et infra-étatiques de préserver l'environnement humain, sain et équilibré. Les pouvoirs publics ont la charge de légiférer dans les différents secteurs de l'environnement. La véritable protection de l'environnement fait appel à la population locale du fait de sa proximité de la nature. L'Etat de droit s'exprime par la volonté des pouvoirs publics de respecter le droit du citoyen vulnérable. Il lui revient de

<sup>50</sup> L'État du Cameroun doit renforcer le droit des peuples autochtones sur les ressources naturelles comme au Canada où la Cour suprême a reconnu l'obligation pour l'État d'agir équitablement envers les autochtones de façon à ce que ce dernier puisse justifier honorablement les mesures visant à circonscrire, le cas échéant, les droits des peuples autochtones dans le cadre d'objectifs légitimes pour l'ensemble Canadien.

<sup>51</sup> PRIEUR (M.), « Environnement », in *Traité international de droit constitutionnel*, op.cit., p. 616.

<sup>52</sup> BOTHE (M.), « Les droits de l'homme et le droit de l'environnement : Procédure de mise en œuvre » in *Hommes et environnement*, éd. Frison-Roche, Paris, 1998, p. 113.

l'encadrer en vue de s'assurer sur le plan juridique, les dispositions législatives accordant une place de choix à l'égard de la population.

La Charte Africaine des droits de l'homme et du citoyen consacre la participation de la population à la défense de l'environnement. A cet effet, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles<sup>53</sup>, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance<sup>54</sup>. Cette disposition montre le rôle assigné à la population en vue de défendre son droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature. Elle assure la sauvegarde de l'environnement considérée comme patrimoine national et patrimoine commun de l'humanité. L'apport de la population dans l'édification du droit de l'environnement s'opère par la participation du public aux processus décisionnels, la garantie aux droits à l'information et la participation du public au travers de l'accès à la justice<sup>55</sup>. Ainsi c'est dans ce cadre que Gaëtan Thierry FOUMENA constate que « *la consécration juridique du droit à un environnement sain et des principes juridiques relatifs à la protection de l'environnement, érige la personne ou un groupe de personnes en titulaire d'une créance de réparation d'un dommage écologique* »<sup>56</sup>.

Ainsi, les comités locaux ont le droit d'être consultés ou même de faire partie du processus de la protection de l'environnement. Les citoyens ont l'obligation de veiller sur l'environnement parce que la conservation de la terre implique la préservation de leur culture, gage de subsistance de leur milieu de vie. A cet égard, les citoyens sont érigés comme protecteurs de l'environnement à condition que l'accès au prétoire leur soit relativement aisé<sup>57</sup>. Le juge de l'environnement camerounais ne manquerait pas dans sa posture de gardien de la légalité et liberté individuelle de sanctionner toute atteinte à l'environnement. Malgré d'ailleurs

---

<sup>53</sup> Affaire Peuple Ogoni, « *le caractère unique de la situation africaine et les qualités spéciales de la Charte africaine imposent une importante tâche à la Commission africaine. Le droit international et les droits de l'homme doivent répondre aux circonstances africaines. En clair, les droits collectifs, environnementaux, économiques et sociaux sont des éléments essentiels des droits de l'homme en Afrique. La Commission africaine appliquera n'importe lequel des droits contenus dans la Charte africaine. La Commission [africaine] saisit cette occasion pour clarifier qu'il n'y a pas de droit dans la Charte africaine que l'on ne puisse mettre en œuvre. Comme indiqué dans les paragraphes précédents, le gouvernement nigérian n'a pas satisfait au minimum des attentes de la Charte africaine* », § 68.

<sup>54</sup> Voir art. 21 de la Charte Africaine des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>55</sup> KONATE (A.), « Pour une démocratie environnementale en Afrique : de nouveaux droit de citoyenneté indispensables à l'effectivité du droit de l'environnement » in *Le droit de l'environnement en Afrique*, Revue Africaine de droit de l'environnement, 2014, p. 37.

<sup>56</sup>FOUMENA (G.T.) « Le juge administratif, protecteur de l'environnement au Cameroun », *Revue de droit international et du droit comparé*, 2017, n°2, p. 318.

<sup>57</sup> A ce propos voir ANGELA (J.J.), « Les implications juridiques du mouvement constitutionnel du 18 janvier 1996 en matière d'environnement au Cameroun, op, cit, p.425.

l'intervention de l'administration comme juge et partie dans certaines décisions contentieuses, le juge administratif camerounais n'a pas hésité à annuler la décision condamnant la société forestière Hazim d'une somme de huit milliard cent cinquante-deux millions cent vingt-cinq mille francs (8.852.125.000 CFA )<sup>58</sup>.

La possibilité d'offrir d'ores et déjà aux personnes physiques et morales de saisir une juridiction dénote la crédibilité de sauvegarder l'environnement. Cela témoigne de l'efficacité de la préservation des ressources naturelles victimes de l'exploitation abusive. Ainsi, pour sauvegarder le patrimoine universel, les Etats en développement ont besoin de mettre en place des institutions solides en vue d'assurer juridiquement la protection de l'environnement.

## II-LA CONSECRATION DE LA GARANTIE ETATIQUE DU DROIT A UN ENVIRONNEMENT SAIN

L'environnement, c'est l'affaire de tous<sup>59</sup>, parce que l'avenir de l'existence même de l'humanité est indissociable de son milieu naturel<sup>60</sup>. La protection de l'environnement se limite à une gamme de programmes, c'est-à-dire une mission de l'autorité consistant à poursuivre un résultat déterminé<sup>61</sup>. Ce résultat n'est autre que la sauvegarde (A) et la promotion de l'environnement (B).

### A- Par la sauvegarde de l'environnement

L'Etat assure sa responsabilité dans le développement du droit de l'environnement en prenant des mesures d'ordre institutionnel (1) ceci peut être considéré comme un élément de base de l'application de politique nationale de l'environnement et de prévenir les mesures de sanction, gage de l'Etat de droit pour un développement durable (2).

#### 1- La protection par les institutions

La première mission de l'Etat est de garantir à tous les citoyens une vie conforme, garantissant leur dignité et faire en sorte qu'ils vivent dans de conditions satisfaisantes. Cette conception est largement soutenue par Michel PRIEUR lorsqu'il déclare : « *exiger la protection de l'environnement impose que l'homme se soumette à des obligations envers la nature ce qui n'implique pas pour autant que la nature ait des droits* »<sup>62</sup>. En d'autres termes, pour prémunir

<sup>58</sup> V. Arrêté N°21 /A du 5 février 2009, Etat du Cameroun (ministère de l'environnement et de forêts) c. société Hazim et Arrêté N°22 du 5 février 2009, Etat du Cameroun (ministère de de l'environnement et de forêts) c. société Hazim.

<sup>59</sup> Voir le principe 10 de RIO sur l'environnement et le développement durable.

<sup>60</sup> PRIEUR (M.), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahier du Conseil constitutionnel* -n°15/2003 p. 219.

<sup>61</sup>SUETEN (L-P.), « Le droit à la protection d'un environnement sain », op.cit., p. 436.

<sup>62</sup> PRIEUR (M.) « Vers un droit de l'environnement renouvelé », op.cit., p.219.

l'environnement, l'Etat a pris des mesures d'ordre juridique<sup>63</sup> et d'ordre institutionnel<sup>64</sup>. A travers ces institutions, l'Etat protège la population, sauvegarde la flore et la faune. C'est dans cette perspective que Michel PRIEUR observe que, protéger la nature à travers la faune, la flore et la biodiversité, est en même temps protéger l'homme<sup>65</sup>. Cet auteur poursuit en précisant que détruire la nature ou épuiser ses ressources, prive l'homme d'un développement durable<sup>66</sup>. Les institutions administratives et financières doivent s'inspirer des techniques nouvelles tenant en compte la participation de la population à la planification comme à la réalisation des projets environnementaux. En effet, le processus de la décentralisation mérite d'être accompagné par le véritable transfert de compétence en matière environnementale. Les régions et les communes constituent le foyer de la décentralisation qui peut réaliser la protection de l'environnement dans leur champ de compétence respective. Elles veillent à la mise en œuvre des dispositions nationales et internationales.

À ce titre, la population bénéficie d'un meilleur encadrement ainsi que de mesures de sensibilisation destinées à lui permettre de gérer rationnellement les ressources naturelles. Le peuple camerounais, jaloux de sa souveraineté, conserve toutes ses ressources naturelles. Le caractère absolu de la notion de souveraineté sur les ressources naturelles mérite d'être nuancé en dépit de la complexité de la protection de l'environnement. Les Etats développés ont la charge d'intervenir par le procédé de la coopération dans la sauvegarde de l'environnement. Elle nécessite d'ores et déjà la coopération environnementale entre les États en développement et les États développés. En outre, le concept de souveraineté des États et celui de non-ingérence constituent, d'une certaine manière, des obstacles à l'action menée par les organisations internationales pour rendre effectives les normes juridiques internationales<sup>67</sup>. À cet égard, les États doivent tenir compte de la dangerosité de la dégradation de l'environnement, qui engendre les conséquences au-delà des frontières étatiques.

Si la protection de l'environnement est aujourd'hui inhérente à l'homme, elle fait partie intégrale de la survie de l'homme. Elle pourrait en réalité bénéficier des mêmes garanties que les droits de l'homme. À ce titre, il est important que les États aménagent les modalités de mise

---

<sup>63</sup> Cas de la loi 96/52 du 11 Août 1996 portant loi cadre et la loi n°94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche.

<sup>64</sup> Cas du ministère de l'environnement et de la protection de la nature et le ministère des forêts et de la faune créés par le décret N°2004/320 du 08 décembre 2004 portant organisation du gouvernement qui divise l'ex ministère de l'environnement et des forêts en deux.

<sup>65</sup> PRIEUR (M.), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », op.cit., p. 219.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> ALIDA (N.), *Le droit de l'environnement marin et côtier en Afrique occidentale, cas de cinq pays francophones*, thèse, 15 septembre 2006, Limoge, p.380.

en œuvre des recommandations internationales en privilégiant les institutions financières internationales. Celles-ci doivent conduire leurs réalisations en toute liberté en respectant les engagements internationaux, notamment la préservation de l'environnement comme patrimoine commun de l'humanité.

Le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles mérite d'être revu en matière environnementale de deux manières possibles. D'une part, les États en voie de développement ne doivent pas mettre en cause l'application des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement en évoquant le caractère absolu de ce principe. D'autre part, les pays développés, dans le but de participer à la sauvegarde des ressources naturelles et des conditions de vie de la population, ne doivent pas s'ingérer dans les affaires internes. Leur rôle est de faciliter l'application, en collaboration avec les administrations internes de manière à assurer une vie saine et satisfaisante, puisque les droits ne cèdent aucune parcelle de leur souveraineté<sup>68</sup>. Les acteurs nationaux et internationaux peuvent mettre en application, dans un esprit de solidarité et de partenariat, à atteindre les objectifs de développement durable.

En clair, pour parvenir à instaurer une vie saine et propice au profit de la communauté nationale, les institutions étatiques et non étatiques doivent se mobiliser dans la mise en œuvre des normes environnementales. Il serait judicieux selon Michel PRIEUR de considérer les nouveaux sujets de droit en gestation, montre juridique, seraient : les générations futures, la biodiversité, l'humanité, les peuples, le patrimoine commun<sup>69</sup>. Une telle initiative ne s'opère que par la possibilité de défendre la protection de l'environnement à travers les juridictions qui peuvent prendre des mesures de sanction.

## 2- Les mesures de sanction

Le constituant a également prévu des sanctions ou simple recommandation à l'endroit des personnes physiques ou morales en cas de non-respect des normes en vigueur. Comme relève Jean Marie TCHAKOUA, il y a règle de droit qu'autant que sa violation soit passible d'une sanction émanant de l'autorité étatique<sup>70</sup>. La loi cadre prévoit des sanctions aux articles 79 et 87. Par exemple, « *est punie d'une amende de cinquante millions à cent millions de F CFA et d'une peine d'emprisonnement à perpétuité toute personne qui introduit des déchets toxiques et/ou dangereux sur le territoire camerounais* ». Le droit de l'environnement apparaît finalement comme un droit à la vie : il entend la préserver où qu'elle se trouve et quel que soit

<sup>68</sup> ALIDA (N.), *Le droit de l'environnement marin et côtier en Afrique occidentale*, op. cit., p. 381.

<sup>69</sup> PRIEUR (M.), « l'environnement est entrée dans la constitution », R.J.E n° spécial 2005, p. 27.

<sup>70</sup> TCHAKOUA (J.M.), *Introduction générale au droit camerounais*, PUCAC, 2008, p. 58.

l'être qui en est porteur<sup>71</sup>. Pour sauvegarder le patrimoine national, l'Etat est garant du droit à un environnement sain.

Ainsi, l'administration ou les tribunaux n'hésitent pas à sanctionner ceux qui ne respectent pas les règles établies<sup>72</sup>. On peut citer plusieurs cas<sup>73</sup> qui ont été sanctionnés à cet égard par le juge. Nous dirons à la suite de Jean Claude TCHEUWA lorsqu'il affirme que : « *l'organisation de la gestion de l'environnement en République du Cameroun représente une terre fertile pour l'action en justice soit devant le juge judiciaire soit devant le juge administratif* »<sup>74</sup>. De même, la garantie de normes environnementales est assurée non seulement par les législations internes mais aussi par les mesures d'ordre internationale<sup>75</sup>, d'ordre régionale<sup>76</sup> et enfin d'ordre sous régionale<sup>77</sup> dont le Cameroun fait partie. Une bonne application des normes environnementales nécessite également que les pouvoirs publics sensibilisent ou encouragent d'autres institutions infra-étatiques.

Les mesures de sanctions en matière environnementale restent beaucoup plus impunies dans la mesure où les infractions mineures sont largement négligées par les pouvoirs publics. Elles se focalisent sur les infractions forestières. Par exemple l'usage de feu de brousse pratiqué surtout au nord du Cameroun pendant la saison sèche détruit énormément la biodiversité biologique. Les institutions administratives ne parviennent pas à appréhender les citoyens responsables de délits environnementaux. La pratique traditionnelle qui consiste à brûler pour mieux faire pousser les herbes reste incontrôlable dans certaines parties du territoire. La police de l'environnement ne parvient pas à cerner véritablement les infractions environnementales du fait de manque de moyens matériels et financiers. La corruption très marquée dans le secteur de l'environnement fait en sorte que les sanctions administratives sont fréquemment appliquées,

<sup>71</sup> KAMTO (M.), « Singularité du droit international de l'environnement », Etudes en hommage à Alexandre KISS, *Les hommes et l'environnement*, édition Frison-Roche, 1998, p. 317.

<sup>72</sup> V. décision du MINFF sanctionnant sans gré des pollueurs dans la région de Douala par les pénalités allant de 1.000.000 F CFA à 7.000.000 F CFA assorties des avertissements et mise en garde. Voir Cameroun Tribune du 11-01-2202 et celui du 07-09-2010.

<sup>73</sup> Aff. Ministère public c /BAKON Samuel ; TPI de Yabassi du 04 /11/2003.

-Aff. Ministère public et administration de la faune c/KIARIPO André, TPI de Yaoundé du 12/11/2003.

-V. jugement n°628/00 du 12/11/2003.

-TGI de DOUALA jugement du 3 octobre 1983, DIMITE Thomas c/CICAM et GUINNESS Cameroun.

<sup>74</sup> TCHEUWA (J.C), *L'environnement en droit positif camerounais op.cit.*, p. 25.

<sup>75</sup> Ce sont des conventions dont le Cameroun est partie. On peut citer par exemple la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou désertification en particulier en Afrique adoptée le 17 juin 1994 à Paris, ratifiée par le Cameroun le 29 mai 1997 ; la Déclaration de RIO sur l'environnement de juin 1992 ; les Convention de CITES, sur le changement climatique et sur la biodiversité.

<sup>76</sup> Cas de Convention de BAMAKO sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontaliers et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique.

<sup>77</sup> Cas du traité relatif à la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestiers d'Afrique Centrale (COMIFAC) ; la CEFDHAC.....

ce qui dénote une corruption accrue dans ce secteur. Les pouvoirs publics doivent tenir compte en menant une politique préventive dont la sensibilisation reste le moteur de la promotion du principe à un environnement sain.

## **B- Par la promotion de l'environnement**

Page | 459

L'Etat doit veiller à la promotion d'un environnement sain et propice. La protection de l'environnement doit être conçue comme un signe d'espoir pour la génération présente et future. La promotion d'un ordre écologique national (1) et du développement durable doit faire partie des priorités du pouvoir public dans l'application du principe à un environnement sain (2).

### **1- La promotion d'un ordre écologique national**

La protection de l'environnement est une problématique qui transcende les frontières étatiques. C'est la raison pour laquelle les Etats s'accordent pour mettre en place plusieurs mécanismes<sup>78</sup> en vue de gérer plus efficacement les questions de l'environnement. Pour faciliter l'application des normes environnementales, l'Etat doit pouvoir en premier lieu sensibiliser la population, comme le souligne Michel PRIEUR qu'une véritable éducation civique et juridique à l'environnement permet à l'Etat d'assumer sa responsabilité.<sup>79</sup>

Aussi incombe-t-il à l'Etat de multiplier les accords bilatéraux, multilatéraux et les partenariats surtout avec le secteur privé, dans le sens d'accroître l'applicabilité des normes environnementales. Il doit également inciter les associations et les Organisation Non Gouvernementales (ONG) à fructifier l'action efficace en matière de protection de l'environnement. Ainsi, le droit à un environnement sain est un droit à l'information, à la participation et au recours<sup>80</sup>. De ce fait, la contribution de la population dans la gestion de l'environnement est indispensable. L'Etat ou les collectivités territoriales décentralisées doivent veiller à la promotion de tous les mécanismes visant à améliorer l'environnement<sup>81</sup>. L'idéal dans cet engagement se trouve dans l'idée d'une gestion équitable et rationnelle pour le bien-être de tous<sup>82</sup>, une condition nécessaire de développement durable.

Par ailleurs, la possibilité qu'accorde la constitution de placer le peuple camerounais au centre des préoccupations environnementales, marque l'adhésion du Cameroun aux exigences

<sup>78</sup> C'est le cas de traité, des accords, des conventions, des programmes ou le plan d'action.

<sup>79</sup> PRIEUR (M), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », op. cit. p. 229.

<sup>80</sup> LAVIEILLE (J.M), *Droit international de l'environnement*, éd. Eclipses, 1998, p. 85.

<sup>81</sup> V. article 55 de la constitution du 18 janvier 1996 et la loi N° 2004/018 et la loi N° 2004/019 du 22 juillet 2004 portant transfert des compétences aux communes et aux régions respectivement.

<sup>82</sup> KISS (A) et DOUMBE-BILLE (S), « La conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement », *Annuaire français de droit international XXXVIII-1992*, éd. CNRS, Paris, p.2.

de la communauté internationale. Le constituant de 1996 fait de la protection de l'environnement un droit et un devoir à l'égard de tous. Dans cette optique, le principe du droit à un environnement sain est érigé comme normes obligatoires qui s'imposent à tous les peuples et à toutes les institutions de la République. À partir des années 1970, plus particulièrement après les deux conférences des Nations Unies sur l'environnement, le principe du droit à un environnement sain apparaît comme un ordre écologique, car il institue un impératif de protection de l'environnement et le développement en rendant la vie des citoyens plus satisfaisante. Selon Joseph-Marie BIPOUN-WOUM, « *l'Afrique a besoin d'une réflexion fondamentale qui ne peut pas être et encore moins ne peut pas avoir été toute faite pour elle* »<sup>83</sup>. L'Afrique a ses propres priorités dont toute politique qui est en contradiction sur les normes environnementales risque de sombrer dans une profonde incertitude. Ainsi, le juge constitutionnel camerounais n'hésitera pas à sanctionner une loi déclarée inconstitutionnelle qui s'impose aux pouvoirs publics et aux citoyens. Désormais, le citoyen est censé mener tous les efforts possibles en vue de considérer le principe à un environnement sain comme élément d'ordre public écologique. Cette perspective favorise la gouvernance environnementale dans laquelle la protection de l'environnement profite à la génération présente et future. L'ordre public environnemental marque une étape vers le processus de développement durable.

## 2- La promotion d'un droit au développement durable

L'État du Cameroun peut mettre en place une politique agricole axée sur l'accroissement économique. Il doit promouvoir une politique agricole en mettant l'accent sur la fourniture des semences et des plantes sélectionnées capables de s'adapter à la sécheresse. Ce mécanisme va aboutir à limiter les surfaces cultivées. Comme tout État en développement, l'Etat Camerounais peut encourager la technique d'irrigation dans les zones arides et semi arides sèches. Il a la possibilité de promouvoir un programme industriel. Autrement dit, il doit encourager les partenaires aux développements à s'investir dans ce secteur en créant des industries locales pouvant générer les ressources intérieures. Les pouvoirs publics peuvent dans ce sens inciter les nationaux à mettre en place de petites et moyennes entreprises. Cela va sans doute faciliter l'exploitation des produits finis locaux comme dans le secteur forestier. Cette hypothèse va au-delà de la production ; il va également permettre de limiter le chômage. Les citoyens peuvent rendre la terre plus productive afin d'empêcher la sous-alimentation fréquente sur l'ensemble du territoire national. Les pouvoirs publics ont la charge de favoriser les législations relatives à

---

<sup>83</sup> BIPOUN- WOUM (J.M.), *Le droit international Africain: Problèmes généraux règlement des conflits*, Préface de Pierre Villas, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèques africaines et malgaches, 1970 III, p.107.

l'investissement dans le domaine agricole, para-agricole et non agricole. En effet, « *les grandes déclarations politiques et les textes normatifs montrent que les impératifs économiques (assurer la base matérielle de la vie) et les impératifs écologiques (permettre à l'homme d'évoluer dans un milieu toujours sain et beau et maintenir le capital naturel) ont une égale valeur* »<sup>84</sup>. Cette conception prévue par la Déclaration de Rio, indique que « *la paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables* »<sup>85</sup>. En fait, dans les pays en développement, comme le Cameroun, le renforcement des capacités dans le secteur agricole et l'encadrement de la population rurale sont les préalables pour atteindre les objectifs de développement durable.

À côté, les États développés doivent répondre aux exigences des conventions internationales en remplissant leurs engagements. Il s'agit de transfert de technologie, l'assistance technique et financière en faveur des populations vulnérables. Ceci semble évident que l'idée d'une gouvernance environnementale consiste à intégrer dans le calcul technique et économique des critères écologiques, conformément à la philosophie du développement durable. De même, les gouvernements des pays développés et des autres pays qui sont en mesure de le faire devraient, directement ou par intermédiaire des organisations internationales et des institutions de prêts internationales compétentes, mieux s'attacher à fournir aux pays en développement une assistance technique accrue en vue de protéger l'environnement. Pour certains observateurs, la gouvernance écologique est une condition à l'assistance des pays développés. Cette affirmation est soutenue par Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU. Selon cet auteur, « *l'aide au développement doit désormais être subordonnée à la démocratisation des régimes politiques et à l'accélération des processus de démocratisation* »<sup>86</sup>. Cette gouvernance écologique indique la prise en compte de la population et des données scientifiques nécessaires à la conservation de la biodiversité. L'État bénéficiaire doit, à travers son plan d'action national, démontrer l'implication de la population locale au processus de lutte contre la dégradation de l'environnement.

L'assistance des pays développés peut se traduire par l'allègement de la dette qui servira à rehausser le niveau de vie de la population et financer des projets relatifs à la protection de l'environnement. C'est dans ce cadre que Yves JEGOUZO affirme que l'analyse des politiques

---

<sup>84</sup>SAURA (B.), « Entre coopération incitative et ingérence écologique : les prémisses de la protection internationale des forêts tropicales » in *Droit, Forêt et développement durable*, Actes de 1<sup>ères</sup> journées scientifiques du Réseau « Droit de l'environnement », de l'AUFELF-UREF à Limoges, du 7 au 8 novembre 1994, p. 479.

<sup>85</sup>Voir Principe 25 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

<sup>86</sup>ATANGANA AMOUGOU (J-L.), « Conditionnalité et droit de l'homme » in *La conditionnalité dans la coopération internationale*, colloque, de Yaoundé du 20 au 22 juillet 2004, p. 62.

environnementales replacées dans une optique de développement durable prend désormais en compte la compensation qui doit être opérée entre le financement des mesures nécessaires et les économies réalisées de ce fait sous la forme d'une réduction des coûts sociaux<sup>87</sup>. En effet, la gouvernance écologique est compatible avec les exigences économiques et sociales. Ce rapport est soutenu par Yves JEGOUZO en ce sens qu'une gestion économe de l'environnement combinée avec un développement économique durable, et le maintien de la cohésion sociale deviennent l'une des priorités non seulement de l'action publique mais aussi de l'ensemble des comportements sociaux<sup>88</sup>.

L'Afrique a besoin de reformer ses idéologies par rapport à la politique de l'environnement. La coupe de bois ne doit pas être perçue comme un droit naturel mais plutôt comme une gestion rationnelle des ressources naturelles. Ainsi, le processus de développement durable doit intégrer les priorités nationales en vue de réconcilier le droit international de l'environnement et le droit international économique. En fin de compte, la gouvernance écologique consiste à assurer l'utilisation rationnelle des ressources naturelles. Elle implique la participation des populations locales à la gestion durable du patrimoine commun de l'humanité. L'analyse d'une gouvernance écologique, étape indispensable à la réalisation d'un véritable objectif de développement durable passe par la mise en place des institutions de contrôle.

C'est dans la même perspective que Maurice KAMTO, démontre que le concept de développement durable, traduit un souci politique de marier exigence de protection de l'environnement et nécessité du développement<sup>89</sup>. Ce concept place le droit international dans l'entre-deux de deux domaines a priori incompatibles et impose une inventivité normative qui a tendance à sortir du schéma classique de production des règles de droit international. Au Cameroun ou ailleurs, le principe du droit à un environnement sain rentre dans ce que Luc BOUTHILLIER qualifie de « *réalignement d'un objectif de progrès social sur un engagement favorable à la qualité de vie et le long terme apparaît comme la cible du développement durable en foresterie* »<sup>90</sup>.

Par ailleurs, les pouvoirs publics peuvent mettre en place des aires nationales protégées. C'est le cas des réserves de faune du Dja au Cameroun. En effet, la conservation de la faune

<sup>87</sup> JEGOUZO (Y.), « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs-127*, 2008, p. 30.

<sup>88</sup> Ibid., op.cit., p. 26.

<sup>89</sup> KAMTO (M.), « Remarques introductives », sur « Les incertitudes normatives » in *Le droit international face aux enjeux environnementaux, colloque d'Aix-en-Provence*, p. 72.

<sup>90</sup> BOUTHILLIER (L.), « Les forêts : Un riche champ d'application du développement durable », *Droit, forêt et développement durable*, Actes des 1<sup>ères</sup> journées scientifiques du réseau « Droit et environnement » à Limoges, du 7-8 novembre 1994, sous la direction de Michel PRIEUR et Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ, p. 62.

signifie également la préservation de l'écosystème. On ne saurait préserver la faune sans sauvegarder la flore. Les deux notions constituent un écosystème. La politique de conservation va perdurer du moment où, la population est impliquée et les pays développés en supporteront le coût financier. Le Cameroun a la charge de veiller à la « *conservation et l'utilisation durable de la biodiversité biologique, conformément aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique* »<sup>91</sup>. Autrement dit, il doit accorder une attention particulière à l'application des mesures préventives pour les terres qui ne sont pas encore dégradées ou qui ne le sont que légèrement.

### Conclusion

En définitive, la disposition du préambule de la constitution du 18 janvier 1996 relative à la protection de l'environnement interpelle les pouvoirs publics de veiller à la sauvegarde de l'environnement. La constitution considère le principe à un environnement sain comme principe fondamental dont le respect s'impose aux pouvoirs publics, aux institutions et à tous les citoyens. La protection de l'environnement consacrée par la norme fondamentale est un droit et un devoir pour le citoyen. Leur implication est indispensable et favorise l'amélioration de leur condition de vie. En réalité, l'immiscions de la population locale, la valorisation de leur savoir-faire dans la gestion de terre et conservation d'eau constitue selon Jacqueline MORAND DEVILLER « *la citoyenneté environnementale qui est devenue une notion incontournable et qui a des droits autant que les devoirs à l'égard d'un environnement qualifié de patrimoine des êtres humains* ».<sup>92</sup>

Les mouvements écologiques nationaux, les personnes physiques et morales sont tous également tenus de veiller à la protection de l'environnement dans la mesure où l'environnement constitue aujourd'hui un patrimoine commun de l'humanité. La protection de l'environnement fait partie de ce que HANS KELSEN qualifie l'obligation de comportement qui peut revêtir une autorité juridique, c'est-à-dire « *un groupe d'individus, indépendant à l'égard de l'extérieur, qui, dans le cadre d'un ordre social crée par eux ou hérité de leurs prédécesseurs, ont le pouvoir de contraindre les individus, dont la conduite est réglée par cet ordre, à se conformer aux normes en question* »<sup>93</sup>. La consécration constitutionnelle du principe à environnement sain est perçue comme une promotion de la mise en œuvre d'un ordre écologique national. Elle devrait favoriser une gouvernance écologique à partir duquel seront

<sup>91</sup> Voir. Art. 4 j de la Convention de lutte contre la désertification.

<sup>92</sup> MORAND DEVILLER (J.), « La constitution et l'environnement », *les Cah. Const.* n°15, 2003, p. 207.

<sup>93</sup> HANS KELSEN « La théorie du droit international public » *in RCADI*, 1953-III, vol.84. p.10.

érigés les différents secteurs de l'environnement parmi lesquels la lutte contre le changement climatique et la désertification. Ceux-ci constituent pour les Etats africains une étape indispensable pour la génération présente et future de parvenir vers le développement durable.



## L'asthénie des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif

*The asthenia of cameroonian courts in extractive litigation*

Par :

**KANOU NKEMTSOP Armando**

Doctorant en droit public

Université de Douala (Cameroun)

Page | 465

### **Résumé :**

*Le rôle du juge étatique participe de la sauvegarde de la sécurité juridique qui se meut au sein d'un ordre juridique. Malgré l'aménagement de l'organisation judiciaire lato sensu, le juge camerounais peine à situer son office en matière de contentieux extractif. À rebours de l'étendue des pouvoirs du juge camerounais, ce paradoxe révèle en réalité le problème d'un déséquilibre dans la mise en concurrence de la fonction contentieuse en matière extractive. Tant il est admis que tous les « for » peuvent être compétents en matière extractive, autant il est nécessaire de préserver un équilibre dans la répartition de la fonction contentieuse en cette matière. Dans cette attente, la faible saisine des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif traduit un ensemble de stratégies juridiques qui participent au rôle subsidiaire que joue le juge en cette matière.*

**Mots clés :** Juge, litiges, concurrence, déséquilibre, juridictions camerounaises, fonction contentieuse, contentieux extractif.

**Abstract :**

*The role of the state judge contributes to safeguarding the legal certainty that moves within a legal order. Despite the development of the judicial organization lato sensu, the Cameroonian judge struggles to situate his office in matters of extractive litigation. Contrary to the extent of the powers of the Cameroonian judge, this paradox actually reveals the problem of an imbalance in the competition of the litigation function in extractive matters. As it is accepted that all the "for" can be competent in extractive matters, it is necessary to preserve a balance in the distribution of the litigation function in this matter. In the meantime, the low level of referral to Cameroonian courts in matters of extractive litigation reflects a set of legal strategies that contribute to the subsidiary role played by the judge in this matter.*

Page | 466

**Keywords :** Judge, litigation, competition, imbalance, Cameroonian courts, litigation function, extractive litigation.



## Introduction

Le champ scientifique du droit extractif<sup>1</sup> – mines, carrières, pétrole, gaz et eaux minérales – est de plus en plus exploré, tant il est le reflet des mutations récentes du droit positif. Pour illustrer ces transformations, le Professeur Gilles LHUILIER souligne que le droit extractif « *circule, voyage, se globalise sous l'action des États mais aussi de nouveaux acteurs, les grandes entreprises transnationales, les ONG<sup>2</sup>, les personnes privées, [...] et ce tout spécialement dans le champ de l'économie, le business, mais aussi des droits fondamentaux* »<sup>3</sup>. Ce droit est en mouvement permanent parce qu'il est sans cesse « *bousculé par la mondialisation* »<sup>4</sup>. En conséquence, son contentieux subit lui aussi des mutations<sup>5</sup>.

S'agissant du Cameroun, il n'est plus nécessaire de revenir sur l'immensité de son potentiel en ressources extractives, tant la littérature existante à ce sujet est abondante<sup>6</sup>. S'intéressant aux activités extractives sur le territoire camerounais, on peut affirmer que le pays accuse un retard<sup>7</sup> dans la course à l'exploitation des ressources naturelles dites extractives. Une course dans laquelle il est en compétition non pas avec les autres États ou acteurs privés, mais plutôt avec un phénomène en progression constante : il s'agit de « *la transition énergétique* »<sup>8</sup>. En

---

<sup>1</sup> Les auteurs LHUILIER (G.) et NGWANZA (A.) ont contribué à la conceptualisation du droit extractif à travers leur ouvrage sur *le contentieux extractif*. En effet, ces auteurs circonscrivent le droit extractif aux mines, pétrole et gaz. Cependant, notre contribution théorique vise à élargir le champ d'application de ce droit aux carrières et eaux minérales en raison de la distinction dans leur régime juridique. Il s'agit d'une extension par attribution législative, étant donné que l'article 4 de la loi n° 2016/017 du 14 décembre 2016 portant Code minier au Cameroun, définit l'« extraction » comme « *des travaux visant à retirer du sol ou du sous-sol les substances minières ou de carrière* ». En outre, la définition des « eaux minérales » donnée par l'article 3 alinéa 4 de la loi n° 98-005 du 14 avril 1998 portant régime de l'eau au Cameroun précise que ces eaux contiennent des « *substances minérales dissoutes* ».

<sup>2</sup> Organisation Non Gouvernementale (ONG)

<sup>3</sup> LHUILIER (G.), *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016, p. 8.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, Paris, Chambre de Commerce Internationale (ICC), 2015, p.10.

<sup>6</sup> On peut lire à ce sujet les travaux de NTEP NGWETH (P.), *ressources minérales du Cameroun*, Yaoundé, SOPECAM, Juillet 2001 ; Lire également le rapport sur « l'exploration géologique et minière du Cameroun », in *magazine trimestriel* présenté par l'Agence économique des colonies autonomes et du Cameroun, Paris, 1937, Source : [www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr) /Bibliothèque Nationale de France. Consulter également le rapport publié le 17 avril 2020 par le Projet de Renforcement des Capacités dans le Secteur Minier (PRECASEM) qui fait état d'une découverte de 300 nouveaux gisements de minerais au Cameroun. On peut citer l'or, le zinc, l'uranium, le rutile, le nickel, le manganèse, etc.

<sup>7</sup> Le tout premier projet minier industriel du Cameroun a été opérationnalisé par la Société Sinosteel Cam SA après la signature d'une convention minière le 6 mai 2022 et l'attribution d'un permis d'exploitation du gisement de fer de Lobé à Kribi le 1<sup>er</sup> juillet 2022. Paradoxalement, le Cameroun a déjà attribué 7 autres permis d'exploitation qui n'ont jamais connu une phase de démarrage des travaux. On peut citer à l'exemple le permis d'exploitation sur le gisement de Nickel, Cobalt et Manganèse de Nkamouna à l'Est du Cameroun attribué à l'entreprise GEOVIC Mining depuis 2003. Voir à ce sujet ABANDA AMANYA (M.), *Droit des industries extractives et développement durable au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit privé, soutenue à l'Université de Yaoundé II en 2019.

<sup>8</sup> Lire MAUGER (R.), *Le droit de la transition énergétique, une tentative d'identification*, Thèse de doctorat soutenue à l'université de Montpellier le 8 septembre 2017. Il définit la transition énergétique comme « *un processus visant à se défaire de l'usage des sources d'énergie fossile pour aller vers celles d'énergie renouvelables* ». En clair, la transition énergétique permet de réduire les émissions de gaz à effet de serre par le

conséquence, le développement de ce mouvement écologique, surtout dans les pays développés, entraîne pour les États riches en ressources minérales, des externalités à la fois positives<sup>9</sup> et négatives<sup>10</sup>.

L'objectif d'un encadrement juridique du secteur extractif participe de la recherche d'une « conciliation des différents intérêts en présence »<sup>11</sup>. Face à la problématique de savoir comment atteindre cet objectif, le Professeur Alain ONDOUA affirme que ce « *questionnement est à la fois technique et tentaculaire, intégrant jusqu'aux considérations extra-juridiques* »<sup>12</sup>.

Ainsi, qu'il s'agisse des activités d'exploration ou d'exploitation des substances minérales, il n'est pas surprenant d'assister à la naissance d'un conflit. À ce sujet, le Professeur Urbain Noël EBANG MVE souligne – dans le tout premier ouvrage de droit minier au Cameroun – qu'il existe, dans le cadre des activités extractives, une variété de contestations aussi bien dans le champ du droit public que celui du droit privé<sup>13</sup>. En conséquence, le contentieux extractif ne se caractérise pas au regard de sa singularité<sup>14</sup>, étant donné qu'il peut être de nature civile ou pénale, contractuelle ou délictuelle, administrative ou judiciaire, nationale ou internationale. Cette imbrication de variables quant à la nature de ce contentieux participe de ce que le Professeur François TERRÉ qualifie de phénomène de « *complexification croissante du conflit* »<sup>15</sup>. Dès lors, le regard est orienté vers le juge camerounais pour déterminer dans quelle mesure il parvient à situer son office au sein de cette complexification du contentieux extractif.

Sous l'angle juridique, l'obstacle principal dans le développement des activités extractives au Cameroun réside dans la prévention et la gestion de son contentieux. À titre d'illustration, le développement du projet d'exploitation du gisement de fer Mbalam-Nabeba entre le Cameroun

---

développement des technologies énergétiques propres (énergie éolienne, énergie solaire photovoltaïque, véhicules électriques à batterie, énergie d'hydrogène). Cela participe à l'atteinte de la carboneutralité.

<sup>9</sup> Positivement, la transition énergétique entraîne une augmentation des nouvelles opportunités économiques liées à une demande croissante en « minéraux critiques » tels que le cuivre, le lithium, le nickel, le cobalt et les éléments de terres rares, etc. Il s'agit des minéraux indispensables à la fabrication des sources d'énergie de transition. Par exemple, pour la fabrication des batteries des véhicules électriques, les minéraux dits critiques sont nécessaires à savoir : le lithium, le cobalt, le manganèse et le graphite.

<sup>10</sup> Négativement, le développement des énergies de transition aura un impact sur les prix des énergies fossiles (pétrole et gaz) car la demande sera réduite. L'autre conséquence de cette transition sera l'obsolescence de certains minéraux qui ne seront plus utiles pour les industries car elles auront trouvé des substituts à ces ressources.

<sup>11</sup> NGNINTEDEM (J. C.) et ONDOUA (A.), (dir.), *le droit minier africain : regards croisés*, Institut Québécois des affaires internationales, 2019, p. 13.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> EBANG MVE (U.N), *L'encadrement juridique de l'exploitation minière au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 136.

<sup>14</sup> NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, op. cit., p. 9.

<sup>15</sup> TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 14<sup>e</sup> édition, 2022, p. 73.

(Mbalam) et le Congo (Nabeba) est actuellement retenu en otage en raison d'un contentieux. Ce dernier participe d'une sorte de *captis deminutio* de la puissance publique<sup>16</sup>.

Notons que dans le cadre de cette étude, la juridiction sera appréhendée à la fois au sens fonctionnel désignant la *jurisdictio* – le pouvoir de dire le droit –, et au sens organique renvoyant aux organes qui sont dotés du pouvoir de dire le droit<sup>17</sup>. Par ailleurs, le terme « contentieux extractif » employé dans cette étude ne s'alignera pas sur la définition systématisée par le Professeur Gilles LHUILIER<sup>18</sup>. En effet, cet auteur circonscrit la définition du contentieux extractif autour du « contrat extractif » parce qu'il s'intéresse exclusivement à la phase d'exploitation des gisements qui donne lieu à la signature d'un contrat<sup>19</sup>. Or, le contentieux extractif au plan interne n'a pas uniquement pour objet le contrat, eu égard à la possibilité de survenance d'un conflit aussi bien dans la phase d'exploration que dans la phase d'exploitation (notamment l'exploitation artisanale simple ou semi-mécanisée des mines et l'exploitation des carrières et eaux minérales).

Au plan substantiel, le contentieux extractif peut se définir comme étant l'ensemble des règles juridiques relatives à l'organisation et à la mise en œuvre de la fonction contentieuse dans le cadre des activités d'exploration et d'exploitation des gisements de minerais. En revanche dans le cadre processuel, et c'est d'ailleurs l'approche que nous retiendrons, le contentieux extractif désigne un ensemble des litiges se rapportant aux activités d'exploration et d'exploitation des gisements de minerais.

<sup>16</sup> DE LA PRADELLE (G.), « Banalisation de la partie publique dans l'arbitrage commercial international impliquant un État », *Gaz. Pal.*, 27-28 avril 2005, p. 977.

<sup>17</sup> GUINCHARD (S.), et DEBARD (T.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 30<sup>e</sup> édition, 2022-2023, p. 621.

<sup>18</sup> La locution « contentieux extractif » a été conceptualisée pour la première fois par les auteurs LHUILIER (G.) et NGWANZA (A.) dans leur ouvrage collectif paru en 2015. LHUILIER (G.) y définit le contentieux extractif comme un contentieux pouvant naître d'une part entre les parties au contrat et d'autre part entre les tiers et les parties au contrat.

<sup>19</sup> L'article 45 de la loi n° 2016/017 du 14 décembre 2016 portant Code minier au Cameroun dispose que que « 1) La convention minière est établie sur la base du dossier de demande de permis d'exploitation jugé recevable. La convention minière est conclue avant l'octroi du permis d'exploitation de la petite mine ou de la mine industrielle et prend effet à la date de notification du permis. 2) La conclusion de la convention minière évoquée à l'alinéa 1 ci-dessus est subordonnée à la classification et à la certification des réserves des substances minières, objet de l'exploitation. 3) La Convention minière ne déroge pas aux dispositions de la présente loi. ». Par ailleurs, l'article 14 de la loi n° 2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier dispose que « pour la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures, l'Etat peut conclure des contrats pétroliers. Ces contrats peuvent être : a- soit des contrats de concession attachés à l'octroi de titres miniers d'hydrocarbures constitués par des permis de recherche et, le cas échéant, des concessions d'exploitation ; b- soit des contrats de partage de production ; c- soit des contrats de services à risques. (2) Lorsque les circonstances le justifient, l'objet d'un contrat pétrolier peut-être limitée à l'exploitation d'un ou de plusieurs gisements d'hydrocarbures déjà découverts et délimités, sans être lié à l'octroi préalable d'une autorisation de recherche. ».

Au niveau des juridictions camerounaises « *l'office du juge* »<sup>20</sup>, mieux encore sa « *tâche juridictionnelle* »<sup>21</sup>, sa « *fonction juridictionnelle* »<sup>22</sup> lui permet de régler les litiges en matière extractive. Pour se rendre à l'évidence, il suffit de parcourir l'évolution des textes juridiques organisant l'ordre juridictionnel camerounais<sup>23</sup> depuis l'avènement de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 ; et c'est d'ailleurs ce qui amène le Magistrat Michel SABABA MAGAZAN à reconnaître la compétence des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif<sup>24</sup>. Toutefois, l'auteur souligne que ces juridictions sont rarement saisies en cette matière et que les décisions de justice y relatives sont quasi-inexistantes<sup>25</sup>. C'est ce constat – alarmant au demeurant – qui justifie le choix du terme « *asthénie* » retenue dans cette étude. De son étymologie grecque qui désigne un « *manque de vigueur* »<sup>26</sup>, ce concept renvoie selon le *Dictionnaire LAROUSSE* à un état de faiblesse générale qui est caractérisé par une baisse du pouvoir fonctionnel<sup>27</sup>, c'est-à-dire une faible activité.

En effet, ce manque de vigueur des juridictions camerounaises est consubstantiel à la faible fréquence de saisine des juges étatiques en matière extractive<sup>28</sup>. Les raisons ne sont pas à rechercher au plan endogène, même si nous ne pouvons réfuter l'existence des difficultés matérielles<sup>29</sup>, économiques<sup>30</sup>, intellectuelles<sup>31</sup> et sociales<sup>32</sup> qui entravent l'accès et le fonctionnement des juridictions camerounaises. Néanmoins, le Professeur Urbain Noël

<sup>20</sup> GUINCHARD (S.), et DEBARD (T.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p.740. L'office du juge définit quel est son rôle dans la direction du procès, et quels sont ses pouvoirs et leurs limites.

<sup>21</sup> VIZIOZ (H.), *Etudes de procédures*, Paris, Dalloz, 2011, p.72.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. 41.

<sup>23</sup> On peut citer l'avènement de la loi n° 2017/014 du 12 juillet 2017 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême, la loi n°2011/027 du 14 décembre 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire et la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

<sup>24</sup> SABABA MAGAZAN (M.), « La compétence juridictionnelle en matière de contentieux extractif », dans NGNINTEDEM (J. C.) et ONDOUA (A.), (dir.), *le droit minier africain : regards croisés*, Institut Québécois des affaires internationales, 2019, pp. 302-316.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 304.

<sup>26</sup> Etymologie grecque donnée par le Centre National des Ressources Textuelles et lexicales (CNRTL), et accessible sur le site internet [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr).

<sup>27</sup> Version numérique du *Dictionnaire LAROUSSE 2023* accessible sur :

[www.larousse.fr/dictionnaires/francais](http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais).

<sup>28</sup> Une simple analyse empirique des décisions de justices rendues dans les différentes juridictions administratives ou judiciaires est suffisante pour faire ce constat.

<sup>29</sup> Lire GUIMDO DONGMO (B-R.), « L'accès aux juridictions administratives dans les États d'Afrique noire francophone : réflexions sur son évolution récente à partir du cas du Cameroun », *RADSP*, Volume IX, n°21, pp. 7-40.

<sup>30</sup> Lire NGABESSALA ATANGANA (J.C.), *Le coût du procès et l'accès à la justice au Cameroun*, mémoire de Master 2, Université de Yaoundé II, 2018.

<sup>31</sup> Lire DONIER (V.), et LAPEROU-SCHNEIDER (B.), *Accès au juge : quelles évolutions ?* 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>32</sup> Lire à ce sujet DJIAZET MBOU MBOGNING (S.), *L'accès à la justice au Cameroun (étude de sociologie juridique)*, L'Harmattan, 2015.

EBANG MVE faisait déjà remarquer que « *le contentieux minier n'est pas expressif, et ceci partiellement, que pour la compétence du juge judiciaire. Par contre, un voile couvre la compétence du juge administratif qui est pourtant impliqué dans le contentieux minier* »<sup>33</sup>. Il s'agit là d'une invitation à examiner en profondeur le voile qui caractérise le manque de vigueur des juridictions camerounaises. À cette fin, et sous un paradigme externe aux juridictions camerounaises, le problème est identifié au niveau du déséquilibre dans la mise en concurrence de la fonction contentieuse en matière extractive. À ce sujet, le Professeur Gilles LHUILIER soulignait que « *le contentieux extractif n'a pas de for, mais tous les for peuvent être choisis par les acteurs extractifs* »<sup>34</sup>. En conséquence, on peut se poser la question de savoir, comment se traduit le manque de vigueur des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif ?

Cette interrogation permet d'enrichir l'intérêt de la présente contribution scientifique. Au plan théorique, la présence de mécanismes normatifs variés permet d'expliquer la forte dispersion de la fonction contentieuse en matière extractive. Au plan pratique, l'implication des acteurs privés et des autorités administratives dans la fonction contentieuse participe au recul de l'office juridictionnel national. Notre démarche tout au long de cette étude sera guidée par la méthode juridique qui repose à la fois sur l'exégèse et la casuistique. Ainsi, il ressortira de cette démarche que le manque de vigueur des juridictions camerounaises se traduit par une dispersion de la fonction contentieuse extractive, caractérisée d'une part à l'occasion d'une préemption par l'administration publique (I) et d'autre part à l'intention d'une délocalisation par les acteurs privés (II).

## I- UNE PRÉEMPTION NÉCESSAIRE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE EXTRACTIVE PAR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Il est révolu le temps où la doctrine assimilait la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle. Désormais, il est admis que l'administration – tout autant que le juge – est dotée d'une fonction contentieuse dès lors qu'elle est amenée à trancher une contestation en se fondant sur le droit. Pour autant, cette fonction n'attribue pas à l'administration le statut de « juridiction » au sens de sa *juridictio*<sup>35</sup>, mais à la rigueur, elle peut être assimilée à une « quasi-

<sup>33</sup> EBANG MVE (U.N), *L'encadrement juridique de l'exploitation minière au Cameroun*, op. cit., p. 186.

<sup>34</sup> NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, op. cit., p. 11.

<sup>35</sup> Fait référence au pouvoir de dire le droit qui est traditionnellement reconnu au juge lorsqu'il est saisi.

juridiction », une sorte de survivance d'une « justice retenue »<sup>36</sup>, voire d'un système de « ministre-juge »<sup>37</sup>.

Dans le cadre du contentieux extractif, l'administration dispose d'un éventail de pouvoirs quasi-juridictionnels qui explique son rôle prépondérant en cette matière. Bien que cette absorption de la fonction contentieuse en matière extractive soit un choix justifié (A), sa mise en œuvre implique nécessairement une intrusion au sein des ordres juridictionnels (B).

### A- La nécessité d'un choix justifié

La participation de l'administration publique à l'encadrement des activités extractives s'est progressivement renforcée avec l'adoption de trois textes majeurs, notamment le Code minier de 2016 et le Code pétrolier de 2019 et le Code gazier de 2012. De ce fait, l'ancrage normatif de la fonction contentieuse de l'administration ne découle pas principalement d'une volonté de désengorger les tribunaux, ou de réaliser des gains en temps et en coûts de procès. Les véritables motivations se trouvent dans la nécessité de promouvoir les investissements par une réduction des risques pour les investisseurs (1) et une préservation des liens contractuels créés (2).

#### 1- La limitation des « risques » par l'administration publique

Il est communément admis que dans le cadre des investissements en matière extractive, l'existence d'un risque est quasi-permanente. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Emmanuel JOLIVET affirmait que « l'étude des perturbations de l'activité extractive précède celle des conflits et des modes de règlement de différends »<sup>38</sup>. Ces perturbations peuvent découler des faits imprévus, mais également des contestations qui n'ont pas pu être apaisées. La jurisprudence des tribunaux du CIRDI a d'ailleurs reconnu ce fait à l'occasion de la sentence rendue dans l'affaire *CSOB c. République slovaque* où le tribunal reconnaît que le risque est normal à toute activité économique d'investissement<sup>39</sup>.

Précisons ici que l'activité extractive ne génère des profits que dans la phase de commercialisation de la ressource extraite. En effet, il faut traverser un long processus qui démarre par une phase de reconnaissance, ensuite une phase de recherche, de développement, d'exploitation, et de transformation du minerai brut avant d'espérer une commercialisation. Durant ce parcours, l'opérateur économique injecte d'importants capitaux qui sont exposés aux

<sup>36</sup> Infra.

<sup>37</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), *Traité de contentieux administratif au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 184.

<sup>38</sup> NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, op. cit., p. 11.

<sup>39</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. (CSOB) c. République slovaque*, CIRDI n° ARB/97/4 du 24 mai 1999.

risques géologiques<sup>40</sup>, politiques et de marché financier. En réponse, les Codes extractifs offrent un cadre normatif d'aménagement des risques liés aux activités portant sur les ressources minérales. On peut prendre pour illustration le Code minier camerounais qui prévoit que « *les personnes physiques ou morales régulièrement établies au Cameroun, se livrant ou désirant se livrer à des activités de recherche ou d'exploitation minières bénéficient des garanties générales et des avantages prévus par la présente loi* »<sup>41</sup>. Le Code pétrolier également prévoit des incitations à l'investissement en raison des « *risques élevés* »<sup>42</sup>.

Au regard de l'étendue de ses prérogatives de puissance publique, l'État quant à lui ne prend aucun risque financier dans la phase de recherche. C'est dans la phase d'exploitation qu'il fait véritablement prévaloir son droit de propriété sur la ressource découverte. Ainsi, il lui est attribué 10 % des parts ou d'actions d'apport de la société dans le cadre des activités d'exploitation de la petite mine et de la mine industrielle<sup>43</sup>. Ces parts lui sont attribuées « *gratuitement et libre de toutes charges* »<sup>44</sup>. Cependant, l'État ne commence véritablement à partager les risques financiers avec les investisseurs que lorsqu'il décide d'augmenter à titre onéreux sa participation au capital social.

Cela étant, les Codes miniers et pétroliers attribuent une large compétence aux autorités administratives en matière de protection des populations dans les domaines de santé, de sécurité, de préservation de l'environnement, ainsi que la sauvegarde leurs droits<sup>45</sup>. Ces populations sont également qualifiées de tiers impactés et leurs attentes doivent également être préservées dans la relation contractuelle entre l'Etat et l'exploitant.

## 2- La préservation des liens contractuels entre l'État d'accueil et l'exploitant

La réalisation des activités minières donne lieu à la signature d'une convention entre l'État et l'exploitant à l'occasion du démarrage des activités d'exploitation<sup>46</sup>. Dans le cas des activités

---

<sup>40</sup> Le risque géologique renvoie aux estimations sur les quantités exactes de réserves naturelles disponibles sur un site délimité. Malgré les avancés des moyens scientifiques, il est difficile d'avoir des estimations très précises sur la qualité et la quantité des ressources disponibles.

<sup>41</sup> Article 193 du Code minier de 2016.

<sup>42</sup> Article 128 alinéa 1 (a) du Code pétrolier de 2019.

<sup>43</sup> Voir les articles 54 alinéa 1, et 59 alinéa 1 du Code minier de 2016.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Lire à ce sujet AKONO MINLO (R.), « La protection juridique des communautés dans la législation minière applicable au Cameroun : entre réalités et incertitudes », dans *Revue de la faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Ngaoundéré, juillet 2016, pp.7-29.

<sup>46</sup> Voir l'article 44 alinéa 1 du Code minier camerounais.

d'hydrocarbure, le lien contractuel s'établit entre l'administration et son cocontractant dès la phase de recherche et se renouvelle dans la phase d'exploitation<sup>47</sup>.

Qu'on soit dans le cadre des activités minières ou d'hydrocarbures, c'est la volonté des parties matérialisée dans les différentes clauses qui permet de préserver la pérennité des liens contractuels<sup>48</sup>. En effet, il est admis que les contrats miniers et d'hydrocarbures peuvent s'étendre sur de longues périodes en fonction de l'envergure des gisements à exploiter. S'agissant des activités minières, c'est le Ministre en charge des mines qui a le pouvoir de signature d'une convention avec l'exploitant. Ce pouvoir s'exerce à l'occasion des activités d'exploitation de la petite mine ou de la mine industrielle<sup>49</sup>. Par ailleurs, il est précisé que « *la convention minière ne déroge pas aux dispositions de la présente loi* »<sup>50</sup>. De même, dans les contrats pétroliers le pouvoir de signature pour le compte de l'État appartient au Ministre en charge des hydrocarbures accompagné par le représentant légal de l'organisme public mandaté à cet effet<sup>51</sup>. Ces contrats prennent la forme soit de contrats de concession, soit de partage de production, soit de contrats de services à risque<sup>52</sup>. Notons que d'autres formes de contrat peuvent subsister en dehors de ceux aménagés par les Codes extractifs.

La particularité des conventions minières ou d'hydrocarbures réside dans la nature du lien contractuel qui est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties<sup>53</sup>. Une autre spécificité dans ce type de contrats réside en ce qu'ils sont très souvent conclus par l'État d'accueil et une société étrangère, même si cette dernière s'établit sous la forme juridique d'une société nationale<sup>54</sup>. En raison de la présence d'un élément d'extranéité au sens du droit international, la doctrine qualifie cette rencontre de volonté par l'expression de « contrat d'État ». En effet, le contrat d'État ou « *State Contract* » désigne « *un contrat d'investissement qui s'accompagne du côté de l'investisseur privé d'apports significatifs d'un engagement souvent durable et d'une prise de risque plus ou moins importante selon la nature de l'opération. L'État de son côté attend la réussite du projet, laquelle, du point de vue du droit*

<sup>47</sup> Article 14 alinéa 1 du Code pétrolier de 2019.

<sup>48</sup> MODOMPTE DEG-TIREY (F.), *Le contentieux des contrats miniers et pétroliers en République centrafricaine*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.42.

<sup>49</sup> Voir l'article 45 alinéa 1 du Code minier du Cameroun.

<sup>50</sup> Article 45 alinéa 3.

<sup>51</sup> Voir l'article 12 alinéa 2 du Code pétrolier de 2019.

<sup>52</sup> Voir l'article 14 alinéa 1.

<sup>53</sup> ACCAOUI LORFING (P.), « Chapitre III - La spécificité du contrat d'État », in *La renégociation des contrats internationaux*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 183.

<sup>54</sup> A ce sujet, l'article 15 alinéa 5 du Code minier camerounais de 2016 dispose que « *seules les personnes morales de droit camerounais exerçant dans le secteur minier peuvent obtenir un titre minier* ».

de l'investissement ne peut guère se matérialiser que par sa contribution au développement ou ses conséquences économiques favorables »<sup>55</sup>.

Au regard de son attribut de souveraineté qui lui permet de garantir l'intérêt général, l'État conserve tout de même un pouvoir exorbitant malgré le principe de la force obligatoire du contrat<sup>56</sup>. En principe, l'État peut opérer une modification unilatérale du contrat en raison de sa double qualité de puissance publique et d'opérateur du commerce international<sup>57</sup>. Toutefois, cette exorbitance dans le lien contractuel obéit à des conditions bien définies. Par exemple, dans le domaine des contrats administratifs, l'État a la faculté de modifier unilatéralement le contrat dès lors que son action s'inscrit dans le cadre d'une mission d'intérêt général, mais à la condition d'indemniser en cas de déséquilibre du contrat<sup>58</sup>. Quoique, le contrat d'État obéit aux mêmes exigences sauf qu'il ne doit pas être toujours assimilé à un contrat administratif.

Cela étant, en l'absence de qualifications textuelle et jurisprudentielle<sup>59</sup>, il est difficile de se prononcer sur la nature juridique du contrat extractif. Toutefois, au regard de l'essor des mécanismes internationaux de protection de l'investisseur, et en regard des effets juridiques rattachés aux clauses compromissaires, clauses de stabilisation et de renégociation des contrats, il est difficile de reconnaître l'exorbitance si particulière à l'administration publique. Dès lors, toute tentative de qualification de la nature du contrat extractif dans l'ordre juridique interne s'effectuera *mutatis mutandis* selon l'épaisseur des clauses contractuelles dites exorbitantes.

Au regard des différents enjeux en matière de développement dans les contrats d'État, l'administration publique essaye de protéger, au mieux, l'autonomie de la volonté de l'État qu'elle incarne. Cependant, l'exercice de la fonction contentieuse par l'administration publique est un choix qui produit nécessairement une intrusion au sein de l'office juridictionnel.

## B- Un choix nécessairement intrusif

L'exercice d'une fonction contentieuse par l'administration publique en matière extractive découle des différentes transformations du droit public. En effet, la fonction de trancher les

<sup>55</sup> JACQUET (V. J.-M.), et al., *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz 2010, p. 577 ; Lire également, LEMAIRE (S.), *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ 2005.

<sup>56</sup> ACCAOUI LORFING (P.), « Chapitre III - La spécificité du contrat d'État », *op. cit.*, p. 184.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Voir à titre de comparaison les décisions sur le contrat administratif en matière de marché public : CS / CA, jugement n° 50/84-85 du 1<sup>er</sup> février 1985, *Affaire Tameghi Joseph c/ Etat du Cameroun*, ou affaire *Amsecom-Amseconcom* ; CS/CA, jugement n°59/04-05 du 23 mars 2005, *Etablissements LIPA-SPORTS B.T.P c/ Etat du Cameroun* ; CS/CA, jugement n°80/06-07 du 04 juillet 2007, *Etablissement Le «PAYSAN » c/ Etat du Cameroun*.

<sup>59</sup> CS/CA, jugement n°147/04-05/ADD du 31 août 2005, *UM NTJAM François c/ Etat du Cameroun*.

litiges permet à l'administration publique d'intervenir dans les matières contentieuses de nature aussi bien administratives (1) que judiciaires – civile et répressive – (2).

### 1- Une immixtion dans l'ordre juridictionnel administratif

Page | 476

En matière d'exploration et d'exploitation des ressources minérales, les autorités administratives jouent un rôle prépondérant tant au plan juridique que matériel. En effet, elles délivrent les titres extractifs<sup>60</sup> tout autant qu'elles en assurent leur bonne mise en exécution. Ainsi, à l'occasion de l'exercice d'une activité extractive, des contestations peuvent naître soit du fait des actes décisifs de l'administration, soit du fait des agissements de personnes privées (personne morale ou personne physique).

Qu'on se situe sur un bord ou de l'autre, le contentieux ne commence pas nécessairement devant le juge. À ce sujet, le Professeur Patrick Edgard ABANE ENGOLO soulignait que « toute approche exclusivement processuelle doit être dépassée par une autre suffisamment large, permettant d'englober [dans le contentieux] toutes les actions liées au litige »<sup>61</sup>. À l'analyse, on peut dire que le contentieux extractif est mi-administratif et mi-juridictionnel, car certains litiges en matière extractive peuvent être tranchés directement par l'administration contentieuse à travers le mécanisme des recours administratifs. D'ailleurs, la jurisprudence connue sous le nom de « jurisprudence *Préfet de l'Eure* »<sup>62</sup> tirée d'un arrêt du 30 mai 1913 rendu par le Conseil d'État pose le principe selon lequel les personnes publiques sont irrecevables à demander au juge de prendre des mesures lorsqu'elles ont-elles-mêmes le pouvoir de les prendre. C'est l'arrêt valide ainsi la nécessité pour l'administration publique de trancher elle-même les litiges dans la mesure que lui permet son pouvoir réglementaire.

D'un autre côté, il est admis, en matière de contentieux administratif, un principe général selon lequel le requérant a le droit de faire examiner sa demande par l'administration<sup>63</sup>. En effet, le droit au recours en matière administrative permet de distinguer le recours « contentieux » ou « juridictionnel » du « recours administratif » portée devant une autorité administrative. Devant cette dernière, le recours peut être qualifié d'une part de recours préalable obligatoire ou « pré-

<sup>60</sup> Il s'agit des titres miniers, des titres miniers d'hydrocarbures, ainsi que des autres autorisations qui ne rentrent pas dans le régime juridique de des titres miniers. Voir l'article 11 du Code minier et les articles 27 alinéa 2, et l'article 2 (43) du Code pétrolier.

<sup>61</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), *Traité de contentieux administratif au Cameroun*, op. cit., p. 29.

<sup>62</sup> DONIER (V.) et LAPEROU-SCHENEIDER (B.), *Accès au juge : quelles évolutions ?*, 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 352.

<sup>63</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), *Traité de droit administratif du Cameroun (Théorie générale et droit administratif spécial)*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 360 ; OWONA (J.), *droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, EDICEF, 1985, p.175.

contentieux »<sup>64</sup> ou pré-juridictionnel, et d'autre part de recours facultatif ou « recours quasi-juridictionnel »<sup>65</sup>.

Dans le premier aspect, les recours administratifs dits préalables regroupent le recours gracieux et le recours hiérarchique<sup>66</sup>. Ces mécanismes constituent des réclamations qui tendent d'une part à informer l'administration de l'existence d'un préjudice éventuel ou né, et à solliciter une réparation *ex ante* ou *ex post*. D'autre part, ces recours préalables permettent d'obtenir une décision de l'administration afin de « lier le contentieux »<sup>67</sup> devant le juge. En effet, il peut arriver que l'objet d'une réclamation porte sur la menace d'un contentieux – litige ou contestation – qui est encore « virtuel ou latent »<sup>68</sup>. Alors, la décision de rejet de l'autorité administrative permet de la lier pour confirmer l'existence d'une contestation qui peut alors être élevée au niveau du juge administratif. En conséquence, on peut affirmer que l'administration joue un rôle de filtre du contentieux extractif. En effet, elle juge de l'opportunité de la naissance d'une véritable contestation entre elle et le requérant, ainsi que de la nécessité de mettre fin au litige sous son office ou sous celui du juge administratif.

Dans la seconde phase, le recours administratif porté devant l'administration peut être facultatif ou de nature quasi-juridictionnelle. L'administration saisie d'une requête est alors appelée à trancher le différend qui oppose les parties. Cependant, il n'existe pas un aménagement substantiel et procédural (délais, autorité adressataire, etc.) pour ce type de recours comme c'est le cas avec le recours préalable obligatoire. Néanmoins, la forme doit satisfaire aux exigences dues aux requêtes en matière administratives<sup>69</sup>. Toutefois, l'admission du « recours quasi-juridictionnel » est prévue par le Code minier relativement aux contestations nées entre exploitants miniers<sup>70</sup>. Par ailleurs, l'administration en charge des mines peut éventuellement jouer un rôle d'expert ou d'arbitre lorsqu'elle est saisie par les parties en conflit<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Voir l'article 17 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 sur les tribunaux administratifs au Cameroun.

<sup>65</sup> AUBY (J.-B.), (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, p.786.

<sup>66</sup> Les recours hiérarchiques sont reconnus dans le Code minier camerounais en son article 207 alinéa 1 : « L'administration en charge des mines est civilement responsable des actes commis par ses préposés à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions. Dans ce cas, elle dispose d'une action récursoire à leur encontre ».

<sup>67</sup> OWONA (J.), *droit administratif spécial de la République du Cameroun*, *op. cit.*, p.206.

<sup>68</sup> CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> édition mise à jour « Quadriga », janvier 2018, PUF. Il précise s'agissant du contentieux qu'« il est virtuel ou latent lorsque avant tout procès une situation juridique recèle une menace de conflit. ».

<sup>69</sup> Le recours doit être écrit, daté timbré, il doit contenir les informations sur le requérant, l'objet de la requête, les motifs et les réclamations.

<sup>70</sup> Voir l'article 131 alinéa 2 du Code minier.

<sup>71</sup> Voir l'article 124 du Code minier.

On peut retenir en synthèse que le recours administratif peut représenter « *un véritable mode « alternatif » du règlement des litiges* »<sup>72</sup>. Il est parfois défini comme « *un processus non juridictionnel qui permet le règlement amiable d'un litige* »<sup>73</sup>. Examinons à présent l'intervention de l'administration publique au sein de l'ordre juridictionnel judiciaire.

## 2- Une intrusion légale dans l'ordre juridictionnel judiciaire

L'action contentieuse de l'administration peut être déclenchée par les autorités administratives elles-mêmes ou par toute personne réunissant les conditions suffisantes pour créer le lien d'instance (la capacité, la qualité, l'intérêt d'agir, etc.). En plus d'assurer la mission de police administrative – préventive –<sup>74</sup>, les autorités administratives disposent également de pouvoirs en matière de police judiciaire – répressive –<sup>75</sup>.

Dans le cadre des activités extractives, le pouvoir répressif de l'administration publique a été élargi depuis l'adoption du Code minier de 2016. Désormais, on distingue les officiers de police judiciaire (OPJ) à compétence spéciale<sup>76</sup> qui travaillent aux côtés des OPJ à compétence générale pour constater les infractions et rechercher leurs auteurs<sup>77</sup>. À cette fin, les manquements et infractions<sup>78</sup> relevés sont consignés dans des procès-verbaux qui sont immédiatement transmis au Ministre chargé des mines<sup>79</sup>. Il s'agit d'une évolution majeure par rapport au Code minier de 2001 qui prévoyait que « *Les procès-verbaux constatant les infractions et les produits saisis sont transmis au Procureur de la République territorialement compétent, et les mis en cause déferés au Parquet* »<sup>80</sup>. Il découle de cette innovation introduite par le législateur de 2016, la consécration d'une intrusion du Ministre des mines dans le cadre processuel pénal.

<sup>72</sup> AUBY (J.-M.), « Les recours administratifs », *AJDA*, n° I, 1997, p.10.

<sup>73</sup> AUBY (J.-B.), (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, op. cit., p.773.

<sup>74</sup> PICARD (E.), *La notion de police administrative*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 426. « *La police administrative intervient pour éviter les troubles à l'ordre public et ainsi maintenir la discipline sociale, dans le cadre d'un ordre finalisé, lié à la construction de l'État libéral* » ; voir les articles 93 et 94 et 132 du Code pétrolier camerounais, et les articles 196 et 208 de son Code minier.

<sup>75</sup> VUNDUAWA TE PEMAKO (F.) & MBOKO DJ'ANDIMA (J.-M.), *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 513-543. « *La police judiciaire a pour objet de découvrir les infractions, les constater, rechercher leurs auteurs et les présenter devant le ministère public en vue du déclenchement de l'action publique* ».

<sup>76</sup> Les articles 196 et 202 alinéa 1 du Code minier précisent qu'il s'agit des « *fonctionnaires, des inspecteurs adjoints assermentés du Ministre en charge des mines et des autres administrations compétentes ou de tout organisme dûment mandaté* ».

<sup>77</sup> Voir l'article 202 alinéa 1 du Code minier de 2016.

<sup>78</sup> S'agissant des infractions en matière minière, lire les articles 216 à 230 du Code minier.

<sup>79</sup> Voir l'article 202 alinéa 2.

<sup>80</sup> Voir l'article 105 alinéa 5 de la loi n° 001/2001 du 16 avril 2001 portant Code minier au Camerounais.

Plus encore, il ressort des dispositions du Code minier de 2016 que le Ministre en charge des mines, après réception des procès-verbaux d'enquête préliminaire, identifie la nature de l'infraction commise (crime, délit ou contravention), et prend des mesures en conséquence. Ainsi, « lorsque les faits constituent un crime, le Ministre chargé des mines transmet le procès-verbal sans délai au Procureur de la République compétent »<sup>81</sup>. Cependant, « lorsque les faits constituent un délit ou une contravention, le Ministre chargé des mines notifie l'amende correspondante au contrevenant »<sup>82</sup>. De surcroît, après notification de la sanction pénale – amende – et de la sanction administrative infligées à l'auteur présumé de l'infraction, ce dernier peut « soit s'acquitter de l'amende, soit solliciter une transaction auprès du Ministre en charge des mines »<sup>83</sup>. Toutefois, « si l'auteur présumé ne reconnaît pas les faits ou si à l'expiration du délai imparti, il ne s'acquiesce pas de l'amende infligée, le dossier est transmis au Procureur de la République compétent »<sup>84</sup>. En outre, en l'absence de transaction ou en cas de non-exécution de la convention de transaction, l'action publique sera mise en mouvement<sup>85</sup>. Par la suite, les autorités administratives pourront intervenir dans la phase judiciaire en qualité d'expert car ce sont « les rapports et avis de l'Administration en charge des mines [qui] tiennent lieu de rapports d'experts »<sup>86</sup>.

En somme, il apparaît que le Ministre des mines peut légalement faire obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, et ce par le biais du mécanisme de la transaction prévu par le Code de procédure pénale camerounais<sup>87</sup>. De ce point de vue, on pourrait supposer que le législateur extractif a renforcé l'intrusion de l'administration dans l'activité répressive, compte tenu du risque lié aux « pouvoirs exorbitants qui sont reconnus au juge pénal »<sup>88</sup>. À cette fin, le Code minier de 2016 dispose que les personnes physiques et les personnes morales sont responsables pénalement des infractions minières, exception faite pour l'État et ses démembrements<sup>89</sup>.

En matière civile, il est admis « qu'en l'absence d'un contrat, le litige est de nature délictuelle. La victime qui introduit une action en réparation doit alors apporter la preuve

<sup>81</sup> Voir l'article 203 alinéa 2 du Code minier de 2016.

<sup>82</sup> Voir l'article 203 alinéa 2.

<sup>83</sup> Voir l'article 204 alinéa 2.

<sup>84</sup> Voir l'article 204 alinéa 5.

<sup>85</sup> Voir l'article 205 alinéa 1.

<sup>86</sup> Voir l'article 207 alinéa 4.

<sup>87</sup> Voir l'article 62 alinéa 1 (f) de la loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale.

<sup>88</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), *Traité de contentieux administratif au Cameroun*, op. cit., p. 280.

<sup>89</sup> Voir l'article 217 du Code minier.

d'une faute »<sup>90</sup>. En effet, le droit commun de la responsabilité civile délictuelle peut servir à déterminer un fondement légal afin de soutenir une demande en réparation du préjudice – généralement l'article 1382 du Code civil –. Dans le même sens, le Code minier dispose que « l'administration en charge des mines est civilement responsable des actes commis par ses préposés à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>91</sup>. Il en va de même pour les titulaires des titres d'exploitation ou de leur mandataire<sup>92</sup>. Par ailleurs, le Code pétrolier prévoit également un régime de responsabilité<sup>93</sup>.

*In fine*, on peut rajouter –accessoirement– à nos analyses les arguments sur la nature des rapports entre les pouvoirs exécutif et judiciaire *lato sensu* ; d'un point de vue sur la problématique de l'indépendance du pouvoir judiciaire au Cameroun<sup>94</sup>. Toutefois, l'absorption par l'administration de la fonction contentieuse en matière extractive n'a pas pour effet de supprimer la compétence du juge étatique en la matière. En effet, ce dernier reste présent dans le paysage juridictionnel, même s'il ne joue qu'un rôle subsidiaire du fait d'une délocalisation de la fonction contentieuse extractive.

## II-UNE DÉLOCALISATION STRATÉGIQUE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE EXTRACTIVE PAR LES ACTEURS PRIVÉS

De manière générale, les analyses précédentes ont permis de démontrer qu'il existe une fonction contentieuse au sein des juridictions camerounaises en matière extractive. Malheureusement, cette fonction est détournée de son cours naturel qui devrait faire de la juridiction étatique le principal point de chute du contentieux extractif. La cause réside dans l'élaboration d'un ensemble de stratégies juridiques qui déterritorialisent la fonction contentieuse extractive. En conséquence, les parties au conflit en matière extractive peuvent

<sup>90</sup> SABADA MAGAZAN (M.), « La compétence juridictionnelle en matière de contentieux extractif », *op. cit.*, p.304.

<sup>91</sup> Voir l'article 207 alinéa 1 du Code minier.

<sup>92</sup> Voir l'article 206 du Code minier.

<sup>93</sup> - L'article 85 du Code pétrolier dispose que « 1) Sans préjudice des sanctions applicables en matière pénale, est civilement responsable, sans qu'il soit besoin d'établir une faute, le titulaire d'une autorisation ou d'un contrat pétrolier qui a, de son fait ou de celui de ses sous-traitants, causé un dommage corporel, matériel ou environnemental se rattachant directement ou indirectement à l'exercice des opérations pétrolières, aux activités connexes ou aux installations situées à l'intérieur ou à l'extérieur du périmètre contractuel. A défaut de réparation en nature, l'indemnité allouée doit réparer intégralement le dommage causé.

(2) Lorsqu'il n'est pas titulaire, l'État ne peut encourir aucune responsabilité, directe ou indirecte, à l'égard des tiers pour tous dommages résultant de la réalisation des opérations pétrolières effectuées par le titulaire ». ; lire également l'article 65.

<sup>94</sup> Lire l'article 37 alinéa 3 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 sur le conseil supérieur de la magistrature, lire également l'article 8 alinéa 7 sur le droit de grâce.

opter pour une délocalisation de la fonction contentieuse vers un ordre juridique négocié (A) ou vers un ordre juridique transnational (B).

### A- Une déviation vers un « ordre juridique négocié »

Toute société a besoin d'un modèle de justice qui puisse garantir la sécurité juridique et la protection des droits et libertés de manière impartiale. Toutefois, en cas de litige dans l'exercice des activités extractives, ou sur l'interprétation et l'application du contrat extractif, les parties impliquées peuvent choisir de négocier entre elles les solutions à adopter pour régler le conflit qui les oppose. Dès lors, il convient d'analyser au préalable les justifications du recours à une solution négociée (1) avant de présenter son aménagement normatif (2) au Cameroun.

#### 1- Les justifications du recours aux modes de résolution négociés en matière extractive

Le contexte socio-culturel des États africains a toujours été favorable à l'admission des modes amiables de règlement des conflits<sup>95</sup>. Cela étant, l'organisation et le fonctionnement de la justice étatique ou des juridictions institutionnelles reconnaît de plus en plus l'efficacité de ces modes amiables. Faute de pouvoir se les approprier pleinement dans son office, le juge, lorsqu'il est saisi d'une action, doit se prononcer sur le bienfondé des prétentions alléguées à l'issue d'un débat contradictoire. À cette fin, la solution retenue n'emporte pas nécessairement une extinction du conflit. C'est en ce sens que ROLAND et BOYER affirmaient en 1992 que « la recherche d'une solution amiable des litiges a cependant toujours eu la faveur du droit, soutenue par l'idée qu'il n'est meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes »<sup>96</sup>.

Néanmoins, il est utile de s'interroger sur l'efficacité des modes de résolution amiable en matière de contentieux extractif. Face à cette interrogation, des tenants de la doctrine<sup>97</sup> ont avancé des réponses ambivalentes. D'une part, le recours aux modes amiables de règlement des litiges présente de nombreux aspects positifs. À titre d'illustration, la célérité constitue un avantage indéniable dans le cadre du contentieux extractif où les procédures juridictionnelles sont habituellement longues dans la durée. Or, dans le cadre de la justice étatique il est pourtant

<sup>95</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), « La problématique de la reconnaissance des modes alternatifs dans le contentieux de l'administration », in *RADP*, Vol X, N° 21, 2021, p. 13.

<sup>96</sup> CECCHI DIMEGLIO (P.) et BRENNEUR (B.), (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 64

<sup>97</sup> On peut citer les contributions des auteurs tels que : Le Professeur Urbain Noël EBANG MVE, les Docteurs Roseline FOUEZEU SONFACK, Maginnot ABANDA AMANYA, Léon Roger ZAM et Fabrice MODOMPTE DEG-TIGUEY pour ne citer que ceux-ci.

admis, en faveur des justiciables, l'exercice d'un droit à un délai raisonnable du procès. À cette fin, la célérité des modes de résolution amiable constitue un critère déterminant dans l'« *alternativité* »<sup>98</sup> des solutions aux conflits.

En outre, les modes de résolution amiable présentent également l'avantage de leur souplesse et flexibilité, étant donné que l'on y privilégie ici le dialogue et les négociations pour aboutir à un consensus. En effet, cela contribue à maintenir un climat favorable d'une part entre les parties en conflit et surtout de préserver l'harmonie qui doit régner dans la chaîne État-opérateur-tiers. De plus, il est reconnu aux modes de résolution amiable une qualité liée à la confidentialité des procédures. Cette qualité qui n'est pas très souvent reconnue devant les juridictions étatiques où le principe est celui de la publicité des débats, et l'exception le procès à huis clos.

D'autre part, les modes de règlement amiable ou négocié des conflits en matière extractive présentent quelques inconvénients. En effet, certains y voient une forme d'édulcoration des prérogatives de la puissance publique<sup>99</sup>, conduisant l'État à négocier avec des particuliers pour trouver un consensus sur une ressource naturelle dont il est propriétaire. Par contre, les prérogatives de l'administration peuvent se révéler être un obstacle dans l'issue des résolutions amiables. Cela peut se justifier, surtout lorsqu'on sait qu'« *il se pose déjà un problème constant en contentieux administratif, celui de l'exécution des décisions de justice [par l'administration]* »<sup>100</sup>. On peut alors s'interroger sur le sort des résolutions prises par l'État à l'issue d'un règlement amiable. Dès lors, la principale faiblesse de ces modes amiables en est qu'ils reposent entièrement sur la bonne foi et la volonté des parties au conflit. Généralement, il faudra recourir au juge étatique pour rendre véritablement exécutoire l'échange de volonté entre les parties en conflit.

Il en résulte que les modes de résolution amiable n'offrent pas toujours les garanties d'indépendance, d'impartialité et de traitement équitable entre les parties<sup>101</sup>. On peut alors dire à la synthèse que le droit positif camerounais est favorable à l'admission des modes négociés

<sup>98</sup> MEKKI (S. A.) & al., (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits (Droit, Histoire, Anthropologie)*, Actes du colloque de Paris des 23 et 24 mars 2017, Mare & Martin, 2018, p. 265.

<sup>99</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), « La problématique de la reconnaissance des modes alternatifs dans le contentieux de l'administration », *op. cit.*, p. 11.

<sup>100</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), *op. cit.*, p. 12.

<sup>101</sup> OUEDRAGO (Y.), « Le règlement amiable des litiges en matière de contrats d'État dans les industries extractives », *op. cit.*, p.

de règlement des conflits, qui sont de plus en plus utilisés en matière extractive. Dès lors, il convient d'examiner l'encadrement juridique des modes négociés de règlement des litiges.

## 2- L'encadrement de l'« ordre juridique négocié » en matière extractive

Page | 483

L'expression « ordre juridique négocié »<sup>102</sup> permet de caractériser les réformes profondes de la justice essentiellement marquée par une volonté de dépassement d'un « ordre juridique imposé »<sup>103</sup> qui se veut essentiellement juridictionnel. L'ordre juridique négocié renvoie à la coexistence de modes de résolution de conflit qui échappent à une procédure juridictionnelle et qui ne se développent pas non plus « hors droit »<sup>104</sup>. On voit ici les modes amiables qui sont une catégorie des modes alternatifs de règlement des conflits. Cependant, l'arbitrage en lui-même est un mode alternatif mais non amiable, car il s'effectue dans un cadre juridictionnel<sup>105</sup>.

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont « *l'expression récente d'un phénomène ancien* »<sup>106</sup>, qualifiés parfois de « *phénomène à éclipses* »<sup>107</sup>. Ils s'apprécient selon que la finalité recherchée par les parties tend à un règlement amiable ou à un règlement juridictionnel. S'agissant des règlements amiables, ce sont des « *modalités de traitement d'un différend qui reposent sur la volonté commune des parties et s'accomplissent, en partie ou en totalité, sans l'intervention d'un juge* »<sup>108</sup>. Toutefois, il existe quelques imprécisions des textes juridiques sur les types de modes de règlement amiable<sup>109</sup>. En France, la question a été réglée par une loi relative à l'accès au droit et à la résolution amiable<sup>110</sup>

Généralement, la première étape face aux conflits extractifs passe par la phase des négociations informelles. En cas d'échec, les parties peuvent recourir aux modes de règlement amiable des différends qui se réalisent soit avec l'assistance d'un tiers, soit sans son intervention

<sup>102</sup> CADIET (L.) et CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019, p.30.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> Lire OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « Chapitre 1 - Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? » in BOY (L.) et al. (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, 1<sup>er</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 21.

<sup>105</sup> MEKKI (S. A.) & al., (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit. p. 266.

<sup>106</sup> H CADIET (L.) et CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit. p. 30.

<sup>107</sup> GUINCHARD (S.), *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, 12<sup>e</sup> édition Dalloz, 2023, p.1496.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 1501.

<sup>109</sup> Pour illustration de cette imprécision qui crée une confusion, on peut lire l'article 232 du code minier camerounais dispose que « *les différends nés de l'application ou de l'interprétation d'une convention minière conclue entre un titulaire de titre minier et l'Etat conformément aux dispositions du présent code et qui n'ont pas été réglés à l'amiable peuvent être soumis à la conciliation, à la médiation ou à la l'arbitrage* ».

<sup>110</sup> Voir la loi N° 98-1163 du 18 décembre 1998.

directe. Pour les premiers, il s'agit en matière extractive de la conciliation<sup>111</sup>, de la médiation<sup>112</sup> et de l'expertise<sup>113</sup>. Ces mécanismes permettent de faire intervenir un tiers en qualité de conciliateur, médiateur<sup>114</sup>, ou un arbitre appelé amiable-compositeur<sup>115</sup>. Pour les modes amiables qui se réalisent sans l'intervention directe d'un tiers, il s'agit essentiellement de la « transaction » telle que prévue dans le code minier<sup>116</sup>. Dans le cadre des règlements amiables ou négociés, l'acte qui règle définitivement le conflit prend également le nom d'accord de « transaction »<sup>117</sup>. La signature de ce contrat met entre suspend, pour les parties, le droit d'agir en justice pour le même différend.

Dans un autre versant, il faut rajouter que les modes de règlement amiable font intervenir les tiers (populations riveraines ou autochtones, tiers impactés) à travers leur droit à l'information et à la consultation. À l'issue des résolutions amiables on peut avoir des accords tels que : les accords d'indemnisation et les accords de développement communautaire<sup>118</sup>, etc.

*In fine*, le choix stratégique du recours aux modes de résolution amiables est certes négocié, mais il est également imposé, pour les parties au contrat extractif, comme un préalable indispensable avant tout recours juridictionnel<sup>119</sup>. Cependant, en cas d'échec dans la recherche des solutions amiables, les acteurs privés disposent également d'autres mécanismes stratégiques.

<sup>111</sup> Dans la conciliation, le juge agit comme un tuteur, les parties et leurs représentants cherchant seuls un accord.

<sup>112</sup> Dans le processus de médiation, le médiateur a un rôle actif dans la recherche de solution par l'apaisement des relations.

<sup>113</sup> L'expertise amiable est une procédure qui permet aux parties en conflit d'obtenir l'avis d'un tiers qualifié et spécialisé dans un secteur particulier (la finance, la géologie, l'ingénierie, la pétrochimie, etc.) pour les aider à mettre fin au litige.

<sup>114</sup> Le conciliateur et le médiateur peuvent être des auxiliaires de justice bénévole, ou désignés par le juge, ou ils peuvent être choisis par les parties en fonction de leurs compétences ou expertise.

<sup>115</sup> Ici l'arbitre se s'appuie par sur le droit, mais fait recours à l'équité.

<sup>116</sup> Voir les articles 204 et 205 du code minier.

<sup>117</sup> GUINCHARD (S.), *op. cit.*, p.1502. Il s'agit d'une part d'un acte par lequel les parties mettent fin à un litige, ou le préviennent en se consentant des concessions réciproques. D'autre part, il s'agit de la convention par laquelle les parties décident de s'en remettre à l'avis d'un expert. On peut prendre en illustration le cas de l'accord de transaction du 30 juin 2015 signé par l'Etat du Cameroun et l'entreprise Sundance Ressources relativement au conflit qui les opposait dans le cadre du projet d'exploitation du gisement de fer Mbalam-Nabeba.

<sup>118</sup> Lire à ce sujet FOUZEZOU SONFACK (R.), *le règlement du contentieux minier et pétrolier des Etats africains*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université de Yaoundé II en 2021, p.65. Les accords d'indemnisation renvoient aux accords d'indemnité d'occupation et d'indemnité de réparation.

<sup>119</sup> Ce caractère préalable est obligatoire. Voir les affaires : *Burlington Resources Inc. c. la République de l'Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012, 316-335 ; *Perenco Ecuador Ltd. c. la République de l'Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, 12 septembre 2014, 366 ; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. la République de l'Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, Sentence, 5 octobre 2012, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. la République de l'Equateur*, Affaire CIRDI n°. ARB/06/11, Opinion dissidente, 5 octobre 2012.

## B- Une dérivation vers un ordre juridique transnational : la création d'« espaces normatifs extractifs »<sup>120</sup>

Malgré sa diversité, le contentieux extractif présente tout de même des caractéristiques plus ou moins communes à la plupart des États africains. C'est en observant la pratique des acteurs extractifs – l'État et les acteurs privés –, que la doctrine essaye de déterminer une *lex extractiva* applicable au contentieux extractif. En cela, il faut reconnaître que la liberté de choix des normes substantielles et procédurales, devant régir l'activité extractive, est laissée aussi bien aux parties au contrat extractif, qu'aux tiers à ce contrat. Cela, contribue à une dérivation de la fonction contentieuse du juge étatique camerounais, vers d'autres juridictions nationales, internationales et a-nationales. Sur ce fait, la doctrine reconnaît qu'il n'existe pas une unité d'action ou de *for* en matière de contentieux extractif. Ce constat est le reflet des choix stratégiques qui participent de la dispersion de la fonction contentieuse extractive. À cet égard, il sera question pour nous d'analyser quelques techniques de dérivations procédurales (1) et substantielles (2), tout en les illustrant à l'aide de conventions minières signées par le Cameroun.

### 1- Les techniques de choix des règles de procédure : le *forum shopping*

À titre liminaire, il convient de préciser que le terme *forum shopping* découle de la doctrine anglaise<sup>121</sup> et désigne le choix par les parties de la procédure à suivre en cas de survenance d'un litige<sup>122</sup>. Cette technique permet d'effectuer, en fonction des objectifs visés, un choix mixte ou non entre les normes nationales, les normes internationales et les normes a-nationales. Plus exactement, les parties au contrat extractif peuvent faire incorporer des clauses d'élection de *for* ou clause d'arbitrage, et des clauses de choix de la procédure applicable en cas de contentieux<sup>123</sup>. Par ailleurs, les tiers tels que les populations autochtones et les populations locales, peuvent également délocaliser la fonction contentieuse en opérant un choix de juridiction pour bénéficier des règles plus favorables à leurs attentes.

<sup>120</sup> Lire LHUILIER (G.), in NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif, op. cit.*, pp. 11 et 23.

<sup>121</sup> SEGAN (J.), « Applicable Law “Shopping” Rome II and Private Antitrust Enforcement in the EU », in *Comp. L. J.* 2008, vol. 7(3), p. 251.

<sup>122</sup> DEIRMENDJIAN (E.), *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université de Toulon en 2012, p.4. Il précise que « *La stratégie d'anticipation procédurale [...] permet d'effectuer un choix approprié entre les différentes règles existantes en fonction du but poursuivi* ».

<sup>123</sup> LHUILIER (G.), *Droit transnational*, Paris, « Collection méthodes du droit » Dalloz, 2016, p. 319.

S'agissant des parties au contrat extractif, l'État du Cameroun a signé plusieurs conventions minières avec des entreprises étrangères<sup>124</sup>. Ces conventions fixent le choix des règles procédurales effectuées par les parties et qui s'appliqueront en cas de contentieux. Il en ressort de manière générale qu'en cas de conflits, les parties ont la possibilité, pour les uns, et l'obligation pour les autres, de recourir à un mode de règlement amiable en vue d'une solution<sup>125</sup>. En cas d'échec, les parties auront recours aux stratégies formulées dans leur choix juridictionnels. Par exemple, dans le cas où les parties décident de recourir à une juridiction arbitrale, elles ont la faculté de déterminer les règles de procédure applicables par l'arbitre choisi.

À titre d'illustration, examinons le cas de la convention minière signée par l'État du Cameroun et l'entreprise Sinosteel Cam S.A. L'article 35 alinéa 2 de ladite convention dispose que « *Tout litige entre les Parties à la présente convention sera définitivement réglé par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage (« Règlement d'arbitrage ») du Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA à Abidjan, à la requête de la Partie la plus diligente* ». Cette disposition constitue la convention d'arbitrage<sup>126</sup> qui fonde la compétence du Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) en tant qu'institution de supervision de la procédure arbitrale à intervenir. On peut dans ce cas, les parties ont opté pour un arbitrage institutionnel.

À l'analyse, on peut dire que le tribunal arbitral est reconnu tant pour sa célérité<sup>127</sup> que pour ses débats contradictoires<sup>128</sup>. Il sied de souligner que l'existence d'une convention d'arbitrage entre deux parties amène le juge étatique à se déclarer incompetent en cas de saisine, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable<sup>129</sup>. Par ailleurs, la sentence arbitrale prononcée dans le cadre d'un arbitrage CCJA est en principe insusceptible de recours<sup>130</sup>. Néanmoins, elle peut faire l'objet, dans des cas précis, d'un recours en annulation,

<sup>124</sup> On peut citer le cas de la société coréenne Cameroon and Korea Mining (C&K) pour l'exploitation du diamant de Mobilong (2010), la société GEOVIC Cameroun pour l'exploitation du Nickel, du Cobalt et du manganèse de Lomié (2003), le cas de l'entreprise SINOSTEEL CAM S.A relativement à « l'exploitation industrielle du gisement de fer de Lobé à Kribi » signé le 21 avril 2022, le cas de l'entreprise Cameroon Mining Compagny Sarl (CMC) pour l'exploitation du gisement de fer Mbalam-Nabeba, signée le 31 mars 2022, etc.

<sup>125</sup> Voir l'article 35 alinéa 1 de la convention minière signée par le Cameroun et Sinosteel Cam, et l'article 35 de la convention minière signée par le Cameroun et la C&K mining.

<sup>126</sup> L'article 3.1 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage (AUA) OHADA de 2017 relatif au droit de l'arbitrage dispose que la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

<sup>127</sup> L'article 3.1 AUA dispose que si les parties n'ont pas fixé un délai pour le règlement du litige, le tribunal arbitral devra rendre une décision en moins de six (06) mois.

<sup>128</sup> Voir l'article 14 et 26 (d) de l'AUA.

<sup>129</sup> Voir l'article 13 de l'AUA

<sup>130</sup> Voir l'article 25 de l'AUA

portée devant la juridiction de l'État d'accueil de l'investissement, avec la possibilité de l'introduction d'une tierce opposition<sup>131</sup>.

En revanche, la convention minière signée par l'État du Cameroun et l'entreprise Cameroon and Korea Mining prévoit qu'en cas d'échec du règlement à l'amiable, un recours à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)<sup>132</sup> est ouvert aux parties. Cela étant, le CIRDI n'applique aucune *lex arbitri* nationale puisqu'il n'est soumis à aucune loi nationale de procédure<sup>133</sup>. Ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la procédure arbitrale devant la CCJA qui est tenue de respecter la *lex arbitri* nationale à la demande des parties<sup>134</sup>. En outre, la sentence du CIRDI a la particularité d'être immédiatement exécutoire et insusceptible de recours devant les tribunaux étatiques<sup>135</sup>, compte tenu du fait que son instrument de création prévoit un mécanisme de recours interne<sup>136</sup>. En conséquence, les sentences du CIRDI échappent à la nécessité d'un *exequatur* au sens de la *Convention de New York* et font directement l'objet d'une procédure d'exécution forcée<sup>137</sup>.

Toutefois, malgré la présence des clauses compromissoires qui permettent de désigner la juridiction arbitrale comme instance de règlement du litige, l'État du Cameroun peut être simultanément lié par un autre traité d'investissement –la Convention de New York par exemple–. À cette fin, le principe étant que le consentement à l'arbitrage est formulé soit par une convention d'arbitrage, soit par un instrument relatif aux investissements (un code d'investissement ou un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement)<sup>138</sup>. Cette situation crée généralement un conflit positif de compétence entre les demandes conventionnelles (traité d'investissement) et les demandes contractuelles (clauses compromissoires ou compromis) ; une situation parfaitement illustrée par le contentieux opposant la société *Chevron -Texaco* et les populations de l'Équateur<sup>139</sup>.

On peut dire en synthèse que la pratique du *forum shopping* varie selon les stratégies de défense mises en place par les parties au contrat. En outre, dans le cadre de l'arbitrage CCJA, les procédures sont relativement souples par rapport à l'arbitrage d'investissement organisé au sein du CIRDI.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Selon l'article 36 de la convention minière signée avec l'Etat du Cameroun.

<sup>133</sup> REED (L.) et al., *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye, Londres, New York, 2004, note 1, p. 8.

<sup>134</sup> Voir l'article 19 de l'AUA (OHADA)

<sup>135</sup> Voir l'article 53 de la Convention CIRDI

<sup>136</sup> Voir l'article 52 de la Convention CIRDI.

<sup>137</sup> Voir les articles 53 à 55 de la Convention CIRDI

<sup>138</sup> Voir les articles 3 de l'AUA (OHADA), et

<sup>139</sup> *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. La République d'Équateur*, Affaire CPA n° 2009-23.

S'agissant des tiers au contrat, ils jouent également un rôle non négligeable dans le processus de dérivation de la fonction contentieuse. En effet, les populations victimes des conséquences néfastes des activités extractives, peuvent porter les litiges qui les opposent aux entreprises privées de ce secteur devant les juridictions internationales ou devant les juridictions nationales d'établissement du siège social de l'entreprise poursuivie. Examinons à présent les techniques de dérivation basées sur le choix du droit substantiel en cas de contentieux extractif.

## 2- Les techniques de choix des règles substantielles : *le law shopping*

Le terme *law shopping* a été généralisé par la doctrine anglaise qui l'emploie pour désigner tous les mécanismes de choix de la loi applicable au fond<sup>140</sup>. Cette technique se fonde sur la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté des parties à un contrat<sup>141</sup>. Cela permet par exemple aux parties de décider des règles applicables en matière de fiscalité, en matière de protection de l'environnement, ou encore en matière de gestion des risques, etc. Au final, plusieurs approches permettent de choisir le droit substantiel.

La première approche consiste en ce que la mise en œuvre du droit substantiel choisi par les parties en conflit passerait par le choix d'une institution (*forum shopping*) qui garantirait une application de son droit substantiel. Ce droit substantiel sera donc appliqué, à défaut d'un choix contraire formulée par les parties dans le cadre d'une *lex extractiva* spécifique. À titre d'illustration de cette technique de *law shopping*, nous avons le cas du mécanisme de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE)<sup>142</sup>. En effet, l'article 8 alinéa 2 de la convention minière signée entre le Cameroun et l'entreprise Sinosteel dispose que « *Les parties sont astreintes à se conformer aux engagements internationaux pris par l'État et applicables à leurs activités, pour l'amélioration de la gouvernance dans le secteur minier, notamment ceux relatifs à l'initiative pour la Transparence dans les Industries Extractive (ITIE)* ». Cette technique de *law shopping* réalisée grâce à un *forum shopping* permet à l'État du Cameroun d'être en cohérence avec ses engagements en matière de transparence et de bonne gouvernance dans le secteur extractif.

<sup>140</sup> OHARA (E. A.) et RIBSTEIN (L. E.), *The Law Market*, Oxford University Press, 2009 ; LHUILIER (G.), « Le concept de « Law shopping ». (Droit international privé, droit social, droit de l'environnement) », in BLIN-FRANCHOMME (M.-P.) et DESBARATS (I.), (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy-Wolters Kluwer, 2010, p. 11.

<sup>141</sup> LHUILIER (G.), « Le contentieux extractif (essai de définition) », in NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, op. cit., p.10.

<sup>142</sup> L'ITIE (Association à but non lucratif basée en Norvège) a été fondée en juin 2003 à Londres par 140 délégués de gouvernements, d'entreprises, de groupes industriels, d'organisations de la société civile et d'investisseur. Désormais, plus de 50 pays ont adoptés les normes de l'ITIE en vue de divulguer les informations sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'industrie extractive. Le Cameroun y est membre depuis 2007 et produit régulièrement des rapports.

La deuxième approche dans la technique de *law shopping* permet de choisir le directement le droit substantiel applicable en cas de litige. Pour illustration, l'article 42 de la convention minière signée par l'État du Cameroun et l'entreprise Sinosteel dispose que « *La présente convention et tout litige ou toute réclamation découlant de son contenu ou de sa formation, ou en relation avec celle-ci, sont régis et interprétés conformément à la législation et aux principes du droit camerounais, incluant les traités et engagements internationaux auxquels le Cameroun est partie* ». Ce choix stratégique permet de préserver la sécurité juridique, voire l'ordre juridique camerounais, en supprimant la possibilité des conflits de hiérarchie normative<sup>143</sup>.

La troisième approche s'identifie par l'élaboration des conditions d'exécution du contrat. En effet, on peut distinguer dans les contrats les clauses relatives au principe de la non-discrimination à l'égard des autres investisseurs, les clauses de stabilité du contrat, les clauses de confidentialité, les clauses aménageant les conditions fiscales, les clauses de surveillance et de contrôle des activités, ou encore les clauses sur le contenu local ; ce qui renvoie de manière générale aux clauses déterminant les droits et obligations des parties.

La quatrième approche stratégique est celle permettant aux tiers de choisir un ordre juridique en fonction des règles substantielles qui garantiraient le mieux leurs intérêts. Ainsi, en cas de survenance de faits délictueux découlant de l'activité des entreprises extractives, les victimes peuvent choisir de recourir d'une part à la compétence territoriale afin de saisir le juge de l'État hôte. D'autre part, les victimes peuvent mettre en œuvre la compétence personnelle active de manière à poursuivre le dirigeant de l'entreprise devant les juridictions nationales du lieu d'établissement de son siège social<sup>144</sup>. Par ailleurs, la compétence de la juridiction peut aussi être « réelle » ou encore de « service public », lorsque les faits portent atteinte à un intérêt fondamental de l'État comme en matière de corruption des fonctionnaires<sup>145</sup>.

Pour illustration, l'affaire *Beny Steinmetz*<sup>146</sup> démontre à suffisance le recours à une « compétence personnelle active » pour juger et condamner le dirigeant de l'entreprise minière Beny Steinmetz Ressources Group (BSRG), concernant les faits de corruption durant la procédure d'acquisition des titres miniers sur le gisement de fer Simandou en République de Guinée. En effet, c'est grâce aux poursuites déclenchées par le ministère public suisse, que le tribunal correctionnel de Genève a rendu en date du 22 janvier 2021, une décision de condamnation de Monsieur STEINMETZ à une peine d'emprisonnement de 5 ans sur le chef

<sup>143</sup> LHUILIER (G.), *Droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 320-325.

<sup>144</sup> LHUILIER (G.), *Droit transnational*, *op. cit.*, p.14.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Lire les faits mentionnés dans les articles de l'agence *ecofin* sur le site <https://www.agenceecofin.com>.

d'accusation de corruption en vue de l'obtention de droits miniers en Guinée. L'État Guinéen quant à lui avait opté pour une transaction à l'effet d'une renonciation au droit de poursuite par l'État et une renonciation au droit sur les titres miniers par BSRG.

D'un autre côté, l'affaire *Chevron-Texaco* et les populations de l'Équateur<sup>147</sup> met en exergue les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre d'une « compétence universelle ». En effet, les victimes de pollution pétrolière n'ont pas réussi à obtenir une condamnation des dirigeants de l'entreprise californienne *Chevron-Texaco* pour des faits qualifiés crimes de *jus cogens* définis à l'article 7 du statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>148</sup>.

*In fine*, toutes ces illustrations permettent de démontrer l'existence des stratégies qui participent de la dispersion de la fonction contentieuse extractive en droit transnational. Dès lors, il revient à l'État de renforcer sa gouvernance à travers une stratégie de « *management optimisé des litiges* »<sup>149</sup>, ce qui permettra de contenir la « *privatisation du contrat extractif par l'arbitrage transnational* »<sup>150</sup>. C'est pour cette raison que le Professeur Patrick ABANE ENGOLO appelle à une « *circonspection de la pénétration de ces modes [alternatifs de règlement des conflits]* »<sup>151</sup> au Cameroun.

### Conclusion

Une étude qui est menée sur un truisme en droit positif camerounais, peut se justifier par l'absence des travaux sur le sujet. On serait alors dans une argumentation factuelle si on affirmait de manière lapidaire que le contentieux extractif au Cameroun est « quasi-inexistant », sans toutefois en saisir le véritable problème juridique. Cette étude repose sur l'identification d'un déséquilibre dans la mise en concurrence de la fonction contentieuse en matière extractive au Cameroun. Nos analyses ont permis de rassembler les ramifications de cette fonction contentieuse, afin d'identifier les stratégies juridiques utilisées, ainsi que les mouvements des acteurs qui y interviennent.

La particularité du contentieux extractif repose sur la dialectique constante des intérêts divergents entre les acteurs extractifs. On ne saurait faire le reproche à la juridiction camerounaise sur son incapacité à mettre en place une justice substantielle capable de garantir

<sup>147</sup> *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. La République d'Équateur*, Affaire CPA n° 2009-23.

<sup>148</sup> Il s'agit ici des crimes contre l'humanité.

<sup>149</sup> VAUGON (I.), « Chapitre 11 - Le management optimisé des litiges » pp. 357-385, in CECCHI DIMEGLIO (P.) et al., (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution*, *op. cit.*

<sup>150</sup> LHUILIER (G.), « Le contentieux extractif (essai de définition) », in NGWANZA (A.) et LHUILIER (G.), (dir.), *le contentieux extractif*, *op. cit.*, p.10.

<sup>151</sup> ABANE ENGOLO (P. E.), « La problématique de la reconnaissance des modes alternatifs dans le contentieux de l'administration », *op. cit.*, p. 10.

un intérêt général dans lequel chacun des intérêts particuliers y trouverait place. C'est d'ailleurs ce qui explique, en droit transnational, la multiplication des espaces normatifs extractifs. Toutefois, il revient au juge étatique d'intervenir afin de préserver l'ordre public. À tout le moins, on peut dire que le contentieux extractif devant les juridictions camerounaises est en pleine construction.



**Les heurts de la garantie juridictionnelle de l'environnement au Cameroun***The clashes of the jurisdictional guarantee of the environment in Cameroon*

Par :

**Hermann NGUEMEU DONGMO**

Doctorant en Droit Public à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Douala- Cameroun

Page | 492

**Résumé :**

*Parce que le contentieux de l'environnement au Cameroun brille par sa dualité juridictionnelle faisant intervenir le juge administratif et le juge judiciaire, il est possible que le juge puisse donc de par son office être un garant déterminant dans la protection de l'environnement. Mais à l'observation, l'office du juge dans l'identification et le traitement des atteintes à l'environnement au Cameroun n'est pas très reluisant. Il est fortement éprouvé. La garantie qu'apporte le juge dans la protection de l'environnement n'est donc pas parfaite. Le juge fait face à de nombreux heurts tant extrinsèques qu'intrinsèques qui lui empêchent de bien s'y mouvoir en la matière et semblent paralyser la plénitude de son office de deux manières distinctes : soit en le rendant impuissant, soit en le rendant défaillant.*

**Mots clés :** Atteintes à l'environnement, Contentieux environnemental, Juge, Office, Préjudice écologique.

**Abstract:**

*Because environmental litigation in Cameroon shines with its jurisdictional duality involving the administrative judge and the judicial judge, it is possible that the judge can therefore by his office be a determining guarantor in the protection of the environment. But, upon observation, the office of the judge in the identification and treatment of damage to the environment in Cameroon is not very rosy. He is strongly tested. The guarantee provided by the judge in the protection of the environment is therefore not perfect. The judge faces many clashes, both extrinsic and intrinsic, which prevent him from moving well in this matter and seen paralyze the fullness of his office in two distinct ways: either by rendering him impotent, or by rendering him failing.*

**Keywords:** Damage to the environment, Environmental litigation, Judge, Office, Ecological damage.



## Introduction

Partant de sa prise de conscience au sortir de la Conférence de Rio sur le fait que la gravité des menaces que subissent l'environnement oblige d'adopter des mesures efficaces pour sa protection, et dont le sommet aura favorisé la constitutionnalisation du droit à un environnement sain dans la réforme constitutionnelle de 1996, l'Etat du Cameroun a de manière progressive adhéré et ratifié de nombreux instruments internationaux protecteurs de l'environnement, adopté une loi-cadre relative à la gestion de l'environnement et de nombreux textes juridiques sectoriels en la matière. Le Cameroun regorge donc d'un important arsenal juridique relatif à la protection de l'environnement<sup>1</sup>. En apparence, il ne souffre pas d'une insuffisance normative.

Ce qui semble poser en réalité problème est la question de l'effectivité du droit environnemental. Le fait est que certains acteurs déterminants de sa mise en œuvre, en l'occurrence le juge, n'assurent pas pleinement leur rôle. En effet, bien qu'il soit indéniable que le juge, de par son office, peut offrir une certaine garantie pour une protection de l'environnement au Cameroun du fait que le contentieux de l'environnement dans ce pays brille par sa dualité juridictionnelle, faisant intervenir le juge administratif et le juge judiciaire, il ne parvient pas toujours à réaliser spécifiquement sa fonction de *jurisdictio*, celle de dire le Droit et trancher le litige, notamment dans le cadre de l'identification, du traitement et la réparation des atteintes à l'environnement.

L'office du juge en matière environnementale serait ainsi fortement éprouvé puisque l'activisme judiciaire en la matière n'est pas très reluisant. La garantie qu'il offre dans la protection de l'environnement n'est donc pas parfaite. Le juge fait ainsi face à de nombreux obstacles qui lui empêchent de bien s'y mouvoir en la matière et semblent paralyser la plénitude de son office. Dans ce contexte, quels peuvent être les obstacles de la garantie juridictionnelle de l'environnement au Cameroun ? à l'analyse, il est possible d'entrevoir des obstacles extrinsèques (I) rendant impuissant l'office du juge, et les obstacles intrinsèques (II) rendant défaillant son office.

### I- LES OBSTACLES EXTRINSEQUES DE LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE L'ENVIRONNEMENT

---

<sup>1</sup>Lire à cet effet, DONGMO NGUEMEU (H.), *l'Assemblée Nationale et la protection de l'environnement au Cameroun*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2015, 156p.

Ces obstacles se recrutent en l'absence d'un droit spécial de traitement des atteintes à l'environnement (A), les prérogatives de l'administration dans le traitement de ces atteintes (B) et la limitation des pouvoirs du juge dans la contrainte et la sanction de l'administration (C).

### **A- L'absence d'un droit spécial de traitement des atteintes à l'environnement**

Page | 495

Il n'existe pas de règles spéciales autonomes de traitement des atteintes à l'environnement en dérogation au droit commun au Cameroun. Puisque les atteintes à l'environnement, entendu comme toute atteinte à l'intégrité ou à la qualité de l'environnement<sup>2</sup> présentent une certaine spécificité du fait qu'elles peuvent non seulement toucher l'Homme et ses biens mais également porter sur l'environnement proprement dite sans répercussion sur l'Homme, leur traitement par le droit commun applicable peut poser d'énormes difficultés au juge. Quelques-unes les plus significatives retiendront l'attention. Il s'agit notamment de celles liées aux conditions processuelles pour accéder à son prétoire (1) et les règles permettant la « réparabilité » et la réparation des préjudices (2).

#### **1- Les difficultés pour le juge d'aménager l'accès à son prétoire en matière environnementale**

L'accès au prétoire du juge en matière environnementale est rigide non seulement à l'égard des personnes physiques (a), mais également à celle des personnes morales (b).

##### **a- Les difficultés d'accès des personnes physiques.**

Qu'elle soit devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire, la personne physique doit justifier d'une qualité et d'un intérêt personnel à agir. L'intérêt personnel à agir permet ainsi aux personnes physiques de défendre les atteintes individuelles. En effet, en cas d'atteinte à l'environnement, la personne physique atteinte dans ses biens ou sa personne a droit à un intérêt personnel à agir. Or, certaines atteintes à l'environnement vont au-delà du cadre personnel pour toucher la collectivité toute entière. Elles n'ont pas de répercussions immédiates sur les personnes et sur leurs biens et nécessitent pour leur revendication un intérêt collectif. Tel est le cas de l'atteinte à l'environnement *per se*. La question qui se pose alors est de savoir si le juge peut rendre recevable une action portée par une personne physique en défense de l'intérêt collectif, voire de l'intérêt général ? Il est difficile de répondre par l'affirmative puisque ces atteintes touchant aux intérêts collectifs, un individu ne peut démontrer que l'action lui profite personnellement. Le caractère exclusivement personnel de l'intérêt à agir pour introduire

---

<sup>2</sup> NYERET (L.), « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun des atteintes à l'environnement », *Recueil Dalloz*, 2008, n°38, p.2686.

une action en justice fait ainsi défaut. Aucune action personnelle d'un individu ne peut donc en principe être admise pour la revendication d'un tel droit. Certains auteurs estiment ainsi que comme il s'agit d'un droit d'usage commun, les titulaires de l'action ne peuvent bénéficier que d'une approche collective de revendication de ce droit<sup>3</sup>. L'intérêt personnel à agir est refusé dans cette situation dans la mesure où l'intérêt légitime en cause n'est pas suffisamment individualisé, de sorte qu'il ne permette pas l'identification d'un intérêt personnel. L'absence de répercussion directe et immédiate sur la personne ou sur son bien ne permet donc pas de révéler le caractère personnel du dommage<sup>4</sup>.

Aussi, l'état du droit positif actuel permet au juge de ne recevoir que des actions des personnes physiques visant la défense d'un intérêt personnel à agir du fait de l'existence d'une atteinte purement personnelle. En présence d'une atteinte collective telle le préjudice subjectif collectif résultant de la perte de services rendus à l'homme par la nature ou le préjudice écologique pur, le juge ne semble pas pouvoir accorder d'intérêt ou de qualité à agir au profit des personnes physiques. Leur accès au prétoire du juge pour la défense de l'environnement s'en trouve par conséquent limité. Seules certaines personnes morales peuvent ainsi ester en justice pour la défense d'un tel droit

#### **b- Les difficultés d'accès des personnes morales.**

Les personnes morales, notamment les associations, pour accéder en justice doivent aussi justifier des mêmes conditions que les personnes physiques à savoir l'intérêt et la capacité à agir. Ainsi, en cas d'atteinte à l'environnement, elles sont naturellement fondées à agir pour faire réparer la lésion d'un intérêt individuel<sup>5</sup>. Elles peuvent encore agir en la défense des intérêts individuels de ses membres et agir en représentation conjointe<sup>6</sup>. Mais en l'absence d'une action de groupe consacrée en droit camerounais en la matière, une association de protection de la nature ne peut pas représenter, en justice, les intérêts individuels de ses membres. Cela étant, puisque l'atteinte à l'environnement lèse également les intérêts collectifs, l'action associative engagée en vue de la défense d'un tel intérêt collectif est la plus délicate à concevoir : en l'occurrence, l'association n'agit plus dans son intérêt propre, ni dans celui de ses membres, mais dans un intérêt purement collectif - « une grande cause » - qu'elle a vocation

<sup>3</sup> CAMPROUX-DUFFRÈNE (M.-P.), « Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage », in *De Code en Code, Mél. en l'honneur du doyen WIEDERKEHR (G.)*, Dalloz, Paris, 2009, p. 92.

<sup>4</sup> VINEY (G.), « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP G* n°3, 17 janvier 1996, I 3900, p. 11.

<sup>5</sup> GRIMONPREZ (B.), « L'accès au procès civil des associations de défense de l'environnement » in *L'accès au juge : Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, 2013, p. 293.

<sup>6</sup> Ibid.

à promouvoir<sup>7</sup>. L'action dans ce cas heurte donc la condition de l'intérêt personnel à agir. Puisque, « *le demandeur a un intérêt quand il cherche, auprès du juge, le remède à un mal dont il souffre personnellement* »<sup>8</sup>.

Mais, en vue de ne pas laisser pour compte la défense d'un certain nombre d'intérêts qui ne peuvent être *stricto sensu* qualifiés de purement personnels, le législateur a aménagé en matière environnementale la recevabilité de l'action. Ainsi, à la nécessité de l'intérêt à agir, il a substitué celle de la qualité à agir, permettant aux personnes morales à l'instar des associations de protection de l'environnement d'ester en justice. En effet, la loi-cadre dispose dans son article 8 que les « *associations régulièrement déclarées ou reconnues d'utilité publique et exerçant leurs activités statutaires dans le domaine de la protection de l'environnement ne peuvent contribuer aux actions des organismes publics et parapublics en la matière que si elles sont agréées suivant des modalités fixées par des textes particuliers* », précisant en outre que les « *communautés de base et les associations agréées contribuant à toute action des organismes publics et parapublics ayant pour objet la protection de l'environnement, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions de la présente loi et de ses textes d'application, et causant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre* ».

Bien que cette disposition reconnaisse aux associations de protection de l'environnement un droit d'agir en justice pour défendre un intérêt collectif, elle pose également les conditions pour lesquelles ces associations peuvent bénéficier de la présomption d'intérêt à agir. La première est l'agrément. Le législateur ne reconnaît le droit d'agir qu'aux associations régulièrement agréées. L'autre condition est que l'action civile ait été mue par une infraction pénale ayant eu des conséquences sur l'environnement. Enfin, il est essentiel que l'atteinte ait été portée aux intérêts collectifs protégés par le groupement. Le litige doit ainsi en conséquence être en lien avec l'objet statutaire de l'association. L'intérêt pour agir dépendra ainsi indirectement des statuts de l'association.

La conséquence est que toutes les associations ne bénéficient pas de la présomption et donc de la qualité spéciale à agir, ne peuvent pas agir en justice aisément pour la défense d'un intérêt collectif. Pour le faire, elles doivent se situer dans les conditions ci-dessus. Ces exigences sont toujours d'ailleurs minutieusement contrôlées par le juge. Par exemple, dans l'affaire *Association club HSE (Hygiène Sécurité Environnement) contre État du Cameroun (ministère*

<sup>7</sup> Ibid., p.294.

<sup>8</sup> CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, Thémis, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, n° 81.

de l'Environnement, de la Protection de la nature et du Développement durable, MINEPDED) et Gaz du Cameroun, le juge administratif avait déclaré irrecevable le recours de l'association pour défaut de qualité et d'intérêt du demandeur en se basant sur les dispositions de l'article 8 de la loi-cadre ci-dessus, car bien que l'association club HSE ait été régulièrement déclarée et reconnue d'utilité publique et exerçait ses activités statutaires dans le domaine de l'environnement, elle n'avait pas reçu d'agrément<sup>9</sup>.

Au final, en l'absence d'un droit spécifique de traitement des atteintes à l'environnement, le juge peine à aménager l'accès à son prétoire, qui s'en trouve à certains égards difficiles. L'autre difficulté qu'il rencontre est relative à la « réparabilité » et la réparation de certains préjudices environnementaux.

## **2- Les difficultés pour le juge d'atteindre la « réparabilité » et la réparation de certains préjudices environnementaux**

Le juge peine à atteindre la « réparabilité » de certains préjudices environnementaux (a) tout comme il éprouve des difficultés lorsqu'il doit réparer le préjudice écologique pur (b).

### **a- Les difficultés pour le juge d'atteindre la « réparabilité » de certains préjudices environnementaux**

Les conditions traditionnelles de Droit commun de la « réparabilité » des préjudices posent d'énormes difficultés au juge quant à la prise en compte de certains préjudices environnementaux. Ces difficultés sont relatives à l'exigence du caractère certain, actuel, personnel et direct du préjudice.

Traditionnellement, seuls les dommages présentant un caractère certain et actuel sont admis à être réparés devant le juge. Dire ainsi du dommage qu'il est certain signifie qu'il ne doit pas avoir de doute sur sa réalité. Ainsi, comme l'observe Géraldine TEAJIO TSAGUE, « la certitude exigée vise à éliminer du champ de la réparation les préjudices éventuels »<sup>10</sup>. Tant qu'il existe un doute sur le point de savoir si le préjudice se réalisera ou non, l'action en responsabilité ne peut pas être reçue. Or, l'un des principes fondateurs du Droit de l'environnement étant le principe de précaution, sa mise en œuvre suppose de prendre en charge un risque éventuel, mais dont les conséquences peuvent être graves et irréversibles à

<sup>9</sup>Affaire Association club HSE c/ État du Cameroun (MINEPDED) et Gaz du Cameroun, Annulation du certificat de conformité environnementale, 26 mai 2016.

<sup>10</sup> TEAJIO TSAGUE (G.), *La responsabilité civile en droit de l'environnement*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2021, p.53.

l'environnement<sup>11</sup>. Il suggère donc essentiellement une prise en compte précoce de risques potentiels, identifiés, mais non encore avérés en l'état des connaissances scientifiques<sup>12</sup>. Sa mise en œuvre suppose ainsi une absence de certitude quant à la réalisation du dommage.

Tel qu'il en ressort, l'exigence du caractère certain et actuel est donc un obstacle pour rendre réparable un dommage incertain et futur dans la mise en œuvre du principe de précaution. Le fait est qu'en présence d'un simple risque de dommage que l'on tente d'éviter, la réalisation du préjudice est elle-aussi à l'état de risque, si bien que la certitude qu'il se réalise paraît bien évanescence. Dans le même sens, en présence d'un risque de dommage qui induit nécessairement un préjudice futur, le critère de l'actualité du dommage ne semble qu'hypothétiquement rempli<sup>13</sup>. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas se préoccuper de ce type de dommage futur, bien au contraire. Pour ces raisons, même incertains et éventuels, ces risques d'atteinte doivent faire autant que possible l'objet de mesures préventives du juge<sup>14</sup>. Ainsi, si du fait de l'obstacle du caractère certain et actuel, le juge ne peut rendre réparable un risque de dommage incertain et futur, il peut néanmoins envisager d'y exercer un office préventif. Mais, « *notre législation ne donne pas en effet aux tribunaux, comme le font certains droits étrangers [à l'instar de la France], la faculté de faire obstacle préventivement du moins dans le cadre de l'action en responsabilité civile, à la réalisation d'un dommage qui menace d'apparaître* »<sup>15</sup>. Le juge rejette d'ailleurs les demandes des justiciables lorsque le préjudice pour lequel ils demandent réparation présente un doute sur sa certitude. Dans une espèce, le tribunal motive le rejet en ces termes : « *attendu en effet que pour justifier ce chef de demande, la partie civile reste campée sur la réalisation possible d'un préjudice écologique et hypothétique, voire incertain, faute de corrélation entre le rythme de la procréation des pangolins et celle des fourmis et termites et la quantité de fourmis et de termites susceptibles d'être consommés dans telle période par un pangolin géant* »<sup>16</sup>. Le droit commun de la responsabilité ne prend pas aussi en compte de tels préjudices incertains et futurs, se bornant à ne rendre réparable que les préjudices certains et actuels. Pourtant, la mise en œuvre du principe de précaution devant le

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> FANTONI-QUINTON (S.) et SAISON-DEMARS (J.), *Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique : l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire*, Rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP mission de recherche Droit et Justice, Université Lille 2, Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit, février 2016, p. 9.

<sup>13</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, Thèse de Doctorat, Université Côte d'Azur, 2018, p.608.

<sup>14</sup> Ibid., p.609.

<sup>15</sup> VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité civile, op.cit.*, p. 90.

<sup>16</sup>TPI Douala- Bonabéri, Jugement n° 272/COR du 27 mars 2017.

juge est un moyen d'enrayer un risque de dommage important, grave et irréversible, même incertain ou simplement plausible<sup>17</sup>.

En second point, comme cela a pu être exposé, le dommage doit revêtir certains critères pour connaître sa « réparabilité ». Or, en présence d'un dommage qui ne présente pas de répercussions directes sur l'Homme en ce sens qu'il est causé à la nature elle-même, sa « réparabilité » n'en semble que plus compromise. La réparation du dommage écologique pur se heurt donc à l'exigence du caractère personnel car aucun sujet de droit n'est en cause. L'environnement ne disposant pas de personnalité juridique, il ne peut pas être considéré comme sujet de droit<sup>18</sup>. L'exigence du préjudice personnel représenterait donc un obstacle dirimant à la prise en compte des préjudices collectifs tel le préjudice écologique pur<sup>19</sup>, dépersonnalisé et objectif. Aussi, les atteintes à l'environnement peuvent entraîner des dommages de grande ampleur, notamment les dommages de masses et dont il est nécessaire qu'ils soient traités de façon collective à travers le mécanisme de l'action collective. Mais malheureusement, le mécanisme de l'action individuelle qui prévaut dans les mécanismes classiques de la responsabilité civile s'avère inadéquat pour réparer les atteintes à l'environnement de grande envergure.

En présence donc de l'exigence du critère personnel et direct, les préjudices tels le préjudice de masse et le préjudice écologique pur passent difficilement l'épreuve. Du moins lorsque ce dernier est porté par les titulaires de l'action qui ne bénéficient pas d'une présomption d'intérêt à agir. Même une fois traversée l'étape de la « réparabilité », le préjudice écologique pur pose encore au juge des difficultés quant à sa réparation.

#### **b- Les difficultés pour le juge d'atteindre la réparation du préjudice écologique pur**

En matière d'atteinte à l'environnement, la préférence est accordée à la réparation en nature. Elle est le mode de réparation le plus adéquat pour enrayer les l'atteinte à l'environnement. Mais il peut exister des obstacles à la réparation en nature. En particulier, certaines atteintes à l'environnement sont irréversibles comme la mort de spécimen d'espèces protégées<sup>20</sup>. Dans ce cas, le juge va s'orienter vers la réparation pécuniaire. Si cette dernière est facilement admise pour la réparation des préjudices écologiques dérivés, c'est-à-dire ceux subjectifs ayant des répercussions sur l'Homme et ses biens, elle est parfois « discutée »<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.620.

<sup>18</sup> COUDOING (N.), « Le dommage écologique pur et l'article 31 du NCPC », *RJE*, n°2, 2009, p.169.

<sup>19</sup> NEYRET (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., p.171.

<sup>20</sup> NEYRET (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., p.175.

<sup>21</sup> Ibid.

lorsqu'il s'agit du préjudice écologique pur. Bien qu'aujourd'hui elle semble « *monnaie courante devant les juridictions judiciaires [françaises]* »<sup>22</sup>, le juge camerounais rencontre encore des difficultés pour l'appliquer aisément à la réparation de l'environnement *per se*. Ces difficultés sont liées à l'évaluation du prix de la nature et au principe de la libre disposition de la réparation.

Comme l'observe Laurent NYERET, donner un prix à la nature n'est pas chose facile<sup>23</sup>. Le juge doit faire face à cette difficulté à chaque fois qu'il répare pécuniairement l'atteinte à l'environnement *per se*, c'est-à-dire à chaque fois qu'il doit déterminer par exemple le coût que représente la destruction d'un milieu ou l'extinction d'une espèce<sup>24</sup>. Contrairement donc aux préjudices écologiques dérivés, l'évaluation monétaire du préjudice écologique pur est très difficile pour le juge. C'est la raison pour laquelle comme affirme Laurent NEYRET, l'évaluation du préjudice objectif d'atteinte à l'environnement est bien souvent forfaitaire sans autre précision quant aux raisons de la somme allouée. Ce qui conduit inévitablement à l'allocation des montants à géométrie variable d'une juridiction à une autre<sup>25</sup>. Dans le contexte camerounais, on assiste d'ailleurs à cette variabilité énorme des montants alloués. A titre d'illustration, évoquons deux décisions rendues par le Tribunal de Première Instance de Bonassama-Bonabéri à Douala relative à l'abattage des espèces protégées. Dans la première, pour un abattage de deux mille trois cent quarante-trois (2343) espèces protégées dont trente-sept (37) éléphants et deux mille trois cent six (2306) pangolins, ledit Tribunal alloue au titre de préjudice écologique la somme de deux millions de francs (2.000.000) à raison d'un million de francs (1.000.000) par espèce concernée<sup>26</sup>. Par contre dans la seconde, pour un abattage de cinq mille quarante (5040) pangolins géants dont le Ministère des Forêts et de la Faune sollicitait une réparation à hauteur de 20.000.000 FCFA à titre de préjudice écologique, le même Tribunal a rejeté ce chef de demande au motif que le préjudice est incertain<sup>27</sup>.

Le juge chiffre donc de manière aléatoire le préjudice écologique pur. Il peut ainsi arriver au mieux, qu'il le surévalue et au pire, qu'il le sous-évalue. Cela est d'autant vrai car le juge ne démontre pas quelle mesure il prend réellement en compte pour chiffrer la réparation.

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.741.

<sup>25</sup> NEYRET (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., p.175 et 176.

<sup>26</sup> TPI Douala- Bonabéri, Jugement n° 433/COR du 03 juin 2019, *Affaire Ministère Public et Ministère des Forêts et de la Faune c/ AKANZE AKONLO Bertrand et autres*.

<sup>27</sup> TPI Douala- Bonabéri, Jugement n° 272/COR du 27 mars 2017 *Affaire Ministère Public et Etat du Cameroun c/ YAO BAOLONG et autres*.

En le faisant de manière aléatoire, il révèle ainsi toute la difficulté qu'il a à chiffrer le préjudice écologique pur, chose qui l'éloigne ainsi d'une réparation intégrale.

L'autre obstacle que rencontre le juge pour atteindre la réparation concrète de ce préjudice est le principe de la libre disposition de la réparation. en effet, en droit commun de la responsabilité civile, le juge n'a ni l'obligation, ni la possibilité d'affecter les dommages et intérêts alloués à un usage déterminé<sup>28</sup>. Autrement dit, la victime a en principe la libre disposition de la réparation qui lui est octroyée sans que le juge puisse en affecter un usage déterminé. Les juridictions sont restées longtemps ferme à l'égard de ce principe. La Cour de cassation française observait d'ailleurs que « *les parties civiles sont libres de l'utilisation des sommes allouées et qu'il ne saurait leur être imposé de justifier de l'emploi qu'elles feront de ces sommes* »<sup>29</sup>. Cependant, comme le constate Laurent NEYRET, on peut s'interroger sur l'opportunité à admettre ce principe en matière d'atteintes à l'environnement en cas de réparation des préjudices sans répercussions immédiates sur les personnes. Les dommages et intérêts alloués dans ce cadre sanctionnent une dégradation environnementale et il est par conséquent normal que lesdits dommages et intérêts soient affectés aux fins de conservation de la nature<sup>30</sup>. En ce sens, comme l'exprime ainsi une partie de la doctrine, « *la liberté d'emploi des fonds, justifiée par l'intérêt des victimes, n'a plus la même valeur en présence d'un dommage atteignant la nature ; elle doit ici s'incliner devant la nécessité d'assurer autant que possible sa restauration ou sa préservation* »<sup>31</sup>.

En présence donc d'un préjudice objectif et collectif tel le préjudice écologique pur, les voix se sont élevées afin que « *la défense en justice conduise logiquement à ce que le produit de cette action revienne à la cause pour laquelle l'action a été initiée* »<sup>32</sup>. Ce « vœu » de la doctrine a été d'ailleurs entendu par les législateurs de certains pays. En effet, plusieurs législations étrangères ont opté pour ce choix en affectant les dommages et intérêts uniquement dans l'intérêt de l'environnement<sup>33</sup>. Par contre, dans le contexte camerounais, en application de l'appréciation souveraine du juge dans l'évaluation de la réparation, celui-ci ne peut encore décider d'affecter les sommes versées à la réparation de l'environnement. Aucune disposition

<sup>28</sup> NEYRET (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., p. 176.

<sup>29</sup> Cass. crim., 23 mars 1999, n°98-81.564 (indemnisation du préjudice moral d'une association résultant d'une pollution d'un cours d'eau du fait de la provenance d'effluents d'un abattoir de volailles).

<sup>30</sup> NEYRET (L.), « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., p. 176.

<sup>31</sup> JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz., Connaissance du droit, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 139.

<sup>32</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.684.

<sup>33</sup> C'est le cas du législateur français à travers l'article 1249 al.2 du Code civ. nouveau.

de Droit commun n'impose d'obligation de emploi de la réparation obtenue. Si bien qu'aucune garantie ne permet aux indemnités d'être utilisées au bénéfice du milieu naturel dégradé.

L'autre heurt à la garantie du juge dans la protection de l'environnement est relatif à la déjudiciarisation et la dépenalisation des atteintes à l'environnement par le législateur qui, en écartant le juge confie des prérogatives important à l'administration dans le traitement des atteintes à l'environnement.

## **B- Les prérogatives de l'administration dans le traitement des atteintes à l'environnement nées d'une infraction<sup>34</sup>**

Les atteintes environnementales dont la réparation est censée être la panacée du juge ne fait pas le bénéfice de son office exclusif. L'administration étant au centre de la protection de l'environnement, elle intervient aussi naturellement pour leurs traitements au point d'évincer l'office du juge. Le législateur lui reconnaît ainsi des prérogatives importantes dans cette tâche. Elle peut ainsi poursuivre ces atteintes, sanctionner leurs auteurs, (1) et, de manière exceptionnelle, recourir aux modes alternatifs, notamment l'arbitrage, mais surtout à la transaction pour les régler (2).

### **1- La poursuite et la sanction des atteintes à l'environnement**

L'administration est très prégnante dans le traitement des atteintes à l'environnement nées d'une infraction. Non seulement elle a la prééminence dans la poursuite de ces atteintes, mais également, elle dispose d'un éventail de mesures répressives pour sanctionner leurs auteurs.

#### **a- La poursuite des atteintes à l'environnement**

D'ordinaire, c'est le Ministère public qui a l'entière maîtrise sur l'enquête et, décide subséquemment en vertu de l'opportunité des poursuites de la suite à donner<sup>35</sup>. Aussi, au procès, il est celui-là qui est chargé de représenter le corps entier de la société et de défendre l'ordre social atteint. Mais, on assiste à tout autre chose lorsque l'infraction est commise en violation des textes portant sur l'environnement. Non seulement c'est l'administration qui a la mainmise

<sup>34</sup> Sur cet aspect, lire davantage, DONGMO NGUEMEU (H.), « Les prérogatives de l'administration dans le traitement des atteintes à l'environnement nées d'une infraction au Cameroun : un heurt à la garantie juridictionnelle de l'environnement ? », *RIDSP*, n° spécial Cameroun, mars 2023, pp.301-321.

<sup>35</sup> ISSA PAVE (A. N.), « La poursuite des atteintes à l'environnement au Cameroun : le Ministère public relégué ? », *IMJST*, vol. 5, n°9, septembre 2020, p.1645.

sur la constatation des infractions, et ses suites, mais encore elle a tendance à supplanter le Ministère public au procès.

La constatation des infractions est l'une des phases préliminaires mais essentielle de la procédure contentieuse pénale. Elle est diligentée d'ordinaire par les Officiers de la Police Judiciaire à compétence générale. Mais en matière environnementale, le législateur reconnaît également cette compétence de manière spéciale, aux administrations en charges des questions environnementales<sup>36</sup>, notamment aux agents assermentés des administrations en charge des questions environnementales. Ils ont qualité de police judiciaire à compétence spéciale pour rechercher et constater les infractions à la législation environnementale sous le contrôle de leur hiérarchie administrative<sup>37</sup> et non du Ministère public<sup>38</sup>. A l'issue, ils doivent matérialiser le constat par l'élaboration d'un procès-verbal. Le procès-verbal une fois régulièrement établi doit être immédiatement transmis à l'autorité administrative compétente et non au Ministère public<sup>39</sup>. C'est ce que précise d'ailleurs la loi-cadre et d'autres lois sectorielles sur l'environnement en ces termes : « *tout procès-verbal de constatation d'infraction doit être transmis immédiatement à l'Administration compétente qui le fait notifier au contrevenant* »<sup>40</sup>. C'est de cette autorité que dépendra la suite en ce sens que c'est à elle de décider de ce qu'il adviendra. Cette autorité est libre, comme l'est le parquet dans la poursuite des infractions de droit commun. Elle n'est pas tenue de transmettre les procès-verbaux au Ministère public<sup>41</sup>, ni d'exercer l'action Publique.

On le voit, en matière de constatation de l'infraction à l'origine de l'atteinte à l'environnement, c'est-à-dire de rassemblement des preuves notamment, le Ministère public est en effet concurrencé et dominé puisque, la constatation des faits est supervisée par l'autorité administrative. Et une fois cette constatation opérée, le Ministère public peut encore être évité

<sup>36</sup> Art. 88 de la loi-cadre sur la gestion de l'environnement au Cameroun.

<sup>37</sup> Il s'agit des supérieures hiérarchiques dans les services centraux et déconcentrés des administrations.

<sup>38</sup> ISSA PAVE (A. N.), « La poursuite des atteintes à l'environnement au Cameroun : le Ministère public relégué ? », art. préc., p.1645.

<sup>39</sup> V. par exemple l'art. 90 al. 1 de loi -cadre de 1996 relative à la gestion de l'environnement au Cameroun ; art. 143 al 1 de la loi de 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche au Cameroun ; l'art. 21 al 1 de loi de 1998 portant régime de l'eau au Cameroun ; art. 39 al 1 de la loi de 1998 relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes au Cameroun ; art. 59 al 1 de la loi de 2006 portant régime de la sécurité en matière de biotechnologie moderne au Cameroun ; art. 202 al. 3, Code minier de 2016.

<sup>40</sup> V. par exemple l'art. 90 al. 1 de loi -cadre de 1996 relative à la gestion de l'environnement au Cameroun ; art. 143 al 1 de la loi de 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche au Cameroun ; l'art. 21 al 1 de loi de 1998 portant régime de l'eau au Cameroun ; art. 39 al 1 de la loi de 1998 relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes au Cameroun ; art. 59 al 1 de la loi de 2006 portant régime de la sécurité en matière de biotechnologie moderne au Cameroun ; art. 202 al. 3, Code minier de 2016.

<sup>41</sup> A l'exception en matière minière. L'article 203 al. 2 du Code minier dispose que « lorsque les faits constituent un crime, le Ministre chargé des mines transmet le procès-verbal sans délai au procureur de la République compétent ».

puisque le choix de l'opportunité des poursuites incombe à l'administration qui décide si l'action mérite d'être menée jusqu'au juge. Mais, bien que disposant d'autres options qu'elle préfère d'ailleurs, l'administration quelques fois met en mouvement l'action publique dans laquelle elle détient encore les prérogatives lui permettant de contourner et suppléer le Ministère public au procès. Page | 505

En effet, une fois l'action publique déclenchée, le rôle de l'administration ne s'arrête pas là. Le législateur en matière environnementale lui reconnaît la prérogative non seulement de pouvoir citer directement le contrevenant, mais également de pouvoir siéger à la suite du Procureur de la République et d'exercer également les attributions de ce dernier au procès. C'est notamment le cas en matière forestière et minière<sup>42</sup>.

Au final, au regard de ses prérogatives, l'administration a incontestablement la prééminence dans la poursuite des atteintes à l'environnement né d'une infraction. Elle y est ainsi considérée comme « l'égal » du Ministère public, ou à tout le moins, un « *Ministère public supplétif* »<sup>43</sup>. Toutefois, le point central de ses prérogatives se trouve en sa « main » mise sur l'appréciation de l'opportunité des poursuites. Ainsi, Au lieu de mettre en mouvement l'action publique, l'administration peut préférer plutôt, et c'est souvent généralement le cas, recourir aux « *mesures administratives répressives* »<sup>44</sup>.

#### **b- La sanction des atteintes à l'environnement**

Le juge n'a pas le monopole de la répression des atteintes à l'environnement. La législation environnementale reconnaît aussi cette prérogative à l'administration. Notons que les sanctions administratives sont celles qui s'effectuent en dehors de toute procédure judiciaire, elles sont alors non juridictionnelles, voire extra judiciaire. Il s'agit ainsi des sanctions dont la mise en œuvre dépend exclusivement de l'administration, notamment de l'ensemble des ministères rattachés à la protection de l'environnement, de leurs agents, et même des autorités traditionnelles. Dans leurs mises en œuvre, l'administration est contrainte de passer au préalable

---

<sup>42</sup> Il est prévu en matière de protection minière et de la biodiversité, la possibilité pour les représentants de l'administration en charge dudit secteur de siéger à la suite du procureur de la République en uniforme et découverts. Ce faisant, elle siège sur le même banc que le Ministère public et peut prendre la parole sans que celle-ci ne puisse lui être refusée. Aussi, l'administration en charge des mines de même que celle en charge de la forêt et de la faune peut au procès, déposer les mémoires et conclusions ; faire toutes observations utiles à la sauvegarde de ses intérêts et exercer les voies de recours ouvertes par la loi avec les mêmes effets que les recours exercés par le Ministère public (voir art. 147, loi sur les forêts, la faune et la pêche et art. 205, Code minier).

<sup>43</sup> ISSA PAVE (A. N.), « La poursuite des atteintes à l'environnement au Cameroun : le Ministère public relégué ? », art. préc., p. 1643.

<sup>44</sup> OUEDRAOGO (C.) « Les sanctions alternatives et complémentaires aux peines classiques en droit de l'environnement : étude comparative (France et Burkina Faso) », *RJE*, n°4, 2000, p. 549 et s.

par une mise en demeure<sup>45</sup> avant de recourir à la sanction proprement dite. Ces sanctions administratives sont ainsi prononcées non seulement à l'égard des personnes physiques, mais également aux personnes morales. L'administration peut ainsi en cas d'inobservation de la législation environnementale, procéder à des *saisies, confiscations et destructions*. A titre d'illustration, l'opération coup de poing de contrôle des activités d'exploitation forestière et de lutte anti-braconnage dans la zone de l'UFA1000064, Département de la Boumba et Ngoko, Région de l'Est, organisée par le MINFOF dans la période du 19 au 29 juin 2021, a permis la saisie de 10.101 pièces de bois débités d'essence Sapelli cubant 1106,356m<sup>3</sup> exploités illégalement, ainsi que des matériels importants, dont 02 scieries mobiles, 03 scies à chaîne, un moteur hors-bord de 15 chevaux et un véhicule pick-up<sup>46</sup>. L'administration peut également procéder *d'office aux travaux* et requérir une *consignation*<sup>47</sup>, procéder à la *fermeture ou la suppression d'un l'établissement*<sup>48</sup>, et prononcer des *suspensions*. Relativement à cette dernière, plusieurs entités ont ainsi fait l'objet d'une suspension d'agrément à la profession forestière<sup>49</sup>. A titre d'illustration, relevons le cas de la Société SOUTH et Fils, qui pour exploitation forestière non autorisée dans le domaine national, avait fait l'objet d'une suspension par la Brigade Nationale des Opérations de Contrôle et de lutte anti braconnage (BNC)<sup>50</sup>. Il en est de même de la Société Afrique Bois Cameroun (AFBC) Sarl, qui pour la même infraction, avait fait l'objet d'une suspension<sup>51</sup>. L'Administration peut enfin prononcer la *déchéance*<sup>52</sup>, procéder à *l'apposition des scellés*<sup>53</sup>, prononcer *l'amende*<sup>54</sup> et procéder au *retrait et l'annulation de permis, titre, autorisation ou l'agrément*<sup>55</sup>. A titre d'illustration, en date du 05 janvier 2017, pour non observation des dispositions du Code minier, le Ministre des mines avait par décret retiré le permis de recherche dénommé « colomine » à la société Gold Label<sup>56</sup>.

<sup>45</sup> Art. 28 (1) et 29 (1) de la loi n° 98/15 du 14 juillet 1998 relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes ; Art.210, Code minier ; Art. 131 al.1, Code pétrolier ; Art. 71 al.1, Code gazier. Même si d'autres textes ne la mentionnent pas expressément, elle semble être une procédure préalable obligatoire et systématique devant être observée par l'administration en matière environnementale.

<sup>46</sup> V. Communiqué n°008/CP/MINFOF/CAB du 02 juillet 2021 du MINFOF.

<sup>47</sup> Art. 28 al.3 de la loi relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes

<sup>48</sup> Art. 29 al.2 de la loi relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes

<sup>49</sup> V. Communiqué N° 0024 /C/MINFOF/CAB/BNC/CCI/C8 du 13 Mars 2018 du Ministre des Forêts et de la Faune sur le sommaire des contentieux en matière de forêts et de faune, pour le compte du premier trimestre 2018.

<sup>50</sup> V. acte de suspension n° 0323/D/MINFOF/CAB/BNC du 29 juillet 2016.

<sup>51</sup> V. acte de suspension n° 0656/D/MINFOF/CAB/BNC du 04 novembre 2016.

<sup>52</sup> Art.131 al.2 du Code pétrolier.

<sup>53</sup> Art. 30 de la loi relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes.

<sup>54</sup> Art. 71 et s. du Code gazier ; art. 131 du Code pétrolier.

<sup>55</sup> Art. 213 et 209 al. 1 du Code minier ; art. 131 al.2 du Code pétrolier ; art. 71 al. 1 du Code gazier ; art 71 du décret n°95/466/PM du 20 juillet 1995 fixant les modalités d'application du régime de Faune

<sup>56</sup> TPI de Batouri, 2017, *Affaire Ministère public c/ Mao Dexi & consorts*.

Le constat est évident, les mesures répressives administratives sont nombreuses et variées en droit de l'environnement. Elles permettent non seulement à l'administration d'affirmer sa place centrale qu'elle occupe dans la protection de l'environnement mais malheureusement aussi, d'empêcher que les atteintes à la législation environnementale ne parviennent pour la plupart à l'office du juge. Il en est de même lorsque l'administration, puisqu'elle est juge de l'opportunité des poursuites, choisie plutôt de recourir aux modes alternatifs, notamment plus fréquemment à la transaction.

## **2- Le recours fréquent à la transaction pour le règlement des litiges environnementaux né d'une infraction**

Seront abordés ici la mise en œuvre (a), les effets et l'analyse (b) du recours à la transaction en matière environnementale.

### **a- La mise en œuvre de la transaction**

Le recours à la transaction pour le règlement d'un litige environnemental n'est pas automatique. Pour être mis en œuvre, le déroulé doit au préalable être déclenchée. En effet, le recours à la transaction suppose au préalable que l'infraction ait été commise, qu'elle a fait l'objet d'un constat par les officiers de police judiciaire à compétence générale ou les agents assermentés de l'administration. Cela suppose également que l'infraction constatée ait fait l'objet d'un procès-verbal régulier qui a été notifié au contrevenant et que la contestation de ce dernier auprès de l'autorité administrative compétente n'a pas été fondée. C'est à ce stade, que l'auteur de l'infraction peut dûment saisir l'autorité administrative en question pour solliciter la transaction<sup>57</sup>. Pour qu'il ait transaction, il faut donc que le mis en cause manifeste expressément sa volonté de transiger en saisissant l'administration. C'est donc à lui qu'incombe l'initiative de la transaction. Tous les textes régissant l'environnement sont unanimes là-dessus : la transaction doit être sollicitée par le contrevenant. A titre d'illustration, l'article 78 (1) du décret fixant les modalités d'application du régime de faune dispose clairement que « *le bénéfice de la transaction est sollicité par le contrevenant* ». Il ne peut donc en être autrement. Le déclenchement de la procédure de la transaction repose ainsi au final sur la volonté du mis en cause de transiger. Mais en pratique, on peut comprendre que l'administration puisse faire la proposition de transiger au contrevenant seulement dans l'optique de lui faire part des options dont il dispose. Certains auteurs définissent d'ailleurs la transaction comme étant « *le règlement à l'amiable par lequel l'administration de l'environnement propose aux auteurs d'infractions,*

---

<sup>57</sup> Art. 91, loi-cadre.

*l'abandon des poursuites pénales en contrepartie de l'aveu de commission de l'infraction* »<sup>58</sup>. L'administration ne peut donc que se contenter de faire cette proposition, d'autant plus qu'elle ne dispose d'aucun moyen légal pour obliger le contrevenant à transiger. En plus, la transaction est un contrat et en tant que tel, elle est soumise aux conditions de validité des contrats. La volonté du mis en cause doit donc être libre et éclairée. La mainmise de l'administration se borne ainsi seulement à la consistance de la transaction. Elle est limitée quant à son initiative.

L'analyse du déroulé de la transaction révèle que cette procédure est encadrée par deux règles : la première est relative au moment de la transaction, et la seconde a son montant. Concernant la première, notamment le moment de la transaction, l'ensemble des lois et règlements sur l'environnement disposent que la transaction doit être antérieure à toute procédure judiciaire éventuelle<sup>59</sup>. Une fois la contestation du procès-verbal de constatation de l'infraction rejetée par l'administration, le contrevenant qui souhaite régler son litige à l'amiable doit immédiatement saisir ladite administration avant qu'elle n'engage les poursuites judiciaires. Les textes ne précisent pas un délai précis dans lequel le contrevenant doit saisir l'administration. Mais, il semble disposer de suffisamment de temps puisque les textes indiquent qu'à défaut de transaction, l'administration doit adresser une mise en demeure<sup>60</sup> au contrevenant avant toutes poursuites judiciaires<sup>61</sup>. Quoiqu'il en soit, la transaction entre le contrevenant et l'administration doit se faire avant la mise en mouvement de l'action publique sous peine de nullité<sup>62</sup>. Les textes sont clairs là-dessus. La transaction ne peut avoir ainsi lieu postérieurement à la procédure judiciaire. Elle doit impérativement se faire antérieurement sous peine d'être annulée. Néanmoins, elle peut être mise en œuvre concomitamment à la procédure judiciaire puisqu'elle ne fait pas préjudice au droit de poursuite du ministère public<sup>63</sup>. Mais une telle action parallèle du ministère public peut être questionnée puisque la réalisation de la transaction aboutit à l'extinction de toute action publique.

Pour ce qui est du montant, les textes sur l'environnement disposent que « *le montant de la transaction est fixé en concertation avec l'administration chargée des finances. Ce montant ne peut être inférieur au minimum de l'amende pénale correspondante* »<sup>64</sup>. C'est ainsi à l'administration du secteur environnemental concerné que revient de fixer le montant de

<sup>58</sup> SAVADOGO (Y.), « Les délits environnementaux et le développement durable en Afrique : de la transaction au règlement judiciaire », *RADE*, n°00, 2012, p. 80.

<sup>59</sup> Art. 91 al.3, loi-cadre.

<sup>60</sup> Art.147 loi portant régime des forêts, de la faune et la pêche.

<sup>61</sup> Art. 90 al.2, loi-cadre.

<sup>62</sup> Art. 91 al.3, loi-cadre.

<sup>63</sup> Art. 146 al.1, loi portant régime des forêts, de la faune et la pêche.

<sup>64</sup> Art. 40, loi sur les établissements classés.

l'amende en se rassurant qu'elle ne soit pas inférieure au minimum de l'amende pénale correspondante. Elle le fait de concert avec l'administration des finances car le produit de la transaction doit être intégralement versé dans les caisses du trésor public et notamment au Fonds National de l'Environnement et du Développement Durable (FNEDD)<sup>65</sup>.

L'administration a ainsi la mainmise dans le déroulé de la transaction. Une fois le montant accepté par le contrevenant, l'accord est définitivement scellé, nul besoin de l'homologation par le ministère public.

Il nous revient à présent de questionner les effets et l'impact du recours à la transaction.

#### **b- Les effets et l'analyse du recours à la transaction**

L'opération de transaction une fois réalisée entraîne un effet à l'égard du contrevenant et à l'égard de l'administration. Au contrevenant, la transaction lui impose d'exécuter effectivement la décision dans les délais impartis<sup>66</sup>. En l'absence d'exécution effective de la décision, l'administration lui adresse une mise en demeure de s'exécuter, faute de quoi à sa demande, l'action publique sera mise en mouvement dans un délai de soixante-douze (72) heures<sup>67</sup>. La convention de transaction fait donc peser sur le contrevenant, l'exécution effective de la décision. En pratique, l'on observe que les auteurs d'infractions ne s'acquittent pas toujours dans les délais de leurs obligations et font l'objet des mises en demeure. C'est le cas à titre d'illustration de l'entreprise forestière *PROVINOR Sarl* pour non-exécution d'un montant de deux millions (2.000.000) FCFA à titre de transaction<sup>68</sup>. L'exécution effective de la décision par le contrevenant active ainsi l'effet de la convention de transaction à l'égard de l'administration.

La convention de transaction impose à l'administration l'arrêt des poursuites judiciaires. D'ailleurs, les articles 62 (1) -f du Code de procédure pénale et 146 (2) de la loi portant régime des forêts, de la faune et de la pêche en font une cause d'extinction de l'action publique. Cette dernière dispose en effet que « *la transaction sollicitée par le contrevenant éteint l'action publique, sous réserve de son exécution effective dans les délais impartis* ». Une fois donc la transaction réalisée et exécutée effectivement par le contrevenant, toute action judiciaire ne peut plus être exercée contre lui ni par l'administration ni par le ministère public. Le paiement de l'amende lui soustrait des mailles de la justice. Le contrevenant est ainsi déchargé de sa dette

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Art. 146 al.2, loi portant régime des forêts, de la faune et la pêche.

<sup>67</sup> Art. 147 (1) de la loi portant régime des forêts de la faune et de la pêche

<sup>68</sup> V. décision de mise en demeure n° 0927/L/MINFOF/CAB/BNC/C8 du 09 février 2018.

sociale née de l'infraction qu'il a commise. Toutefois, la décision de transaction ne fait pas l'objet d'une publicité comme d'autres décisions. Aussi, la transaction n'étant pas une condamnation, elle n'apparaît pas sur l'extrait de casier judiciaire délivré aux particuliers. Elle n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui l'a conclue. Le coauteur n'en tire pas de bénéfices<sup>69</sup>.

Cela étant, le recours à la transaction pour le règlement des litiges environnementaux est diversement apprécié par la doctrine puisqu'elle présente des avantages et des inconvénients. En effet, la transaction n'est pas mauvaise en soi<sup>70</sup>. En plus d'être simple et rapide<sup>71</sup>, elle a le mérite d'être pragmatique<sup>72</sup>, puisqu'elle a l'avantage de frapper le délinquant dans son patrimoine pécuniaire, qu'elle rend disponible dans l'immédiat<sup>73</sup> au profit des pouvoirs publics. Aussi, elle permet un désengorgement des tribunaux<sup>74</sup> et d'éviter la pression psychologique ainsi que les coûts liés aux honoraires des conseils lors des procès<sup>75</sup>. C'est donc une facilitation de procédure préconisée en raison de l'impact socio-économique des procès sur les activités commerciales des contrevenants<sup>76</sup>.

Mais, le recours à la transaction du point de vue d'un autre angle fait prédominer la logique économique sur la logique pénologique en ce sens que l'intervention de l'Administration, qui se fait au détriment du juge pénal, ne vise pour les pouvoirs publics qu'à se faire de l'argent dans le cadre de la responsabilité environnementale<sup>77</sup>. La conséquence est qu'elle pourrait favoriser des cas de concussion : des transactions informelles entre des agents publics véreux et certains mis en cause<sup>78</sup>. Elle met donc à l'épreuve l'impartialité de l'autorité administrative dans la mesure où elle pourrait développer une inclination à privilégier le gain

<sup>69</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », *RADE* n°5, septembre 2020, p.164.

<sup>70</sup> TCHOCA FANIFOUA (F.), *La contribution du droit pénal de l'environnement à la répression des atteintes à l'environnement au Bénin*, Thèse de doctorat, Université de Maastricht, 2012, p. 165.

<sup>71</sup> SAVADOGO (Y.), « Les délits environnementaux et le développement durable en Afrique : de la transaction au règlement judiciaire », art. préc., p.69.

<sup>72</sup> KAM YOGO (E.D.), KOUA (E.), « Les litiges environnementaux devant les juridictions camerounaises », art. préc., p.902.

<sup>73</sup> TCHOCA FANIFOUA (F.), *La contribution du droit pénal de l'environnement à la répression des atteintes à l'environnement au Bénin*, *op.cit.*, p.165.

<sup>74</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, Thèse de Doctorat, *op.cit.*, p.330.

<sup>75</sup> KAM YOGO (E.D.), KOUA (E.), « Les litiges environnementaux devant les juridictions camerounaises », art. préc., p.902.

<sup>76</sup> Rapport du symposium sur « l'effectivité et l'éducation judiciaire du Droit de l'environnement en Afrique Francophone », Yaoundé, du 5 au 9 février 2018, p.12.

<sup>77</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », art. préc., p.165.

<sup>78</sup> KAM YOGO (E.D.), KOUA (E.), « Les litiges environnementaux devant les juridictions camerounaises », art. préc., p.902.

issu du « marchandage » avec le contrevenant<sup>79</sup>. Dans le même sillage, la transaction affaiblit la force du système répressif reléguant ainsi au second plan le recours pénal<sup>80</sup>. Elle paralyse donc l'effet dissuasif et empêche le système punitif de fonctionner régulièrement<sup>81</sup>.

Au final, dans le cadre de la sanction des atteintes à l'environnement, le juge répressif n'apparaît aucunement comme l'acteur d'appoint<sup>82</sup>. On assiste à une prégnance de la transaction à la justice pénale. Cette prégnance fait éclipser le rôle juridictionnel décisif du juge judiciaire. Bref, elle lui dépouille la possibilité de construire par voie jurisprudentielle, le droit camerounais d'environnement<sup>83</sup>.

### C- Les difficultés pour le juge de contraindre et sanctionner l'administration

L'annulation d'une décision administrative par le juge administratif entraîne des effets destructeurs au point de susciter des réflexions visant à en atténuer ces effets en matière environnementale. Le fait est que, la mise au point de plusieurs activités touchant à l'environnement nécessite des ressources matérielles, humaines et financières très importantes. C'est le cas par exemple des activités de recherche, d'exploitation et de production, en l'occurrence, les activités pétrolière, gazière, et minière. Ainsi, lorsque le juge annule une autorisation d'exploitation ayant déjà permis à l'exploitant de réaliser des opérations conséquentes, la perte du titre ou permis d'exploitation avec effet rétroactif peut présenter un risque important à l'égard de la stabilité des situations juridiques nées de l'administration et est aussi de nature à soulever des inquiétudes sur la sécurité juridique des investissements réalisés. Les effets de l'annulation devraient donc à notre sens être atténués dans des activités d'exploitation, sur la base des considérations économiques. Mais la réalité est que l'effet *erga omnes* attaché à la décision d'annulation s'impose également au juge administratif qui, contrairement à son homologue français, ne dispose des pouvoirs très étendus. Ainsi, au Cameroun, l'autorité de la chose jugée lié au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives rend impossible toute régularisation par l'administration de l'acte annulé<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », art. préc., p.165.

<sup>80</sup> TCHOCA FANIFOUA (F.), *La contribution du droit pénal de l'environnement à la répression des atteintes à l'environnement au Bénin*, op.cit., p.165.

<sup>81</sup> COURTAIGNE-DESLANDES (C.), « La répression pénale des atteintes irréversibles », *RJE*, n° spécial, 2014 Vol. 39 p.68.

<sup>82</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », art. préc., p.163.

<sup>83</sup> KAM YOGO (E.D.), KOUA (E.), « Les litiges environnementaux devant les juridictions camerounaises », art. préc., p.903.

<sup>84</sup> MVAEBEME (E.S.), « La régularisation en droit administratif camerounais », *JDA*, 23-04 2019, dossier 6, consultable sur <https://www.journal-du-droit-administratif.fr>

Dans le même sillage, lorsque le juge administratif retient la responsabilité de l'administration, il ne dispose pas suffisamment de pouvoir pour contraindre l'Etat à réparer le dommage causé car, aucun juge ne dispose du pouvoir d'astreindre de façon comminatoire l'administration à exécuter un jugement. En effet, cela se traduit par le fait que le juge administratif camerounais ne peut donner des injonctions à l'administration. C'est ce qui ressort d'ailleurs de l'article 126 (b) du code pénal en ces termes : « *Est puni de la détention de six mois à cinq ans le magistrat qui intime des ordres ou des défenses à des autorités exécutives ou administratives* »<sup>85</sup>.

Ces heurts qui rendent impuissant le juge dans la garantie de l'environnement sont en plus renforcés par des heurts intrinsèques qui le rendent défaillant.

## II-LES OBSTACLES INTRINSEQUES DE LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE L'ENVIRONNEMENT

Lorsque le juge est saisi pour dire le droit et trancher le litige, l'exercice de son office n'est réel qu'à la condition d'avoir la maîtrise et les connaissances nécessaires pour le faire. Il doit ainsi pouvoir « *identifier avec certitude l'atteinte à l'environnement* »<sup>86</sup>, au mieux, « *constater la survenance puis la réalité de l'atteinte ainsi que son envergure et ses conséquences* »<sup>87</sup>. Or, le contentieux lié aux atteintes à l'environnement révèle la complexité et la technicité de son objet. Le fait est que le Droit de l'environnement s'est longtemps trouvé sous l'emprise de la science<sup>88</sup> au point de s'y enraciner. La conséquent en est que les enjeux du contentieux de l'environnement se situent par principe aux confins du Droit et de la science<sup>89</sup>. Leur interaction fait ainsi éprouver le juge lorsqu'il est saisi pour dire le Droit et trancher le litige. Le caractère épars et désordonné des textes régissant l'environnement ne lui facilite non plus la tâche (A). La plénitude de l'office du juge se confronte aussi à une « compétence professionnelle » relativisée du juge en la matière. En l'absence de spécialisation, le juge ne peut ainsi pleinement dire le Droit et trancher le litige lorsqu'il est saisi (B).

### A- L'absence de visibilité du juge sur le droit de l'environnement

Par visibilité, « *il faut saisir ce que le juge peut aisément appréhender pour exercer sa *jurisdictio** »<sup>90</sup>. Or, par sa transdisciplinarité (1) comme par son inaccessibilité (2), le droit de

<sup>85</sup> V. loi n°2016/007 du 12 juillet 2016, portant Code pénal.

<sup>86</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.108.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> BORN (C-H.), DESADELEER (N.), Eric NAIM-GESBERT, « Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude de la science et du droit », 1999, in *RJE*, n°3, 2001 p.555.

<sup>89</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.108.

<sup>90</sup> Ibid., p. 110.

l'environnement est peu visible pour le juge, de sorte que sa perception n'est que plus évanescence.

### 1- La transdisciplinarité du droit de l'environnement face au juge

Page | 513

Le caractère transdisciplinaire ou pluridisciplinaire du droit de l'environnement peut logiquement se poser autant comme un « casse-tête » que comme une « boîte de pandore » pour le juge qui, dans sa mission de dire le Droit doit « *Partir d'un droit disciplinaire qui est inévitablement enrichi d'autres disciplines, tout en se vouant à respecter le particularisme de la discipline en question* »<sup>91</sup>. Cette transdisciplinarité ne facilite en tout cas pas l'office du juge, par ses sources (a) comme ses effets pour le juge (b).

#### a- Les sources de la transdisciplinarité

La transdisciplinarité du droit de l'environnement se constitue d'une part à partir de la multiplicité des acteurs institutionnelles publiques ayant une part de compétence en matière environnementale, si bien que la circonscription de l'objet de la matière n'est plus qu'obscur. En effet, au Cameroun, les différents domaines et thématiques de l'environnement relèvent de la compétence de différents ministères au sein desquels l'œuvre de protection de l'environnement est particulièrement menée. Certains de ces ministères ont une compétence générale en matière d'environnement. Il s'agit du Ministère des forêts et de la faune et le Ministère de l'environnement, de la protection de la nature et du développement durable. D'autres, les plus nombreuses sont spécialisés dans des secteurs précis. Il s'agit du Ministère de l'administration territoriale, le Ministère de l'agriculture, le Ministère des arts et de la culture, le Ministère de l'habitat et du développement urbain, le Ministère des domaines, du cadastre et des affaires foncières, le Ministère de l'élevage, des pêches et des industries animales, le Ministère de l'eau et de l'énergie, le Ministère des mines, de l'industrie et du développement technologique, le Ministère de l'économie, de la planification, et de l'aménagement du territoire, le Ministère de la recherche scientifique et de l'innovation, le Ministère de la santé publique, le Ministère du tourisme et des loisirs, le Ministère des transports et le Ministère des travaux publics. A ces ministères s'ajoutent au niveau central, la compétence des structures de coordination et au niveau décentralisé, celle des communes et des régions<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Ibid., p.111.

<sup>92</sup> KAM YOGO (E.D.), « Le cadre institutionnel de la gestion de l'environnement au Cameroun », in RUPPEL (O.C), KAM YOGO (E.D.), (dir.), *Droit et politique de l'environnement au Cameroun, op.cit.*, p.227 et s.

La pluralité d'attributions ministérielles des domaines de l'environnement est ainsi une source de la transdisciplinarité du droit de l'environnement dans la mesure où en pratique, c'est chaque département ministériel concerné qui élabore les textes régissant son secteur et en assure la gestion ultérieure. Le Droit de l'environnement s'en trouve donc composite, intégrant ainsi des notions et termes qui étaient autrefois l'apanage d'une discipline précise tels que « gaz à effet de serre », « changement climatique », « couche d'ozone », « espèces de la faune et de la flore », « diversité biologique », « désertification », qui font désormais partie du jargon du juriste de l'environnement<sup>93</sup>, et donc pouvant nuire à l'office du juge.

D'autre part, cette transdisciplinarité résulte aussi de la multiplicité des sources normatives de la matière. Ce constat induit logiquement que de nombreuses sources de droit et de disciplines – juridiques ou non – participent à l'existence de la matière<sup>94</sup> au point qu'elle se situe par ailleurs aux confins de diverses sources normatives. Elle font du Droit de l'environnement un « *Droit global* »<sup>95</sup>, entraînant par conséquent un manque de visibilité de la matière pour le juge.

#### **b- Les effets de la transdisciplinarité**

La transdisciplinarité emporte la technicité du droit de l'environnement. Son application exige par conséquent un minimum de connaissance scientifique. Or, le juge ne détient pas, a priori, ni par nature ni par formation, de particulières connaissances de l'environnement et des interactions des éléments pouvant avoir une incidence sur l'environnement<sup>96</sup>. Prendre une décision adéquate en la matière lui est donc quasiment impossible à moins d'être assisté. Le juge ne peut ainsi identifier les atteintes à l'environnement que sur le fondement de certaines données scientifiques telles qu'acquises grâce aux sciences « dures ». Sans quoi il ne peut correctement dire le Droit<sup>97</sup>. Il est donc confronté à des règles qui lui sont incompréhensibles et qui lui obligent à avoir recours à un technicien.

A la transdisciplinarité doit ainsi être rapprochée l'inaccessibilité de la matière pour le juge.

## **2- L'inaccessibilité pour le juge en la matière**

<sup>93</sup> KAM YOGO (E.D.), *Manuel judiciaire de droit de l'environnement en Afrique*, op.cit., p.4.

<sup>94</sup> On peut citer par exemple les sciences physiques et chimiques, les sciences de la terre, les sciences biologiques, les sciences sociales et les sciences économiques.

<sup>95</sup> NYERET (L.) « Le changement en droit de l'environnement », *RDA*, n° spécial : le changement du droit, février 2015, p.259.

<sup>96</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.115.

<sup>97</sup> SHELTON (D.), « Certitude et incertitude scientifiques », *RJE*, 1998, n° spéc., p. 39.

Le juge est confronté à l'épreuve d'inaccessibilité de la matière dans une double dimension matérielle (a) et intellectuelle (b).

#### a- L'éparpillement et le désordre du droit de l'environnement

Page | 515

Du fait de l'éparpillement et du désordre du droit de l'environnement, le juge est confronté à un accès matériel à la matière. Ainsi, Par inaccessibilité matérielle, il faut constater au préalable qu'en la matière, la méthode légistique est singulière. On remarque une tendance du législateur à s'en remettre au pouvoir réglementaire. Il s'agit de l'utilisation fréquente par le législateur de la technique dite « du renvoi ». Cette méthode légistique induit que le législateur, pourtant souverain dans l'édiction de la loi, accorde « par renvoi » au pouvoir réglementaire de fixer certaines données techniques nécessaires<sup>98</sup>. Le juge contraint de recourir à cette légistique est ainsi fréquemment submergé par la masse de dispositions à appliquer et par les difficultés qui en résultent de pouvoir matériellement s'y référer<sup>99</sup>. Il faut donc voir dans cette méthode légistique une « *dégénérescence législative* »<sup>100</sup> qui ne profite ni au juge, ni à une protection clarifiée de l'environnement. Le fait est que la pratique du « renvoi » entraîne une inflation disparate des normes qui en découlent, lesquelles sont en principe peu lisibles et accessibles pour le juge. En effet, la dispersion des textes est corollaire de la dispersion des services administratifs de l'environnement<sup>101</sup>. D'où l'émergence des textes incohérentes, superposés, isolés et disparates, consacrés à tel ou tel secteur, et adoptés au gré de l'apparition des problèmes spécifiques liés à l'environnement. Une lecture croisée des dispositions de l'article 261 du Code pénal sur la pollution et de l'article 82 de la loi-cadre relative à la gestion de l'environnement pose par exemple un véritable souci de cohérence. L'article 261 dispose : « *est puni d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cinq mille à un million de francs ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui par son activité : a- pollue une eau potable susceptible d'être utilisée par autrui ; ou b- pollue l'atmosphère au point de la rendre nuisible à la santé publique* ». L'article 82 de la loi-cadre dispose quant à lui : « *1- Est punie d'une amende d'un million à cinq million de FCFA et d'un emprisonnement de six mois à un an ou de l'une de ces deux peines, toute personne qui pollue, dégrade les sols et sous-sols, altère la qualité de l'air ou des eaux [...]* ». Lorsqu'on regarde de près ces dispositions, on voit très bien que les valeurs sociales protégées se recourent et que, curieusement, les sanctions ne sont pas

<sup>98</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.116.

<sup>99</sup> CROZE (H.), « Le styliste du Gouvernement », *Procédure*, Juin 2014, repère 6, cité par BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.116.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid.

les mêmes<sup>102</sup>. Cet état de chose véhicule autant d'inaccessibilité que d'illisibilité. Plusieurs conventions internationales et régionales consacrées à la protection de l'environnement et qui ont acquis une force juridique au plan national, du fait de leur ratification par les autorités compétentes nationales, mais non internalisées, viennent également renforcer cette inaccessibilité matérielle au juge.

A cet éclatement, voir dispersion ou fragmentation des normes, le juge fait en plus face à ce que Laurent NYERET qualifie de « désordre » du Droit de l'environnement, qui concerne en particulier le système de sanctions applicables en cas de non-respect des règles environnementales. Ce désordre peut mettre mal à l'aise le juge car il est non seulement structurel mais également plus global, en raison des brouillages des frontières et des fonctions de chaque catégorie de sanction<sup>103</sup>.

Ces pratiques créent donc un « flou » qui ne facilite pas l'accessibilité matérielle pour le juge. Elle est d'autant plus créatrice de situations juridiques confuses ou d'insécurité juridique et favorise un enchevêtrement de textes, souvent parés de portées juridiques différentes<sup>104</sup>. Qu'en est-il de son inaccessibilité intellectuelle ?

#### **b- La technicité et la scientificité du droit de l'environnement**

Elles emportent l'inaccessibilité intellectuelle du juge en la matière. Ainsi, Par inaccessibilité intellectuelle, il faut considérer comme l'indique Michaël BOURU la « technicité de la matière pour le juge, comme sa lisibilité »<sup>105</sup>. Le fait est que « [...] Le droit de l'environnement, notamment en ce qui concerne les normes, a d'abord été conçu, cela est vrai, comme un droit d'ingénieur et, même si on ose le dire, plutôt de pur technicien »<sup>106</sup>. Ce Droit est ainsi irradié par des concepts techniques et complexes qui peuvent être intellectuellement inaccessible pour le juge. C'est le cas par exemple du concept d'écologie, de diversité biologique, ainsi que d'autres notions complexes relatives à la pollution, à l'habitat, à l'écosystème, à la nature, ou au milieu naturel. Outre cette technicité des termes pour le juge, le Droit de l'environnement ne définit pas de nombreuses notions à caractère scientifique, si bien que le juge est forcé de se rapporter aux définitions prévues en sciences exactes pour en saisir

<sup>102</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », art. préc., p.162.

<sup>103</sup> NYERET (L.) « Le changement en droit de l'environnement », art. préc., p.260.

<sup>104</sup> TCHOCA FANIFOUA (F.), *La contribution du droit pénal de l'environnement à la répression des atteintes à l'environnement au Bénin, op.cit.*, p.157.

<sup>105</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.119.

<sup>106</sup> HUGLO (C.), « Rester dans la ligne droite », *Envir.* n°8, Août 2013, repère 8.

les dimensions. C'est le cas par exemple des notions de biocénose, de biotopes, de biodiversité, d'écosystèmes, de cytogénétique, de qualités organoleptiques, de zones cynégétiques, de ressources génétiques ou encore de zones humides.

Le constat est évident, par essence, « *l'environnement est riche de termes et de concepts scientifiques* »<sup>107</sup> qui irradient le Droit de l'environnement. Les juges pour s'en sortir dans ce domaine sont ainsi censés disposer des connaissances scientifiques. Comme l'énonce d'ailleurs Michaël BOURU, « *face à un vocabulaire factuel et légal complexe, la pratique induit du juge une appréciation renouvelée des faits environnementaux* »<sup>108</sup>. Au final, puisque la science s'est ainsi naturellement et inévitablement immiscée dans l'élaboration de la norme juridique environnementale<sup>109</sup>, et face à ces définitions scientifiques, le juge peut rencontrer un double obstacle : « *l'interprétation des concepts et le traitement uniforme des notions* »<sup>110</sup>.

Cependant, pour certains auteurs, la « scientificité » est nécessaire en Droit de l'environnement<sup>111</sup>. Le fait est que la science est importante pour la matière d'autant plus que certaines atteintes ne peuvent d'ailleurs être identifiées que grâce à des mesures ou à des instruments techniques. Mais même nécessaire, cette technicité met en péril la lisibilité du juge en la matière car en plus d'être un « Droit horizontal », qui intègre toutes les branches du Droit, le Droit de l'environnement est qualifié de « Droit pénétrant »<sup>112</sup>. Au-delà de cette technicité, l'office du juge repose sur l'objet d'un contentieux fondamentalement complexe.

## **B- La complexité de l'objet du contentieux environnemental**

Composé d'éléments complexes aux nombreuses interrelations, l'environnement est influencé par un ensemble de facteurs divers. Le développement du Droit de l'environnement a ainsi dû s'adapter à cette complexité de son objet. Cette complexité découle donc assez naturellement de la technicité de la matière, de la variété et de la complexité des concepts utilisés ou encore de complexité naturelle de l'espèce ou du milieu faisant l'objet de la

<sup>107</sup> JANIN (P.), « Le dynamisme du droit de la protection de la nature », *Envir.* n°11, Nov. 2006, étude 18.

<sup>108</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.121.

<sup>109</sup> V. notamment MBIDA ELONO (T.D.), *La norme juridique environnementale, réflexions sur l'efficacité de la protection juridique de l'environnement*, Thèse de Doctorat, Univ. Yaoundé, 2017, 649p.

<sup>110</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.121.

<sup>111</sup> DELHOSTE (M.-F.), « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ*, 2002-1, p. 53.

<sup>112</sup> V. notamment MALET-VIGNEAUX (J.), *L'intégration du droit de l'environnement dans le droit de la concurrence*, Thèse de Doctorat, Nice, 2014, 702 p.

réglementation. Elle entraîne chez le juge à la fois une complexité factuelle (1) et une complexité juridique (2).

### 1- La complexité factuelle

Page | 518

L'objet du contentieux de l'environnement entraîne chez le juge une complexité factuelle. Le fait est que certaines opérations régies par le contentieux de l'environnement sont complexes. Car de nombreuses opérations consistant à pouvoir condamner les véritables responsables d'atteintes à l'environnement sont complexes. Le fait est qu'il peut par exemple exister entre l'origine du dommage et son effet une distance lointaine qui ne facilite pas l'identification de l'auteur. Aussi, plusieurs activités peuvent être susceptibles d'avoir causé le dommage sans aucun des auteurs desdites activités ne puissent être individuellement responsable. Ou alors, la survenance du fait peut ne pas avoir des effets dommageables de façon instantanée. De même, les opérations consistant pour le juge à rapporter des éléments de preuve dans certains contentieux se révèlent d'une particulière complexité<sup>113</sup>. Cette preuve est davantage complexe en raison de l'écoulement du temps, parfois très long et de l'incertitude scientifique qui domine<sup>114</sup>. Tel est le cas par exemple d'une pollution résiduelle et continue qui entraîne à long terme des détériorations de l'environnement ou même affecte des personnes.

La difficulté pour le juge de cerner certaines questions de faits complexes se pose encore lorsqu'il connaît de nouveaux types de dommages tel ceux causés à la nature. Ce type de dommage est complexe pour lui car « *la consistance d'un tel dommage paraît difficilement quantifiée* »<sup>115</sup>. Aussi, les enjeux portés par ce type de dommage sont logiquement « multidimensionnelles »<sup>116</sup> et donc complexes. Le juge peut encore éprouver cette complexité de l'objet du contentieux environnemental lors de la qualification juridique qu'il doit opérer.

### 2- La complexité juridique

La complexité juridique de l'objet du contentieux environnemental pour le juge se révèle dans l'opération de qualification juridique des faits environnementaux et dans la traduction juridique d'une atteinte environnementale. En effet, puisque c'est au travers du développement du contentieux de l'environnement que le juge est amené à se familiariser avec les faits

<sup>113</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.128.

<sup>114</sup> MEKKI (M.), « Responsabilité civile et droit de l'environnement vers un droit de la responsabilité civile environnementale », *RCA*, n° 5, mai 2017, p. 4

<sup>115</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.129.

<sup>116</sup> Ibid.

environnementaux, la qualification de ces faits peut paraître complexe pour lui, d'autant plus que de manière globale, situé « *aux confins du droit interne et du droit international, et tributaire des résultats de la science et de la technologie, le droit de l'environnement est un droit complexe à appréhender dans tous ses aspects par les agents chargés de son application* »<sup>117</sup>. C'est d'autant vrai puisque le juge est confronté à un objet complexe du contentieux, et à des opérations factuelles complexes. Par ailleurs, la traduction juridique d'une atteinte environnementale peut s'avérer aussi complexe puisque certains dommages sont parfois vecteurs de multiples préjudices réparables. Un même dommage peut ainsi atteindre l'Homme et ses biens, on pense ainsi aux préjudices subjectifs, mais aussi l'environnement *per se*, causant ainsi des préjudices objectifs. Or confronté à un préjudice complexe, tel le préjudice écologique pur, le juge n'est pas nécessairement capable d'identifier juridiquement l'enjeu scientifique, au point de le déjouer<sup>118</sup> ou de le méconnaître. Si non comment comprendre autrement ce jugement du Tribunal de Première Instance de Douala-Bonabéri dans lequel, après avoir déclaré les prévenus coupables des faits constitutifs de l'infraction de détention et circulation à l'intérieur du territoire des trophées d'une espèce protégée, le juge rejette la demande de réparation du préjudice écologique sollicitée par la partie civile. Dans un attendu, le Tribunal motive le rejet en ces termes : « *attendu en effet que pour justifier ce chef de demande, la partie civile reste campée sur la réalisation possible d'un préjudice écologique et hypothétique, voire incertain, faute de corrélation entre le rythme de la procréation des pangolins et celle des fourmis et termites et la quantité de fourmis et de termites susceptibles d'être consommés dans telle période par un pangolin géant* »<sup>119</sup>. Nous sommes d'avis avec Géraldine TEAJIO TSAGUE, lorsqu'elle relève que « *le rejet de ce chef de demande paraît assez curieux dans la mesure où les prévenus avaient été reconnus auteurs de l'abattage des pangolins et condamnés à cet effet. Ainsi, le dommage écologique était déjà réalisé notamment par l'abattage des pangolins qui sont une espèce protégée et méritait réparation* »<sup>120</sup>. On comprend donc qu'il est complexe pour le juge de prononcer une mesure qui permette de réparer l'atteinte causée à l'environnement lorsque le dommage est irréversible. Comme l'observe d'ailleurs Parfait OUMBA, « *il ne faut pas perdre de vue que [la réparation du] dommage*

<sup>117</sup> GRANIER (L.), *Aspect contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et Centrale*, PNUE-UICN, Gland, Suisse, n°69, 2008, p.25.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> TPI Douala- Bonabéri, Jugement n° 272/COR du 27 mars 2017.

<sup>120</sup> TEAJIO TSAGUE (G.), *La responsabilité civile en droit de l'environnement*, op.cit., p.85.

*écologique à savoir l'atteinte au milieu naturel lui-même, aux choses communes que sont l'eau, l'air, la faune et la flore s'avère encore complexe à cerner par le juge »<sup>121</sup>.*

Au final, l'objet de l'atteinte à l'environnement qui conduit à sa réparation révèle un véritable « casse-tête » pour le juge<sup>122</sup>. Cette complexité de l'objet de l'atteinte à l'environnement contraint nécessairement à faire appel à des outils juridiques différents de ceux classiquement utilisés. Elle a ainsi une influence sur la réponse du juge qui sera aussi complexe et au-delà sur l'effectivité même de la matière car excessivement complexe, technique et transdisciplinaire. Vraisemblablement, comme là relevé parfait OUMBA, c'est à tort que le contentieux environnemental est intégré dans le contentieux de droit commun classique. Pour lui, et nous sommes d'avis, « l'on gagnerait à considérer l'ensemble des litiges environnementaux comme étant une catégorie de contestations spéciales devant relever non du juge de droit commun mais d'un juge distinct »<sup>123</sup> puisque, la formation actuelle que reçoit le juge ne lui permet pas de se déployer aisément en la matière. En fait, cette formation présente des lacunes, de sorte d'affaiblir sa *jurisdictio* en matière environnementale.

### **C- La « compétence professionnelle » du juge limité en matière environnementale**

La pratique du droit de l'environnement révèle un manque d'imprégnation des acteurs judiciaires, notamment des magistrats, aux règles juridiques de protection de l'environnement. Il se pose donc un problème sérieux de leur formation car elle présente des faiblesses (1). Cette carence de « compétence professionnelle » est également due au fait que le juge manifeste lui aussi une certaine réticence à s'investir personnellement en la matière (2).

#### **1- Une « compétence professionnelle » insuffisamment assurée par l'institution**

La formation des magistrats est assurée au Cameroun par l'Etat, notamment au sein de l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM). Ainsi, aux termes du décret de 2008/240 du 09 avril 2008 portant réorganisation de l'ENAM, cette dernière a entre autres, pour mission d'assurer la formation initiale des fonctionnaires du service de la magistrature et d'organiser pour leur compte des activités de formation professionnelle continue<sup>124</sup>. L'ENAM est donc à ce titre l'institution étatique qui est effectivement chargée de la formation initiale et

<sup>121</sup> OUMBA (P.), « Le contentieux de la réparation des atteintes à l'environnement au Cameroun », art. préc., p.213 ; v. aussi, CALDERADO (N.), « Le contentieux administratif et la protection de l'environnement : le point de vue d'un magistrat », *RJE*, numéro spéc., 1995. Le juge administratif, juge vert ? p.8.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> OUMBA (P.), « Le contentieux de la réparation des atteintes à l'environnement au Cameroun », art. préc., p.214.

<sup>124</sup> Art. 4 dudit décret.

continue des juges. Si la « compétence professionnelle » du juge est ainsi remise en cause en matière environnementale, c'est bien parce qu'il existe des carences institutionnelles de sa formation, tant initiale que continue, au point que l'on peut conclure à une formation initiale fragile (a) et discontinuë (b) du juge en la matière.

#### a- Une formation initiale fragile

Le module du contentieux environnemental a été pendant longtemps absent des modules de formation proposés aux élèves auditeurs de justice à l'ENAM, pourtant fonctionnel depuis 1959. Pendant que l'Etat du Cameroun manifestait sa prise de conscience écologique sur le plan institutionnel et législatif, les acteurs du système judiciaire, notamment les magistrats étaient laissés pour compte. Ils ne bénéficiaient initialement d'aucune formation relative au contentieux environnemental. Ce ne sera qu'au cours de l'année académique 2011-2012, que ce module de formation sera introduit à l'ENAM. Par conséquent, comme l'ont observé certains auteurs, « *most judges in Cameroon today were trained in an era in which environmental law was not a component of their training. They therefore have inadequate competence in environmental issues* »<sup>125</sup>. On a réellement à faire à « *des juges qui ne comprennent pas ou n'ont pas été formés au droit international et national de l'environnement, qui n'ont pas l'expertise suffisante pour rendre des décisions reposant sur des analyses d'informations scientifiques et techniques incertaines, complexes et changeantes, qui préfèrent se dégager de la responsabilité d'équilibrer les impacts sociaux, économiques et environnementaux d'un projet de développement, ou qui sont inaptes à rendre des décisions véritablement justes et équitables en la matière* »<sup>126</sup>. D'ailleurs, la problématique de la « compétence professionnelle » des magistrats dans le domaine environnemental, et donc de leur formation initiale n'a cessé de se poser avec acuité au point de nourrir des réflexions en 2018 lors d'un symposium<sup>127</sup> à Yaoundé, au cours de laquelle un manuel de formation judiciaire de droit de l'environnement fut validé<sup>128</sup>.

Qu'à cela ne tienne, la « compétence professionnelle » des magistrats dans le domaine environnemental est actuellement insuffisante. Comme dans la plupart des pays d'Afrique francophone, elle aurait tendance à périlcliter au sein de l'ENAM, puisque le contentieux environnemental qui y est dispensé est un cours de tronc commun à l'attention des auditeurs de justice judiciaire et auditeurs de justice administrative. La formation est donc minimaliste et

<sup>125</sup> TAMASSING (C.F.), ATANGA (S.N.) « Environmental impact assessment under cameroonian law », in RUPPEL (O.C.), KAM YOGO (E.D.), (dir), *op. cit.*, p.294.

<sup>126</sup> Cf. Guide de l'ONU environnement sur les *Cours et tribunaux de l'environnement*, 2016, PNUE-IFDD.

<sup>127</sup> Il s'agit du symposium sur « l'effectivité et l'éducation judiciaire du droit de l'environnement en Afrique francophone », *op. cit.*

<sup>128</sup> KAM YOGO (E.D.), *Manuel judiciaire de droit de l'environnement en Afrique*, *op. cit.*

peu convaincante. Cela révèle d'ailleurs que le contentieux environnemental est loin de constituer une préoccupation fondamentale.

Les magistrats ne sont donc pas suffisamment éduqués sur les questions relatives à la protection de l'environnement et disposent de peu de connaissances sur le droit de l'environnement. Il n'en est ainsi d'autant plus que les enseignements de Droit de l'environnement ne seraient mêmes pas assez présent dans les cursus généraux des Facultés de Droit.

L'ENAM ne produit donc pas à l'heure actuelle des magistrats suffisamment formés pour connaître le contentieux de l'environnement puisque ces magistrats reçoivent dans ce domaine complexe et technique une formation souvent considérée comme trop générale, ne leur permettant pas de maîtriser les réels enjeux de ce contentieux d'un « autre ordre ». Aussi, aucune spécialisation dans ce domaine n'est prévue à l'ENAM. Or, « *l'application effective du droit [...] de l'environnement est conditionnée par l'existence [...] de magistrats [...] motivés, et eux-mêmes spécialisés [...]. [Mais] un tel état d'esprit et une telle formation font cependant défaut à l'heure actuelle en matière environnementale* »<sup>129</sup> au Cameroun. Pourtant, en raison du rôle central joué par le système judiciaire dans la protection de l'environnement, la formation des magistrats devrait être privilégiée et notamment mettre fin à « *l'ignorance pathologique* » des juges en la matière<sup>130</sup>.

Au final, « *l'observation montre que des lacunes existent en termes de formation et nuisent à la possibilité pour le juge d'être parfaitement éclairé sur les données du litige environnemental pour le juger en connaissance de cause* »<sup>131</sup>. En l'absence d'une telle formation initiale, une formation continue pouvait être un palliatif mais il se dégage en pratique plutôt une discontinuité dans la formation du juge en la matière.

#### **b- Une discontinuité dans la formation**

En plus d'une formation initiale fragile des juges en contentieux de l'environnement au sein de l'ENAM, leur formation continue une fois sur le terrain est quasi inexistante au point que l'on peut très vite conclure à une discontinuité dans la formation. Or, la formation continue pouvait être envisagée comme une solution à l'intention des magistrats en service qui n'ont pas

<sup>129</sup> BERTELLA-GEFFROY (M.-O.), « Un an de droit pénal de l'environnement », *Envir.* n°2, Févr. 2008, p. 4.

<sup>130</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire, op.cit.*, p.177.

<sup>131</sup> BIKIE (F.R.), NGO NLEP-BODIONG (N.H.), « L'institution judiciaire pénale à l'aune de la complexité du système répressif des atteintes environnementales en droit camerounais », art. préc., p.169.

bénéficiés de cet enseignement ou même de renforcer les capacités de ceux l'ayant au moins relativement bénéficiés. Mais il n'en est rien en pratique. La formation est discontinuée en ce domaine puisque ne constituant d'ailleurs pas une préoccupation fondamentale.

L'institution de formation, notamment l'ENAM faillit ainsi en ce domaine à l'une de ces missions fondamentales : les magistrats initialement formés ne bénéficient pas une fois sur le terrain des activités de formation continues, notamment en droit de l'environnement. Délaissés par l'institution accompagnatrice, leurs connaissances initiales sur les questions environnementales de bases ne sont donc pas actualisées. Ils ne sont pas ainsi sensibilisés sur les nouveaux enjeux de ce Droit en perpétuelle évolution et donc, dépourvus de connaissances complémentaires et supplémentaires requises pour s'y prononcer. Or une bonne justice passe aussi par l'expérience de ses acteurs, notamment du juge.

En l'absence de formation continue, le juge est ainsi durement éprouvé en pratique face à ce « maquis » juridique que représente le Droit de l'environnement<sup>132</sup>. Il serait donc difficile pour lui d'exercer sa *jurisdictio* en ce domaine, puisqu'il sera constamment en déphasage avec l'évolution de ce Droit. Pour une prise en compte efficace des préoccupations environnementales, la « compétence professionnelle » du juge doit ainsi être continuellement assurée par l'institution. Mais à défaut, puisqu'étant au centre du pouvoir judiciaire et ayant un rôle majeur dans la société, l'on attend du juge qu'il puisse s'investir personnellement en la matière. Tel n'est non plus le cas malheureusement.

## **2- Une « compétence professionnelle » insuffisamment personnalisée par le juge**

La relativité de compétence environnementale des juges peut aussi résulter de leur réticence à s'investir personnellement dans la matière (a). Toutefois, cela peut s'expliquer par une pratique irrégulière du contentieux environnemental (b).

### **a- La réticence des juges à s'investir personnellement dans la matière**

Bien qu'il appartienne principalement à l'institution d'assurer et de veiller à la « compétence professionnelle » du juge, ce dernier, à défaut, et au regard de sa place dans le système judiciaire et de son rôle dans la société devrait à notre sens s'investir personnellement pour acquérir cette compétence. Cela témoignerait d'une véritable « conscience environnementale » des juges. Mais à l'observation, il n'en est rien. Une fois sortis de l'ENAM, les magistrats ne sont quasiment pas investis à améliorer et approfondir par eux-mêmes des

---

<sup>132</sup> NYERET (L), « Le changement en droit de l'environnement », art. préc., p.266.

connaissances dans le domaine environnemental. Pourtant, à l'heure d'une ère technologique, les magistrats peuvent s'inscrire dans des programmes de formation en contentieux de l'environnement offert par les Universités de par le monde comme ils le font dans d'autres domaines de formations dans lesquels ils sont d'ailleurs nombreux à s'inscrire. Ils sont rarement présents dans les colloques et autres rencontres d'échanges portant sur les questions environnementales. Ils se montrent donc peu curieux et peu désireux d'acquérir les connaissances fondamentales en Droit de l'environnement. Aussi, certains juges brillent par leur paraissent de pouvoir s'en procurer les œuvres de la doctrine relatives au contentieux de l'environnement pourtant régulièrement publiées et accessibles. Or ces productions de la doctrine constituent une base juridique fondamentale pour eux. Le caractère trop technique de la matière peut aussi expliquer ce frein à l'accès des connaissances du juge.

Par ailleurs, la réticence des juges est également marquée dans le traitement des préjudices environnementaux. Certains juges sont ainsi hostiles à reconnaître la réparation du préjudice écologique pur<sup>133</sup> et la spécificité du contentieux environnemental. Leurs décisions démontrent ainsi, parfois de manière flagrante, le manque de considération pour la règle environnementale. C'est le cas de la décision du juge dans le jugement n°668/COR du 26 juin 1996 du TPI de Dschang dans lequel il a accordé des circonstances atténuantes à certains prévenus pourtant coupables de la destruction de 3,5 hectares d'une aire protégée. Or, comme l'observe Parfait OUMBA, « une telle solution en une pareille matière où tous les instruments normatifs interdisent l'admission des circonstances atténuantes était vraiment paradoxale »<sup>134</sup>. Aussi, comme l'observe un auteur, si par exemple la réparation en nature n'est pas privilégiée par le juge, c'est notamment parce qu'il émet certaines réticences à ce sujet, au point de préférer réparer sous l'angle indemnitaire<sup>135</sup>. L'on peut donc déplorer un manque de motivation et de désir chez certains magistrats à s'intéresser personnellement au droit de l'environnement, et donc de l'absence d'une véritable « conscience environnementale ». Cette réalité malheureuse peut tout de même être relativisée, notamment par le fait que le juge pratique irrégulièrement le contentieux environnemental.

#### **b- L'explication par une pratique irrégulière du contentieux environnemental**

<sup>133</sup> TPI Douala- Bonabéri, Jugement n° 272/COR du 27 mars 2017 *préc. cit.*

<sup>134</sup> OUMBA (P.), « Le contentieux de la réparation des atteintes à l'environnement au Cameroun », art. préc., p.214.

<sup>135</sup> BOURU (M.), *Les préjudices environnementaux. Essai sur la dualité de l'office du juge judiciaire*, op.cit., p.183.

Par hypothèse, une pratique irrégulière du contentieux environnemental pourrait justifier cette réticence des juges en la matière. Le fait est que les juges connaissent rarement du contentieux environnemental bien évidemment parce qu'ils sont rarement saisis sur des questions environnementales. Les litiges environnementaux connus par les juridictions camerounaises concernent en majorité le secteur forestier et faunique. Les litiges concernant d'autres secteurs comme la pollution y compris le respect du droit de l'environnement sont très rares. Le faible engouement des juges à l'acquisition des connaissances en droit de l'environnement pourrait ainsi forcément être lié au fait qu'ils ne pratiquent pas régulièrement le contentieux de l'environnement. Ils sont donc enclins à s'investir personnellement dans les domaines pour lesquels ils sont régulièrement saisis. De même, l'irrégularité de la pratique du contentieux environnemental pourrait aussi témoigner de la méconnaissance des juges dans le traitement des préjudices environnementaux.

Au final, bien que l'hypothèse d'une « compétence professionnelle » relative du juge en matière environnementale semble avérée puisqu'elle est majoritairement admise par la doctrine, on ne saurait conclure à l'« *incompétence professionnelle absolue* »<sup>136</sup> de tous les juges en la matière. Ce serait estimer que l'office du juge est systématiquement réduit à néant en la matière et que le juge n'agit jamais dans le sens d'une protection de l'environnement *per se*<sup>137</sup>. Certains juges font exceptions même en absence de spécialisation. Quoiqu'on puisse dire, il reste que la relative « compétence professionnelle » du juge en matière environnementale est certaine.

### Conclusion

Finalement, le principal enseignement qu'on peut tirer de la présente réflexion est qu'en tant qu'acteur incontournable de la consolidation du contentieux environnemental, il est indéniable que le juge, de par son office, peut offrir une certaine garantie pour une protection de l'environnement au Cameroun. Mais, il n'y parvient pas toujours, notamment à réaliser sa fonction de *jurisdictio*. Le fait est que de nombreux heurts tant extrinsèques qu'intrinsèques lui empêchent de bien s'y mouvoir, rendant son office tantôt impuissant, tantôt défaillant. L'office du juge serait donc très substantiellement paralysé dans l'œuvre de l'identification et de traitement des atteintes à l'environnement, de l'intérieur par le Droit, comme de l'extérieur par l'institution. Mais, puisqu'on attend dans le contentieux des préjudices environnementaux, peut-être davantage qu'ailleurs, de connaître un juge pleinement accessible et performant, il

---

<sup>136</sup> Ibid., p.190.

<sup>137</sup> Ibid.

faut alors envisager des reformes lui permettant de retrouver l'équilibre en la matière et tenter d'imposer spécifiquement sa *jurisdictio*.



**Le sens du principe du dédoublement fonctionnel en droit congolais***The meaning of the principle of functional duplication in congolese law*

Par :

**Kupani Gisenge Jean-Claude**

Assistant à la Faculté de Droit à l'Université de Kikwit

Avocat au Barreau près la Cour d'appel du Kwilu (RD Congo)

**Kumba Kwambanda Lepere**

Doctorant en droit public

Enseignant vacataire chargé des travaux dirigés à l'Université de Bordeaux

Attaché au centre de recherche Institut Léon Duguit (ILD),

Assistant à la Faculté de droit l'Université de Kikwit.

**Résumé:**

*En dépit du principe de séparation des pouvoirs, la Constitution de la RDC du 18 février 2006 reconnaît aux autorités publiques la possibilité d'exercer simultanément plusieurs fonctions. Cette situation qui entraîne le dédoublement fonctionnel ne peut avoir de sens que si elle est bien appréhendée et expliquée au regard des exigences de l'Etat de droit. A cet effet, si le dédoublement fonctionnel est justifié par la recherche de l'efficacité de l'action administrative et par la réduction du coût budgétaire qu'il procure, il n'est pas à l'abri des faiblesses. En effet, le cumul des fonctions par une même autorité engendre le chevauchement des compétences dont les effets heurtent l'impartialité et l'indépendance de l'administration vis-à-vis des administrés. Face à cet enjeu, les droits individuels ne peuvent être protégés que grâce au respect du droit et plus particulièrement la soumission de l'administration au contrôle du juge.*

**Mots-clés :** Dédoublement, fonctions administratives, contrôle juridictionnel, Etat de droit, impartialité

**Abstract :**

*Despite the principle of separation of powers, the Constitution of the Democratic Republic of the Congo of 18 February 2006 recognizes the possibility for public authorities to exercise several functions simultaneously. This situation, which leads to functional duplication, can only make sense if it is well understood and explained in the light of the requirements of the rule of law. To this end, although functional duplication is justified by the search for the efficiency of administrative action and by the reduction in the budgetary cost it provides, it is not immune to weaknesses. Indeed, the cumulation of functions by the same authority gives rise to overlapping competences, the effects of which undermine the impartiality and independence of the administration vis-à-vis the citizens. Faced with this challenge, individual rights can only be protected through respect for the law and more particularly the submission of the administration to the control of the judge.*

**Keywords :** duplication, administrative functions, judicial review, Rule of law, impartiality.



## Introduction

L'accomplissement des tâches d'administration est réparti entre les diverses institutions ou organes par les textes régissant leurs compétences respectives. La détermination de ces compétences fait appel aux critères classiques d'ordre matériel, territorial ou fonctionnel. En principe, chaque autorité d'une administration quelconque n'est chargée que de tâches correspondant à sa compétence propre. Ses tâches lui sont reconnues soit par la loi, par un acte ayant force de loi ou par un acte juridique.

Dans l'exercice de ses fonctions, une autorité peut exercer d'autres fonctions connexes à celle principale pour lesquelles elle est appelée à accomplir. Dans la pratique, on constate les cas de dédoublement fonctionnel où une autorité d'un domaine précis (exemple politique) peut être chargée de l'accomplissement de tâches relevant normalement d'une autre autorité d'un autre domaine (exemple administratif). Pour cause, le dédoublement fonctionnel semble reposer sur la volonté d'éviter de créer un organe là où cela n'est pas absolument nécessaire, surtout lorsque le bénéficiaire du dédoublement ne dispose pas d'infrastructures administratives propres, ou n'en dispose pas à un certain niveau territorial.<sup>1</sup>

Toutefois, la mise en œuvre du dédoublement fonctionnel devrait être analysée avec prudence car elle peut être à la base des dérives administratives. Telle est la difficulté d'établir la frontière entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale lorsque les deux se rencontrent.<sup>2</sup> Dès lors que la fonction administrative se réalise au sein de la fonction exécutive de l'Etat et que celle-ci relève du pouvoir exécutif ; la confusion résultant de l'intrication de l'une avec l'autre devient inévitable.<sup>3</sup> Cette situation n'est pas loin des faiblesses du dédoublement fonctionnel et structurel qui caractérise l'administration en RDC.

A ce niveau deux questions méritent d'être posées celles de savoir en quoi consiste le dédoublement fonctionnel en droit positif congolais et quelle est la *ratio legis* de cumul des fonctions par une seule autorité ?

La réponse à cette question ne sera rendue possible qu'après avoir identifié la notion même de dédoublement fonctionnel (I) avant de s'intéresser à son appréhension (II). L'étude procède par l'analyse des dispositions normatives applicables à certains organes administratifs en RDC avec un regard croisé en droit comparé.

### I- L'IDENTIFICATION DU DÉDOUBLEMENT FONCTIONNEL EN DROIT CONGOLAIS

<sup>1</sup> [www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/05/14/chapitre-8-lorganistaion-administrative/](http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/05/14/chapitre-8-lorganistaion-administrative/) (le 05 octobre 2020)

<sup>2</sup> YUMA BIABA (L.), *Notes du cours de Droit administratif, Université de Kinshasa*, 2012. p. 11.

<sup>3</sup> *Ibidem*

Dans cette partie, il s'agira de démontrer à quel moment et dans quelle mesure une autorité peut être administrative et politique ou judiciaire, d'une part (A) et d'autre part, d'analyser l'essor du dédoublement fonctionnel en droit congolais (B).

#### **A- Le dédoublement fonctionnel dans le cadre du cumul de la fonction administrative avec les autres fonctions**

Page | 530

La fonction administrative peut être définie comme l'activité qui a pour objet la réalisation des tâches étatiques dans la mesure où elles exigent l'exécution pratique au moyen d'actes juridiques et d'opérations matérielles<sup>4</sup>. La fonction administrative de l'Etat s'exerce au sein du pouvoir exécutif. Elle présente des caractéristiques différentes par rapport aux autres fonctions de l'Etat. L'Administration assure la liaison entre l'Etat et les citoyens. Elle constitue la machine par laquelle l'Etat réalise ses différentes interventions en faveur de ces derniers. Dans un schéma systémique, les Institutions politiques de l'Etat se trouvent dans la superstructure. Elles prennent des décisions qui servent d'impulsion à l'administration. Celle-ci se trouve dans la structure en ce sens qu'elle constitue l'ossature par laquelle les décisions des pouvoirs publics sont répercutées à la base. Les institutions politiques de l'Etat sont celles qui sont organisées par la Constitution et qui réalisent les trois (3) fonctions traditionnelles de l'Etat, à savoir la fonction parlementaire, la fonction gouvernementale et la fonction judiciaire. Ces institutions se distinguent de l'institution administrative de par leurs fonctions ; la fonction administrative étant différente de ces autres fonctions de l'Etat, quoi qu'appelées naturellement à cohabiter.

##### **1- Fonction administrative et Fonction parlementaire**

La fonction législative (consistant à créer des normes juridiques à caractères général, impersonnel et obligatoire) n'est pas l'apanage du seul Parlement. La Constitution distingue le domaine réservé à la loi de celui réservé au règlement.<sup>5</sup> Elle établit donc une nette répartition des matières dans la création de la règle de conduite sociale. Le pouvoir législatif n'en a donc pas le monopole. Partant de cela, la fonction parlementaire se différencie de la fonction législative. La distinction entre la fonction administrative et la fonction parlementaire est avant tout une distinction organique. Celle-là relève du pouvoir exécutif alors que celle-ci du pouvoir législatif exercé par le Parlement.

<sup>4</sup> VUNDUAWE TE PEMAKO ,( F.), & al., *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, , 2020, p. 90.

<sup>5</sup> Article 228 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour.

Aux termes de l'article 100 de la Constitution du 18 février 2006 : « Le pouvoir législatif est exercé par un Parlement composé de deux Chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. Sans préjudice des autres dispositions de ladite Constitution, le Parlement vote les lois. Il contrôle le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et les services publics. Chacune des Chambres jouit de l'autonomie administrative et financière et dispose d'une dotation propre », il s'ensuit que la fonction parlementaire va au-delà de la seule fonction législative, elle englobe également la fonction de contrôle de l'Exécutif. En outre, le vote de la loi est une fonction politique qui, sur le plan tant matériel que formel, est différente de la fonction administrative. Le Parlement est composé de représentants du peuple et la loi votée par ces derniers est « l'expression de la volonté populaire ». Le vote de la loi est soumis à une procédure complexe prévue par la Constitution.<sup>6</sup>

Le pouvoir exécutif assume exceptionnellement une fonction législative. En application et aux conditions prévues à l'article 129 de la Constitution, l'exécutif peut édicter des Ordonnances-lois. Cette fonction législative du gouvernement est différente de la fonction administrative. Mais, bien que les deux soient matériellement identiques, cette compétence normative reconnue à l'Exécutif est formellement distincte du pouvoir législatif confié au Parlement. En ce sens, l'article 128 de la Constitution précise que « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Ainsi, le règlement ou acte ayant force de loi n'est pas tenu de se conformer à la loi ; l'autonomie du règlement adopté en application de la Constitution signifie alors qu'il doit se conformer à celle-ci et non, le cas échéant en cas de contentieux, à la loi. La fonction administrative ne consiste pas à édicter des règles juridiques. Elle trouve néanmoins un terrain d'application au sein de l'Institution parlementaire.<sup>7</sup> Si le vote de la loi relève du parlement, la gestion de celui-ci implique l'intervention de la fonction administrative. Ainsi, le logement des parlementaires, l'organisation de leurs voyages, la gestion des services financiers, des archives, de la documentation, des équipements, du charroi automobile et du personnel du parlement relèvent de la fonction administrative : il s'agit alors de l'administration parlementaire. Celle-ci est constituée de l'ensemble de services publics qui assurent le fonctionnement régulier des activités parlementaires. Ces différents services sont placés sous l'autorité d'un Secrétaire général et sont organisés en Directions, Divisions et Bureaux. Ils relèvent tous de

<sup>6</sup> OTSHUDI OKONDJO (L.), *Éléments essentiels de Droit administratif congolais*, Kinshasa, Éd. Les Luminaires, 2018, p. 114.

<sup>7</sup> OTSHUDI OKONDJO, (L.), *op. cit.*, p. 115.

l'Administration publique. Le Secrétaire général ainsi que tous les agents qui travaillent dans l'Administration du Parlement sont des fonctionnaires ou agents de la Fonction Publique.

## 2- Fonction administrative et Fonction politique

Les tâches étatiques sont très diversifiées et varient dans le temps et dans l'espace, selon la volonté des gouvernants. En revanche, les fonctions de l'Etat, c'est-à-dire les diverses formes juridiques de l'activité étatique en vue de réaliser les tâches étatiques, sont toujours les mêmes dans le pays dont les institutions politiques sont semblables. Le pouvoir exécutif, tel qu'organisé par la Constitution, est exercé par le Président de la République et le Gouvernement (Art. 90). En effet, dans la configuration d'institutions politiques, le Président de la République réalise les fonctions du Chef de l'Etat, il incarne la Nation et représente l'Etat. Par contre, dans son rôle d'autorité politique, le Président de la République est le Chef de l'exécutif en ce sens que, en vertu de l'article 79 de la Constitution, il convoque et préside le conseil des ministres. Le Président de la République est également autorité administrative lorsqu'il intervient dans la gestion du personnel relevant de l'Administration. C'est le sens de la loi n° 16/013 du 15 juillet 2016 portant statut des agents de carrière des services publics de l'Etat, col. 1.<sup>8</sup> Aux termes de l'article 2 de cette loi, l'Administration rattachée au Président de la République fait partie de la fonction publique.

Ainsi, le Président de la République, par le truchement de son directeur de cabinet, assure l'organisation et la gestion de la carrière des agents de la présidence. Dans cet ordre d'idée, le Président de la République est une autorité administrative hiérarchique qui gère les agents de la présidence de la République. Par ailleurs, en vertu de l'article 81 de la Constitution, le Président de la République prend des décisions administratives individuelles en ce qu'il nomme, relève et, le cas échéant, révoque les hauts fonctionnaires de l'Administration Publique. Il en découle que le Président de la République exerce à la fois la fonction politique ou gouvernementale et administrative.

La fonction gouvernementale consiste à créer le droit interne et à assurer la direction générale de la politique d'un pays. La fonction administrative consiste à gérer des services rendus à la population, le domaine foncier et le maintien de l'ordre public. À ce propos, BÉNOÎT précise que « Gouverner c'est procéder aux choix politiques tandis qu'administrer c'est assurer le fonctionnement quotidien des services publics, faire la police, et gérer le domaine ».<sup>9</sup> Ainsi, si la fonction gouvernementale et la fonction administrative relèvent toutes

<sup>8</sup> Journal Officiel de la RD Congo, 57<sup>ème</sup> année, Kinshasa – 3 août 2016, p. 3.

<sup>9</sup> FRANCIS-PAUL, (B.), *Droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 43.

deux du pouvoir exécutif de l'État, il reste que celle-ci est le prolongement de celle-là. En vertu du principe du dédoublement fonctionnel, le Président de la République, le Premier Ministre et les Ministres exercent à la fois la fonction gouvernementale et la fonction administrative. Ils participent au Gouvernement, collectivement, lorsqu'ils décident en Conseil des Ministres et, ils prennent des décisions administratives dans le cadre des attributions et compétences administratives qui leur sont reconnues par la Constitution et les lois.

*Le pouvoir exécutif exercé par le Gouvernement comporte alors deux volets : le volet normatif et le volet fonctionnel.*

Sur le plan normatif, le Gouvernement assure l'exécution ou l'application des lois en édictant des actes réglementaires ou règlements. Ces actes interviennent dans le sillage de la loi soit pour compléter la loi, soit pour assurer l'exécution correcte de la loi. Le Gouvernement intervient spécialement dans la fonction normative soit pour créer une règle de conduite là où la Constitution n'a pas permis l'intervention du parlement, soit pour légiférer par délégation du parlement là où la loi n'est pas encore intervenue. A ce propos, en vertu de l'article 92 de la Constitution, le pouvoir réglementaire relève du Premier Ministre, sous réserve des prérogatives dévolues au Parlement de la République. Les règlements autonomes interviennent dans le cadre de l'article 128 de la Constitution tandis que les Ordonnances-lois intervenant dans le domaine de la loi trouvent leur fondement dans l'article 129 de la Constitution.

De manière indirecte, le pouvoir normatif du Gouvernement s'étend sur la présentation des textes législatifs lorsque celui-ci prend l'initiative de soumettre au Parlement un projet de loi, conformément à l'article 130 de la Constitution. Du reste, le Gouvernement assure l'exécution des lois sous forme de décision, selon les règles de prise de décisions individuelles d'ordonnance, de décret, d'arrêté.

Sur le plan fonctionnel, l'action du Gouvernement vise à assurer la direction générale des affaires de l'État. À cette fin, l'article 91 de la Constitution prévoit que « le Gouvernement définit, en concertation avec le Président de la République, la politique de la Nation et en assume la responsabilité. Il conduit la politique de la Nation et dispose de l'Administration publique, des Forces armées, de la Police nationale et des services de sécurité ».

Cette fonction gouvernementale est différente de la fonction administrative tant du point de vue matériel que du point de vue organique.

Sur le plan matériel, la différence entre Gouvernement et Administration se traduit dans la distinction des concepts « gouverner » et « administrer ». D'une part, gouverner, c'est avant

tout « concevoir », fixer des orientations et des stratégies politiques ; c'est aussi déterminer les objectifs à atteindre afin de réaliser le « bien-être social » de la population. C'est donc le Gouvernement qui conduit la politique de la nation et qui établit des programmes à court terme, à moyen terme et à long terme. Le Gouvernement soumet à cet effet au Parlement le plan national ainsi que les prévisions budgétaires en rapport avec les objectifs qu'il s'est assignés. D'autre part, administrer, c'est plutôt gérer le programme fixé par le Gouvernement, c'est-à-dire mettre en pratique, concrétiser les décisions politiques du Gouvernement.<sup>10</sup>

Le Ministre intervient alors en amont et en aval en ce sens qu'il participe d'abord à la conception et à la prise des décisions politiques et, ensuite, il assure dans son Administration, l'exécution des décisions politiques en prenant les décisions administratives. Dans cette dernière hypothèse, il exerce la fonction administrative.

La fonction administrative est celle qu'assume l'Administration en tant que machine du Gouvernement, celle par laquelle les services publics assurent l'exécution de toutes les tâches d'intérêt général. Ainsi, pour réaliser les objectifs du gouvernement, l'Administration gère les différents services publics en utilisant les moyens de fonctionnement mis à sa disposition par le Gouvernement. Administrer c'est, en définitive, assurer le fonctionnement de tous les services qui concourent à la réalisation des besoins d'intérêt général, assurer la protection de l'intégrité territoriale par les Forces armées, assurer le maintien de l'ordre public par la Police nationale et assurer la gestion du domaine de l'État. Pour atteindre les objectifs fixés par le Gouvernement, l'Administration bénéficie alors de moyens humains à travers la fonction publique. Elle dispose de moyens financiers et matériels lui accordés par le Gouvernement. Et ce faisant, elle jouit de prérogatives de puissance publique.

Sur le plan organique, le Gouvernement est une institution politique qui exerce l'un de trois pouvoirs traditionnels de l'État. Il est l'organe exécutif de l'État. Celui-ci peut-être monocéphale ou bicéphale, selon le régime juridique mis en place. Par contre, l'Administration n'est pas une institution politique. Elle constitue plutôt l'ensemble des services publics que l'on appelle également « institutions administratives ». Au sein d'un ministère, il sera fait la distinction entre les organes relevant du Gouvernement et ceux de l'Administration. Le Ministre, en tant que membre du gouvernement, dispose d'un *cabinet politique* alors que, en tant que chef de l'Administration, il dispose de *différents services publics* qui relèvent du ministère. On retrouve ainsi, au sein d'un même ministère, *une structure politique* sous la

---

<sup>10</sup> OTSHUDI OKONDJO, (L.), *op. cit.*, p. 117.

dénomination de Cabinet ministériel avec un chef ou directeur de cabinet et son adjoint, les conseillers et chargés de mission ; et *une structure administrative* comprenant le Secrétaire Général, les directions, les divisions et bureaux.

Au sein de cabinets politiques, il y a également un personnel administratif que l'on appelle « personnel d'appoint ». Celui-ci assiste le personnel politique dans les tâches d'exécution. Il est, en principe, recruté dans les services administratifs dépendant du Secrétaire Général de telle sorte que lorsque le 7 Cabinet ministériel change avec le remaniement ministériel, le personnel administratif ne doit pas normalement quitter le cabinet. Il continue à fonctionner avec le nouveau cabinet sauf si certains agents sont appelés à d'autres fonctions. Le Ministre exerce une fonction à la fois politique et administrative, en vertu du principe du dédoublement fonctionnel ; il est autorité politique en tant que membre du gouvernement et, autorité administrative en tant que chef du département ministériel.

En tant qu'autorité politique, le Ministre siège au conseil des Ministres et participe à cet effet, à la prise des décisions politiques. Il représente ainsi le Gouvernement dans les matières qui relèvent de sa compétence ministérielle. En tant qu'autorité administrative, le ministre est le Chef du département ministériel.<sup>11</sup> Il est l'autorité hiérarchique la plus élevée de son Administration ministérielle et prend « les décisions administratives » dans les matières relevant de son ministère. Mais il sied d'observer qu'en plus de la fonction parlementaire ou de la fonction gouvernementale dans laquelle s'identifie le dédoublement fonctionnel, son essor semble s'affirmer dans les autres domaines de la vie publique.

## **B- L'essor du dédoublement fonctionnel dans les autres matières**

### **1- La rencontre de la fonction administrative avec la fonction judiciaire**

La fonction juridictionnelle a pour objet de trancher les différends ou des questions juridiques controversées conformément au droit. En revanche, la fonction administrative s'attache plutôt à la satisfaction pratique des besoins collectifs déterminés, qu'il y ait contestation ou pas, en accomplissement des actes juridiques et des opérations matérielles. Une décision administrative a simplement une autorité de chose décidée et non jugée, donc susceptible d'être révisée à tout moment. Le principe de la séparation des pouvoirs affirmé par Montesquieu dans « l'Esprit des lois » établit une nette distinction entre les trois fonctions traditionnelles de l'État que sont la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction

---

<sup>11</sup> Sur cette question, voir l'article 2 de la loi du 15 juillet 2016 précitée portant statut des agents de carrière des services publics de l'Etat aux termes duquel: l'Administration rattachée au Premier ministre (2°); l'Administration des ministères (6°) relèvent du personnel de la fonction publique nationale, JORDC.

judiciaire. Cette séparation des pouvoirs implique une indépendance d'action entre les organes relevant des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

De ce fait, les fonctions judiciaires doivent demeurer séparées des fonctions administratives.<sup>12</sup> Pour cause, sur le plan organique, la fonction administrative relève de la fonction exécutive et par conséquent, elle est indépendante de la fonction judiciaire. La fonction administrative s'inscrit dans l'action du Gouvernement quand bien même elle trouverait un terrain d'application dans la fonction judiciaire. Et d'ailleurs, la Constitution de la RD Congo du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour consacre l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Le pouvoir judiciaire est dévolu aux cours et tribunaux que sont la Cour Constitutionnelle, la Cour de Cassation, le Conseil d'État, la Haute Cour militaire ainsi que les cours et tribunaux civils et militaires. Il est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens. Les juges ne sont soumis dans l'exercice de leur fonction qu'à l'autorité de la loi et la justice est rendue sur l'ensemble du territoire national au nom du peuple. Le pouvoir exécutif ne peut donner d'injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, ni statuer sur les différends, ni entraver le cours de la justice, ni s'opposer à l'exécution d'une décision de justice. Le pouvoir législatif ne peut ni statuer sur des différends juridictionnels, ni modifier une décision de justice, ni s'opposer à son exécution. Toute loi dont l'objectif est manifestement de fournir une solution à un procès en cours est nulle et de nul effet.<sup>13</sup> Dès lors, la fonction judiciaire consiste à dire le droit devant un litige qui oppose soit les citoyens vis-à-vis de la société (Droit pénal), soit l'État et les citoyens, soit les citoyens entre eux dans les relations de droit privé (Droit civil, Droit commercial, Droit du travail).

Toutefois, ce rôle de dire le droit en résolution des litiges peut relever de la compétence de multiples autres organes de l'État que des seuls juges. Ainsi, une autorité administrative, sur recours contentieux ou gracieux, peut également trancher un litige.<sup>14</sup> Plus globalement, il s'agit ainsi d'une fonction juridictionnelle qui consiste à prendre des actes ayant autorité de chose jugée et s'imposant à tous les organes de l'État. Il s'ensuit que la fonction administrative est compatible avec la fonction judiciaire. Elle lui est complémentaire.

Le pouvoir judiciaire a besoin de l'Administration publique pour trancher les litiges par les actes juridictionnels revêtus de l'autorité de la chose jugée et d'un titre exécutoire. Dans la

<sup>12</sup> Article 13 de la loi fondamentale française des 16-24 août 1790.

<sup>13</sup> Articles 149 – 151 de la Constitution, du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour.

<sup>14</sup> DEMICHEL, (A.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, pp. 53 – 54.

réalisation de cette fonction juridictionnelle, se greffe une multitude de tâches matérielles qui requièrent donc l'intervention de la fonction administrative.

Ces tâches interviennent dans la procédure judiciaire sans pour autant faire partie de la fonction judiciaire. Il demeure impérieux de faire un *distinguo* entre l'administration de la justice et l'Administration judiciaire. Page | 537

Le pouvoir judiciaire administre la justice dans un pays, mais les institutions judiciaires ont besoin d'une Administration judiciaire pour assister le pouvoir judiciaire et assurer l'exécution des décisions de justice. Cette Administration est composée de différents services publics de la justice ; ainsi, au sein de l'appareil judiciaire, se retrouvent trois catégories de services publics : Les services pénitentiaires, les services de greffes et d'huissiers ainsi que les services de Police judiciaire. Il s'agit là de services publics chargés de la gestion des affaires judiciaires ; les agents de ces services font partie de la Fonction publique avec un statut différent de celui des magistrats. C'est ici l'occasion de rappeler la loi du 15 juillet 2016 portant statut des agents de carrière des services publics de l'Etat qui mentionne sur la liste du personnel de la fonction publique nationale, les Administration de la Cour Constitutionnelle, du Parquet général près cette juridiction; l'Administration des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. En d'autres termes, hormis le volet judiciaire, les juridictions assurent la fonction administrative au titre de leur mission d'organisation et de fonctionnement de la justice.

Bien plus, au sein de l'Etat, le pouvoir judiciaire n'a pas le monopole de l'exercice de cette fonction. En effet, le parlement et l'administration y participent, à certains niveaux, en vertu du principe de dédoublement fonctionnel. Par exemple, le parlement peut, en vertu de la constitution mettre en accusation le président de la République, le premier ministre, les ministres, les vice-ministres et, le cas échéant, les vice- premiers ministres, les ministres d'Etat et les ministres délégués(art 69 et 90 al 1<sup>o</sup> et 166 de la constitution). Dans le même ordre d'idées, la Cour des comptes qui est à la fois un service public administratif et une juridiction administrative spécialisée, peut, en ce dernier titre, juger les comptes des comptables publics. Par ailleurs, une partie de l'administration dispose du pouvoir de l'arbitrage pour régler les conflits entre opérateurs, publics ou privés, d'un secteur d'activités économiques.<sup>15</sup>

Les autorités de régulation, telles que l'autorité de la poste et des télécommunications (ARPTC), l'autorité de régulation des marchés publics (ARMP), l'autorité de régulation du secteur de l'électricité (ARE) ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la

---

<sup>15</sup> MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit congolais des services publics*, Louvain- La- Neuve, Academia- L'harmattan, 2005 N°666, p. 430.

communication(CSAC), assurent l'arbitrage des litiges entre opérateurs de ces différents secteurs d'activités.<sup>16</sup>

Ces autorités de régulation disposent des pouvoirs qui s'apparentent à ceux du juge. Tel est le pouvoir de sanction reconnu au CSAC<sup>17</sup> en vertu duquel le CSAC a prononcé, le 3 février 2023, un embargo de 30 jours à l'encontre du journaliste Peter Tiani. Cette affaire fait suite à la plainte référencée n° CAB/BAT. E&A/NK.O.P/01/2023 du 5 janvier 2023 de l'honorable Lambert Mende Omalanga diligentée par son Conseil le bâtonnier Elonge Djanga Albert contre le journaliste mis en cause. Il lui est reproché d'avoir tenu des propos indignes à l'endroit de Mr Mende. La formule utilisée par le CSAC ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il s'agit d'une autorité administrative mais exerçant un véritable pouvoir juridictionnel: *considérant la disposition faite par la chaîne télé 50 et le support de l'émission déposé au CSAC contenant les propos reprochés au journaliste pour l'instruction de la présente cause, le CSAC informe l'opinion publique que : le journaliste Peter Tiani Malembe écope d'un embargo de 30 jours à dater de la notification du présent acte, et tous les directeurs des programmes et des informations des médias opérant en RDC sont tenus à la stricte observance du présent sous peine des sanctions prévues par la loi. indique le CSAC.* Là encore, la preuve du dédoublement fonctionnel des autorités administratives.

Par ailleurs, à un moment donné, en attendant l'installation des tribunaux de paix dans tout le pays, les tribunaux de police et les tribunaux coutumiers étaient présidés par les organes de l'administration territoriale. Ces tribunaux étaient institués en vertu de la loi et qu'à ce titre, ils devaient participer à l'exercice du pouvoir judiciaire de l'Etat . Cependant, la constitution dispose expressément, en son article 149 al 1 que : « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ».

Comment concilier cela sur ce point précis, notre opinion est sans équivoque : l'existence juridique des tribunaux de police et des tribunaux coutumiers présidés par des organes de l'administration territoriale était inconstitutionnelle. Pour corriger tout cela, le Président de la République aurait dû prendre l'initiative de la révision de la constitution conformément à son article 218 pourquoi ? Parce que constitutionnellement, et en tant que chef de l'Etat, il doit veiller au respect de la constitution (art 69 al 2 ). Aujourd'hui, l'article 151 de la loi organique N°13/011- B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et

<sup>16</sup> TE PEMAKO , (F.), & al., *Op .cit.*, p. 89.

<sup>17</sup> Article 46 in fine de la loi organique n°11/001 du 10 janvier 2011 portant composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de l' audiovisuel.

compétences des juridictions de l'ordre judiciaire règle définitivement cette question. En effet, « là où ne sont pas installés les tribunaux de paix, les tribunaux de commerce et les tribunaux du travail, les tribunaux de Grande Instance sont compétents pour connaître en premier ressort des matières qui relèvent normalement de la compétence de ces juridictions ».

## 2- Le succès du dédoublement fonctionnel dans le cadre de l'administration contentieuse

Certains litiges administratifs sont tranchés soit par l'administration contentieuse<sup>18</sup>, soit par des juridictions spécialisées<sup>19</sup>, présidées par les autorités administratives. L'on parle du contentieux mixte (mi-administratif et mi-juridictionnel). Tel est le cas de litiges disciplinaires qui sont réglés par les juridictions disciplinaires en tant qu'autorité judiciaire de l'administration fiscale contentieuse (selon le cas, le receveur des impôts, directeur ou chef de centre compétent) pour des litiges opposants le fisc et les contribuables en matière d'assiette et de recouvrement. Il sied de signaler que dans ce cas, l'autorité administrative agit aussi comme étant un juge pour trancher les litiges.

Lorsque les administrations décident en premier ressort, sans que des voies de recours en appel ne soient organisées à l'interne, le droit au double degré de juridiction est exercé par voie d'appel, et devant la cour administrative d'appel compétente. Cependant, lorsque ces administrations décident en premier et dernier ressort, l'intéressé lésé par la décision peut se pourvoir en cassation devant le conseil d'Etat. L'organisation de ces voies de recours (appel ou cassation) contre les décisions rendues par les administrations contentieuses devant les juridictions administratives de droit commun (tribunal administratif, Cour administrative d'appel et Conseil d'Etat) crée le lien entre l'administration et le juge. Dès lors, les administrations contentieuses apparaissent comme le prolongement des juridictions de l'ordre administratif.<sup>20</sup>

Il est à noter que le règlement des litiges administratifs par des administrations contentieuses n'a rien avoir avec la procédure de réclamation administrative préalable et obligatoire.<sup>21</sup> En tout état de cause, l'administration contentieuse jouit d'une grande marge

<sup>18</sup> Dans le même ordre d'idées, voir la définition de l'administration contentieuse proposé par BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif*, Tome 2, 1<sup>ère</sup> éd., Louvain-la-Neuve, l'Harmattan., 2017, p. 78: un service public pourvu des prérogatives contentieuses, capable d'édicter des décisions, du reste contradictoires, mais dotées de l'autorité de la chose jugée et de ce fait, susceptibles de voies de recours juridictionnelles, l'appel ou la cassation.

<sup>19</sup> Voir en ce sens l'article 149 alinéa 6 de la Constitution du 18 février 2006 reconnaît au législateur la compétence de créer des juridictions spécialisées.

<sup>20</sup> BOTAKILE BATANGA, *Idem*.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 79.

d'appréciation dans le règlement des litiges. C'est le cas de la procédure disciplinaire en droit de la fonction publique.<sup>22</sup> Ainsi, en droit français, l'autorité administrative peut engager une action disciplinaire sans attendre l'issue d'une procédure pénale et ce sans méconnaître la présomption d'innocence.<sup>23</sup> Toutefois, les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics sont soumises à des exigences particulières de légalité et font l'objet d'un contrôle entier du juge administratif, qui vérifie notamment qu'elles présentent un caractère proportionné à la gravité des faits.<sup>24</sup> De même, en droit congolais, l'autorité hiérarchique qui envisage de prononcer une sanction disciplinaire peut se voir imposer un certain nombre de règles. C'est le sens de l'article 137 de la loi de 2016 précitée qui soumet le pouvoir de révocation des autorités administratives publiques à l'avis préalable du Conseil de discipline. Cette exigence n'est pas une particularité congolaise. En effet, dans presque toutes les organisations internationales comme dans les administrations nationales, on impose généralement à l'autorité disciplinaire la consultation d'un organisme paritaire ou mixte avant le prononcé de toute sanction importante.<sup>25</sup>

De même, sous peine d'annulation de la sanction, toute décision disciplinaire doit être suffisamment et valablement motivée, en mentionnant notamment les faits d'une manière claire et précise, en fournissant des arguments d'ordre administratif avec indication des circonstances de temps et de lieu et des règles violées.<sup>26</sup> Aussi, l'administration doit permettre à l'agent public dont la sanction est envisagée à présenter ses moyens de défense. En ce sens, aucune pièce ne peut être utilisée contre lui sans qu'il n'en ait eu connaissance.<sup>27</sup>

Dans tous les cas, la structure administrative choisie par le droit positif congolais est telle que les organes de l'Etat exercent plus d'une compétence. Cette situation entraîne le dédoublement fonctionnel des autorités administratives. Sous réserve des administrations qui n'ont pas été analysées dans le cadre de cette étude, il s'observe une emprise du dédoublement fonctionnel sur la plupart des administrations. Dès lors, il sied d'appréhender ce dédoublement sous l'angle des exigences de l'Etat de droit.

<sup>22</sup> CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CE, Ass., 6 juin 2014, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques, n° 351582, Rec.

<sup>23</sup> CE, 27 mai 2009, M. Pierre A..., n° 310493, Rec., cité par Louis Dutheillet de Lamothe, Nicolas Labrune et Marc Firoud (dir.), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique* Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2020, p. 157.

<sup>24</sup> CE, Ass., 13 novembre 2013, M. A...B..., n° 347704, Rec.

<sup>25</sup> *ONU statut, art. 10. 1 : c'est au Secrétaire général qu'il revient d'instituer de tels organes administratifs, cité par Alain Plantey et François Loriot, Fonction publique internationale. Organisations mondiales et européennes*, Paris, CNRS Éditions, 2005, pp. 236-250.

<sup>26</sup> Ordonnance n° 81-067 du 7 mai 1981 portant règlement d'administration relatif à la discipline, spécialement ses articles 46 et 47.

<sup>27</sup> *Ibid.*

## II- L'APPRÉHENSION DU DÉDOUBLEMENT FONCTIONNEL

La meilleure approche d'étudier le dédoublement fonctionnel en droit congolais voudrait que soient relevées les incohérences liées notamment aux réalités de fonctionnement de l'administration. Le gain du temps; l'efficacité ainsi que la simplification de l'action publique ne doivent pas occulter les désavantages du dédoublement fonctionnel dans un système déjà mis à mal (A). En outre, dans d'assurer l'effectivité de l'Etat de droit, le dédoublement fonctionnel doit être accompagné des moyens de contrôle afin de protéger les droits des administrés contre les éventuelles dérives pouvant résulter de son dysfonctionnement (B).

Page | 541

### A- Désavantages du dédoublement fonctionnel

Si le dédoublement fonctionnel peut favoriser la rapidité, l'efficacité et la diminution des dépenses publiques; sa mise en œuvre n'est pas dépourvue des critiques. Hormis les difficultés de son adaptation avec le principe d'impartialité (2), le dédoublement fonctionnel engendre le cumul des fonctions qui peut impacter le bon fonctionnement de l'administration (1).

#### 1- Le cumul des deux fonctions peut entraîner le dysfonctionnement de l'administration

Au sens ordinaire, le dédoublement fonctionnel est la situation de l'agent public qui remplit des fonctions relevant de deux ou plusieurs ordres de compétences.<sup>28</sup> Cette définition emporte deux conséquences majeures: d'une part, le dédoublement fonctionnel influe sur la carrière de l'agent qui se trouve soumis à des hiérarchies et à des contrôles de nature différente.<sup>29</sup> La situation du maire en France constitue une parfaite illustration, puisqu'il cumule ses attributions d'organe exécutif de collectivité territoriale (la commune) – le plaçant sous le contrôle administratif du préfet de département ou du ministre de l'intérieur- avec celles d'autorité administrative, exercées sous le contrôle hiérarchique du préfet.<sup>30</sup> Il participe même, en tant qu'officier d'état civil et de police judiciaire, à des activités d'ordre judiciaire placées sous l'autorité du procureur de la République et des tribunaux.<sup>31</sup> Cette situation n'est pas différente de celle du maire de ville en RD Congo qui remplit les mêmes fonctions.

<sup>28</sup> Yakouba Ouedraogo, « La place du préfet de région dans l'organisation administrative française », Les Annales de droit, 2019, disponible en ligne sur <http://journals.openedition.org/add/1614>, <https://doi.org/10.4000/add.1614>, pp. 177-178.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Art. 16 et 19 et du Code de procédure pénale, art. L.2212 - 31 du Code général des collectivités territoriales.

*Aux termes de l'article 41 de Loi organique n° 08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités Territoriales Décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces en RDC, le Maire est l'autorité de la ville. Il est le chef du Collège exécutif urbain. A ce titre: 1. Il assure la responsabilité de la bonne marche de l'administration de sa juridiction ; 2. Il est officier de police judiciaire à compétence générale; 3. Il est officier de l'état civil; 4. Il est l'ordonnateur principal du budget de la ville; 5. Il représente la ville en justice et vis-à-vis des tiers.<sup>32</sup>*

On s'aperçoit que l'autorité urbaine en RDC est un fonctionnaire à compétence variable. Ainsi, l'autorité doit disposer des compétences professionnelles et personnelles avérées pour bien accomplir la diversité des tâches qui sont les siennes. En outre, l'autorité administrative doit avoir des qualités et connaissances complémentaires pour assurer la diversité de fonctions qui lui sont reconnues par la loi. Ainsi, le choix des dirigeants reste un enjeu majeur pour faire face au dédoublement fonctionnel. La loi de 2008 relative aux entités décentralisées, les autorités locales doivent être élues. L'exemple de la ville est le plus frappant, en effet, l'article 12 de cette loi prévoit que le maire et le maire-adjoint sont élus par le Conseil urbain. Aux termes de la même loi, les autorités des autres entités territoriales décentralisées (commune, secteur et chefferie) doivent être élues. Dans la pratique, en lieu et place de l'élection, ces autorités sont souvent nommées en fonction de leur obédience politique et tribalo-ethnique. Dans ces circonstances, il semble difficile que soient prises en compte les exigences professionnelles, techniques et intellectuelles des personnes désignées. Or, l'exercice de plusieurs fonctions par des autorités professionnellement incompetentes peut entraîner le dysfonctionnement de l'administration voire le détournement des pouvoirs. C'est l'effet de bord du dédoublement fonctionnel qui est bien décrit par Laurent Coutron à propos de l'Union européenne. En effet, dans sa chronique sur le Contentieux de l'UE publiée en 2020, Laurent Coutron relevait les points faibles du dédoublement fonctionnel à propos des gouverneurs des banques européennes centrales européennes (BCE) des Etats.<sup>33</sup> D'après lui, le cumul de fonctions des gouverneurs des BCN qui sont à la fois gouverneurs de leurs banques nationales respectives et membres du conseil des gouverneurs de la BCE serait à la base des dysfonctionnements. En fait, dès lors que ces gouverneurs sont des fonctionnaires qui siègent dans deux institutions de même objet mais de nature et aux compétences, leur indépendance

<sup>32</sup> *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, première partie - n° spécial du 10 octobre 2008, p. 15.

<sup>33</sup> Laurent Coutron, *Chronique Contentieux de l'UE - Du dédoublement fonctionnel des gouverneurs des banques centrales nationales à la création d'un recours en annulation d'un genre nouveau*. CJUE, gr. ch., 26 févr. 2019, aff. jtes C-202/18 et 238/18, *Rimšēvičs et BCE / Lettonie*. RTD Eur. 2020 p. 269.

peut être douteuse.<sup>34</sup> L'argument de Laurent Coutron s'appuie sur l'interprétation de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Rimšēvičs et BCE / Lettonie* (2019) où le juge européen a estimé que le dédoublement fonctionnel de certains fonctionnaires européens peut être perçu comme un obstacle à l'indépendance des banques des Etats membres de la zone euro.

En effet, les gouverneurs des banques centrales nationales (BCN) d'« États membres dont la monnaie est l'euro sont membres de droit du conseil des gouverneurs de la banque centrale européenne ( BCE), qui est le principal organe de décision de l'Eurosystème [...] et le seul organe de décision de la BCE dans le cadre du mécanisme de surveillance unique » (pt 50 de l'arrêt).<sup>35</sup> Dans ces conditions, attenter à l'indépendance du gouverneur d'une BCN affecterait, par capillarité, « celle du conseil des gouverneurs de la BCE lui-même ». C'est ainsi que « l'absence prolongée de participation d'un membre du conseil des gouverneurs est susceptible d'affecter gravement le bon fonctionnement de cet organe essentiel de la BCE ». <sup>36</sup> On s'aperçoit qu'ici le dédoublement fonctionnel crée l'enchevêtrement des organes, des personnels et des compétences nationaux et européens. Par conséquent, le dysfonctionnement des uns peut influencer sur celui des autres et vice-versa.<sup>37</sup>

## 2- La difficile compatibilité du dédoublement fonctionnel avec le principe d'impartialité

L'administration est soumise à une exigence pleine et entière d'impartialité.<sup>38</sup> L'exigence d'impartialité semble inhérente à la définition même de l'État de droit et commandée par elle, de sorte qu'elle constitue une norme de droit même si aucun texte n'y fait référence.<sup>39</sup> En ce sens, l'impartialité apparaît comme un principe général du droit<sup>40</sup> qui lutte contre la partialité de l'administration. Il convient de relever qu'une décision administrative sera entachée de partialité subjective à chaque fois que le comportement d'un agent sera en cause. En d'autres termes, les agents de l'administration doivent éviter tout acte d'animosité personnelle à l'égard des administrés. C'est ainsi que la nécessité de garantir l'impartialité voudrait que l'agent qui avait déjà pris position dans le passé sur le problème dont il est saisi se déporte. C'est pour dire

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> COUTRON (L.), Chronique Contentieux de l'UE - " Du dédoublement fonctionnel des gouverneurs des banques centrales nationales à la création d'un recours en annulation d'un genre nouveau." CJUE, gr. ch., 26 févr. 2019, aff. jtes C-202/18 et 238/18, *Rimšēvičs et BCE / Lettonie*.RTD Eur. 2020 p.269

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Les autorités administratives indépendantes, Rapport public du Conseil d'État, 2001, La Documentation française, p. 381.

<sup>39</sup> BERNARD QUIRINY, Actualité du principe général d'impartialité administrative, Revue du droit public - n°2, 2006, p. 375.

<sup>40</sup> *Ibid.*

que l'agent public est soumis à une obligation d'impartialité, qui doit guider son comportement et le conduire, le cas échéant, à ne pas traiter d'affaires dans lesquelles son objectivité pourrait être mise en cause.<sup>41</sup> L'objectif d'une telle obligation est d'éviter que l'agent se trouve dans une situation de conflit d'intérêt.

*L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) définit le conflit d'intérêts comme « une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions ».*<sup>42</sup>

Par ailleurs, l'action administrative doit être entourée des garanties organiques et fonctionnelles ( la composition d'un organisme, la procédure suivie, séparation de l'organe d'instruction et de poursuite...) qui permettent d'assurer l'objectivité des décisions administratives à l'égard des administrés. Pourtant, le dédoublement fonctionnel qui caractérise certaines autorités administratives suscite d'innombrables inquiétudes; en effet, comment peut-on garantir l'impartialité effective en présence d'une autorité administrative qui cumule les fonctions administratives avec d'autres fonctions? Il convient de rappeler que la plupart des autorités administratives congolaises ont la qualité d'officier de police judiciaire; dès lors, elles peuvent exercer les fonctions judiciaires (instruire les affaires, déclencher les poursuites et prononcer les sanctions). Cette situation peut fragiliser le principe d'impartialité. Le cas des gestionnaires coordinateurs des écoles conventionnées mérite d'être évoqué pour démontrer à la les obstacles et les incohérences du dédoublement fonctionnel avec l'impartialité. En effet, sous réserve des textes qui régissent leur action, la pratique a révélé que ces autorités exercent des pouvoirs difficiles à identifier à l'égard des enseignants de leurs juridictions. Elles gèrent leur carrière, se saisissent des affaires, diligentent des enquêtes et prononcent des sanctions contre les agents... Elles disposent en quelque sorte du monopole du pouvoir disciplinaire et sanctionneur.<sup>43</sup>

Toutefois, ces incertitudes relatives au principe d'impartialité n'est pas particulière au droit congolais car sont présentes en droit français. Ainsi, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne, Paul Cassia<sup>44</sup> interrogeait la compatibilité du déroulement de la procédure devant le Conseil d'Etat avec le respect de l'impartialité. L'analyse du juriste et écrivain parisien

---

<sup>41</sup> DUTHEIL (L.) ET DE LAMOTHE, LABRUNE (N.) ET FIROUD (M.) (dir.), *L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique Recueil de commentaires de jurisprudences applicables aux agents publics*, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2020.

<sup>42</sup> Recommandations de l'OCDE pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public (juin 2003).

<sup>43</sup> Propos des enseignants des écoles kimbanguistes (Interview couverte sous l'anonymat), réalisée en octobre 2022.

<sup>44</sup> CASSIA (P.), *Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 1997 p.411.

porte sur le dédoublement fonctionnel du Conseil d'Etat. En effet, comme en RDC, en plus de sa fonction juridictionnelle, le Conseil d'Etat rend des avis sur les projets de lois du gouvernement (article 39 de la Constitution). Visiblement, on assiste au dédoublement fonctionnel (juridiction et conseiller du gouvernement) qui peut heurter son impartialité lorsqu'il sera appelé à trancher sur les lois pour lesquelles il a rendu les avis. C'est le sens de la décision *Procola*<sup>45</sup> dans laquelle la Cour EDH avait dénoncé l'absence d'impartialité structurelle du Conseil d'Etat luxembourgeois. Selon la Cour (§45 de la décision), le simple fait que les fonctions juridictionnelles et consultatives ressortissent aux mêmes membres d'une institution est de nature à violer l'article 6, § 1, de la Convention qui protège l'impartialité.<sup>46</sup> En outre, le comité du contentieux qui était mis en cause ne constituait pas un tribunal indépendant et impartial, puisque quatre de ses cinq membres, qui avaient eu à se prononcer au contentieux sur la légalité du règlement, l'avaient déjà examiné dans le cadre de la mission consultative dévolue au Conseil d'Etat.<sup>47</sup> En droit congolais, on retrouve des dispositions normatives similaires qui protègent les administrés contre les risques d'impartialité. Telle est l'ordonnance 81-067 du 7 mai 1981 portant règlement d'administration relatif à la discipline qui sanctionne l'agent qui aurait participé à une prise de décision sur une affaire ou un objet dans lequel lui-même, son conjoint, parent ou allié a un intérêt (Art. 25).

### **B- L'effectivité de l'Etat exigeant un contrôle renforcé du dédoublement fonctionnel**

Il convient d'atténuer les conséquences parfois négatives du dédoublement fonctionnel sur les droits fondamentaux. Cela nécessite le renforcement de l'office du juge administratif (2). En outre, il paraît important de reconnaître aux citoyens les mécanismes préventifs contre les dérives qui peuvent résulter de l'indigence d'impartialité de l'action administrative (1).

#### **1- Les mécanismes préventifs de lutte contre les dérives du dédoublement fonctionnel: la récusation et le déport**

L'exercice de plus d'une mission par une même autorité administrative n'est pas sans conséquences sur l'exercice des droits des particuliers. C'est la situation qui prévaut lorsque l'administration tranche les litiges qui l'opposent avec un administré. Dans ce cas l'administration est à la fois juge et partie et partant, l'indépendance et l'impartialité de l'administration peuvent être douteuses. Pour limiter voire prévenir les dérives, le droit prévoit des outils qui peuvent être utilisés par les justiciables lorsque l'action de l'administration n'est

<sup>45</sup> CEDH 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, D. 1996, jur. p. 301, note Florence Benoît-Rohmer ; RFDA 1996, p. 777, note JEAN-LOUIS (A.) ET FRÉDÉRIC SUDRE ; JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, CEDH et droit administratif (juillet-décembre 1995), AJDA 1996, pp. 383-384.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

pas entourée des garanties d'un procès équitable. Il s'agit de la récusation et du déport. En effet, instituée en droit administratif processuel, la récusation est un droit reconnu à un particulier partie au litige de provoquer l'absence d'un magistrat ou plus généralement d'une personne appelée à se prononcer sur son cas, dont l'esprit d'impartialité est mis en cause.<sup>48</sup> En droit congolais, la récusation vise tout juge, pour des affaires qu'il connaît, peut être récusé par voie de déclaration motivée, actée au greffe, pour cause de suspicion légitime, au plus tard avant la clôture des débats.<sup>49</sup>

Plusieurs cas de figure se présentent pour récuser un juge. Ainsi, la récusation du juge peut être déclencher pour l'une des causes ci-après<sup>50</sup>:

- s'il existe une amitié ou une intimité entre lui et l'une des parties
- S'il existe des liens de dépendance étroite à titre de domestique, de serviteur ou d'employé entre lui et l'une des parties.
- S'il existe dans son chef un ensemble des circonstances qui montrent qu'il ne présente pas les garanties d'impartialité.

Le juge dont la récusation est actée est tenu de se déporter sous peine de poursuites disciplinaires. Il a la possibilité de se retirer du siège en informant le chef de la juridiction à laquelle il appartient en vue de pourvoir à son remplacement. Appliquée en procédure administrative, la récusation emporte les mêmes conséquences. En effet, l'agent public ou l'autorité administrative qui est visée par une demande de récusation doit en principe être écarté du siège ou de la délibération. Pour éviter la nullité juridictionnelle des décisions auxquelles elle a pris part, l'autorité administrative peut se récuser (se déporter).<sup>51</sup>

En d'autres termes, le refus de se récuser peut être sanctionné par le juge de l'excès de pouvoir. En ce sens, l'obligation de s'abstenir de siéger est stricte, et entraîne, si elle n'est pas respectée, la nullité de la procédure. Toutefois, la récusation doit donc être prévue par un texte exprès.<sup>52</sup> Cette exigence est d'une grande portée en ce qu'elle permet d'encadrer les modalités d'exercice du droit de récusation par les administrés. En outre, elle constitue un rempart contre les récusations fantaisistes et dilatoires qui peuvent freiner le bon déroulement de la procédure administrative. C'est vraisemblablement pour cette raison que l'ordonnance du 7 mai 1981 portant règlement d'administration relatif à la discipline a drastiquement limité les

<sup>48</sup> ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, préface d'Olivier Dupeyroux, Paris, LGDJ, 1968, p. 424.

<sup>49</sup> BATANGA (B.), *Précis du contentieux administratif*, op. cit., p. 248.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 425.

<sup>52</sup> *Ibid.*

circonstances qui pouvait entraîner la récusation d'un agent. Ainsi, à l'article 25 de son chapitre 5 relatif au principe d'impartialité, l'agent public ne peut se récuser dans toute réunion d'adjudication mettant en compétition des soumissionnaires que si les conditions suivantes étaient remplies:

Page | 547

S'il est parent, conjoint ou allié, s'il s'agit des personnes physiques, ou dans lesquels lui-même, son conjoint, son parent ou son allié sont actionnaires, obligataires ou ont un intérêt quelconque, s'il s'agit des personnes morales. Bien que les hypothèses de récusation apparaissent larges, on note néanmoins la présence de l'encadrement textuel de la récusation. En tout état de cause, la seule reconnaissance du droit de récusation au profit d'un administré entraîne directement, même lorsque les textes sont muets, un certain nombre d'obligations à la charge de l'administration, qui visent à rendre effective la garantie accordée.<sup>53</sup> La récusation est ainsi entendue protectrice du principe d'impartialité même s'il peut s'avérer difficile voire impossible de récuser les organes unipersonnels. D'où, la nécessité de décupler la récusation et le déport avec le renforcement du rôle du juge afin de contrôler la légalité ou la constitutionnalité des décisions prises dans le cadre du dédoublement fonctionnel.

## 2- Le renforcement du rôle du juge

L'organisation des Nations Unies, par le biais de son Secrétaire Général, décrit l'État de droit comme un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'Homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise des décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs.<sup>54</sup>

En d'autres termes, l'État de droit peut être considéré comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit ; il est fondé sur le principe essentiel du respect des normes juridiques (ou primauté du droit), chacun étant soumis au même droit, que ce soit l'individu ou bien la puissance publique. Il est donc possible pour un particulier de

<sup>53</sup> Voir en ce sens la décision du Conseil d'Etat français: CE 2 nov. 1955, *Préfet de Pas-de-Calais*, 514.

<sup>54</sup> Rapport du Secrétaire Général sur le rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit 2004, disponible en ligne sur <http://www.un.org/ruleoflaw/fr/what-is-the-rule-of-law/>, page consultée le 14 avril 2020.

contester les actions de l'État ou d'un dirigeant politique s'il les considère comme illégales ou irrégulières. De cette acception, découlent les caractéristiques suivantes d'un État de droit :

- Une hiérarchie des normes où chaque règle tire sa légitimité de sa conformité aux règles supérieures ;
- Une séparation des pouvoirs organisée par une Constitution, notamment l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif ;
- L'égalité de tous, personnes physiques ou morales, devant les règles de droit ;
- La soumission de l'État, considéré comme une personne morale, au respect des règles de droit ;
- La responsabilité des gouvernants, face à leurs actes ou décisions.

Il paraît alors logique que les juridictions administratives soient compétentes pour contrôler les actes pris par les membres du pouvoir exécutif lorsque des actes émanent de celui-ci. Cette Le contrôle du juge administratif sur les actes des autorités administratives apparaît nécessaire surtout lorsqu'on s'aperçoit que ces autorités peuvent cumuler, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont conférés, les fonctions administratives avec les autres fonctions. L'intervention du juge administratif vise à assurer la légalité de l'action administrative et par ricochet le respect du principe d'impartialité de celle-ci. Cependant, ces tentatives de réduction des effets indésirables du dédoublement fonctionnel rencontrent deux sérieux des difficultés à savoir:

D'abord, les administrés n'ont pas la culture de la justice administrative; en fait, l'office du juge administratif congolais est à la fois ignoré et mal perçu. En RDC, déférer la décision de l'autorité publique devant le juge administratif est assimilé à un acte d'indignation voire d'insulte à l'égard de cette dernière. Cette difficulté semble empêcher les administrés d'accéder au juge. Au-delà de ce constat déplorable, il convient de relever le manque des garanties d'indépendance qui caractérise le pouvoir judiciaire.<sup>55</sup> Pourtant, le droit au recours effectif est constitutionnellement garanti à tous (article 19 de la constitution). Face à cette situation, en plus de la nécessité de la sensibilisation citoyenne, les pouvoirs publics doivent renforcer l'indépendance de la justice.

---

<sup>55</sup> Si la Constitution de la RDC consacre l'indépendance du pouvoir judiciaire (article 149), il s'observe que dans la pratique la justice est inféodée par le pouvoir politique qui l'instrumentalise. C'est en ce sens que le Professeur Vunduawe plaide pour une indépendance effective de la Justice à l'égard du Pouvoir exécutif. Pour cela, il estime qu'il faudrait que le Gouvernement qui a le monopole de la puissance publique s'interdise de refuser d'appliquer les décisions judiciaires ou de faire obstruction à leur exécution et d'interférer dans les nominations et promotions des magistrats en gênant le fonctionnement normal du Conseil supérieur de la magistrature; que l'Administration verse régulièrement et à temps les rémunérations des magistrats: SAWY BAENI, L'indépendance des juges congolais entre mythe et réalité, 2018, disponible en ligne sur <https://www.legavox.fr/blog/sawy-baeni/independance-juges-congolais...>, consulté le 21 février 2023.

Ensuite, il y a une certaine catégorie de décisions administratives qui échappent à la censure du juge juridictionnel, c'est-à-dire l'exclusion de ces actes de toute vérification ou tout contrôle de la régularité d'un instrument juridique menée par les institutions juridictionnelles ; les institutions du pouvoir judiciaire, chargées de dire le droit.<sup>56</sup>

Tels sont les actes dits de gouvernement. Les actes dits de gouvernement sont des actes intermédiaires entre les actes législatifs et les actes administratifs. Ils ont une caractéristique commune avec les actes législatifs : ils ne peuvent pas être attaqués par le juge administratif. À l'origine, cette catégorie se définissait par le but de l'acte. Dès lors que l'acte administratif avait ce qu'on appelait au XIX<sup>ème</sup> siècle un « mobile politique », il était considéré comme un acte de gouvernement<sup>57</sup>. Dans la relation entre la fonction administrative et la fonction politique, il peut arriver que dans l'exercice de cette dernière que certains actes pris soient à l'origine de certains de ces litiges n'admettent pas de règlement juridictionnel, échappant donc à toute censure juridictionnelle congolaise. *La théorie des actes de gouvernement permet en réalité à l'Administration de matérialiser certaines politiques au départ incompatibles avec les droits et libertés garanties aux administrés, pour le moins impopulaires, cependant nécessaires comme exigences de fonctionnement harmonieux des services publics.*<sup>58</sup> Même si aujourd'hui, cette disposition n'est pas reprise comme telle par la nouvelle législation, en vertu des principes généraux du droit, la notion des actes dits de gouvernement a toujours droit de cité devant le juge administratif congolais.<sup>59</sup> En témoignent les propos de Botakile Batanga<sup>60</sup> dans son précis du contentieux administratif: *c'est la théorie des actes de gouvernement qui permet de départager notamment la compétence en matière de censure des règlements, reconnue aussi bien aux juridictions de l'ordre administratif de droit commun qu'à la Cour constitutionnelle.*<sup>61</sup> Toutefois, dans le souci de concrétiser l'Etat de droit, les actes dits de gouvernement ne devraient pas totalement échapper à la Censure du juge. Cette théorie a été partiellement abandonnée dans l'arrêt *Prince Napoléon* rendu à propos d'un recours contre une radiation de l'annuaire militaire<sup>62</sup>. Aujourd'hui, le juge administratif se reconnaît compétent pour se

<sup>56</sup> VUNDUAWE te PEMAKO (F.), Cours de Contentieux Administratif Congolais, Volume I. Notions de juridiction et délimitation du contentieux administratifs en République démocratique du Congo, Kinshasa, 2018, p. 70

<sup>57</sup> Voir Arrêt *Lafitte* du Conseil d'État français du 01er mai 1822, req. n° 5363 & Arrêt *Duc d'Aumale* du Conseil d'État français du 09 mai 1867, req. n° 39621.

<sup>58</sup> Botakile Batanga, *op. cit.*, p. 64.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> La Cour constitutionnelle connaît, en vertu de l'article 162, alinéa 2 de la Constitution, de l'inconstitutionnalité de tout acte réglementaire, échappant à la compétence du juge administratif, en application de l'article 155, de la même Constitution.

<sup>62</sup> Voir Arrêt *Prince Napoléon* du Conseil d'État français du 19 février 1875.

prononcer sur la légalité d'un acte, même si cet acte n'a été pris qu'au regard de considérations purement politiques. Tel fut le cas dans l'arrêt *Barel*, par lequel des refus d'autorisation à se présenter au concours de l'École Nationale d'Administration de la France ont été annulés précisément parce qu'ils avaient été pris pour des motifs politiques.<sup>63</sup>

Ainsi, en Droit français, c'est à partir de cet arrêt *Prince Napoléon* du 19 février 1875 que l'on considère que les actes de gouvernement ne peuvent faire l'objet d'une définition générale et théorique, plutôt, l'on se contente à ne s'en tenir qu'à une liste établie d'après la jurisprudence constante, qui comprend deux catégories d'actes de gouvernement :

Les actes de gouvernement interne (ceux qui concernent les rapports entre l'Exécutif et le parlement) ; les actes de gouvernement externe (ceux qui se rattachent à la conduite des affaires internationales entre la France et les autres États, ou avec les organismes internationaux).

En droit belge, aucune disposition (qu'elle soit constitutionnelle ou législative) ne fonde expressément la restriction du contrôle juridictionnel du Conseil d'État au nom de la notion d'actes de gouvernement.<sup>64</sup> En droit positif congolais, écrit Félix VUNDUAWÉ, la notion d'actes de gouvernement avait une base légale car, en attendant l'installation des juridictions de l'ordre administratif, et en vertu de l'article 223 des dispositions transitoires de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, la Cour Suprême de Justice, section administrative, avait été chargée d'exercer les attributions dévolues au Conseil d'État et d'appliquer ainsi les règles de compétence définies par les articles 146 à 149 de l'ordonnance-loi n° 82-020 du 30 mars 1982 portant Code de l'organisation et compétence judiciaires ainsi que l'article 87, alinéa 2, de l'ordonnance-loi relative à la procédure devant la Cour Suprême de Justice qui disposait assez clairement ce qui suit : « La Cour apprécie souverainement quels sont les actes dits de gouvernement »<sup>65</sup>.

A ce jour, bien que la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif ne reprend pas cette disposition avec une telle formulation, l'on peut néanmoins déterminer, en tenant compte du droit comparé, à titre indicatif, dans l'ordre du droit public interne et dans celui du droit international quels sont les actes de l'exécutif, tant national que provincial, qui peuvent être

<sup>63</sup>Voir Arrêt *Barel* du Conseil d'État français du 28 mai 1954.

<sup>64</sup>Paul Lewalle, *contentieux administratifs*, 2eme Ed., Bruxelles Larcier, Collection de la faculté de Droit de Liège, 2002 N°351, p. 576.

<sup>65</sup> F. VUNDUAWÉ te PEMAKO, *Op. Cit.*, p.75.

qualifiés d'actes de gouvernement.<sup>66</sup> Tels sont par exemple les actes accomplis par l'exécutif dans ses rapports avec le Parlement ; les actes qui intéressent les rapports d'ordre constitutionnel entre le Président de la République et le Gouvernement; les actes relatifs aux rapports entre le Chef de l'État et le Gouvernement, le Parlement ainsi que le pouvoir judiciaire, etc. Donc tout laisse à entrevoir voir que le contrôle juridictionnel des actes de gouvernement est une réalité acquise, l'immunité juridictionnelle les caractérisant devenant ainsi relative.

L'enjeu devient délicat pour le juge; en effet, Le juge administratif et par extension les autres juges en tant que gardien de la loi et protecteur des prérogatives de l'Administration, doivent rechercher un équilibre entre la régulation de la vie publique et la préservation des droits de chacun, le premier objectif assurant les conditions de la réalisation du second. Dans certains cas, il sera amené à défendre les actes de gouvernement en refusant de les contrôler, dans les autres il pourra les contrôler. C'est ce qui est révélé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 14 septembre 2022 sur le rapatriement des détenus français en Syrie où elle a condamné la France. Elle a estimé que la théorie des actes de gouvernement est inadmissible car elle peut entraîner l'arbitraire de l'Etat. L'exigence de protection des droits fondamentaux des administrés conduit à renoncer à l'acte de gouvernement dans certaines situations. En droit congolais, la possible censure des actes de gouvernement pour violation de la constitution n'est pas exclue. En effet, le juge constitutionnel, garant des droits et libertés fondamentaux, est aujourd'hui mieux placé pour apprécier aussi bien la régularité que le mobile politique d'un règlement pris en vertu de la Constitution et en exécution d'une politique gouvernementale, nationale ou provinciale.

Cela signifie que si l'acte de gouvernement peut échapper à la censure du juge administratif, il peut être censuré par le juge constitutionnel lorsqu'il est pris en violation de la Constitution. Somme toute, la théorie de l'État de droit nécessite une garantie de recours à l'égard de tous les actes sinon, la question se posera alors de savoir comment des actes échappant au contrôle du juge peuvent subsister concomitamment aux exigences de sécurité juridique.<sup>67</sup>

### Conclusion

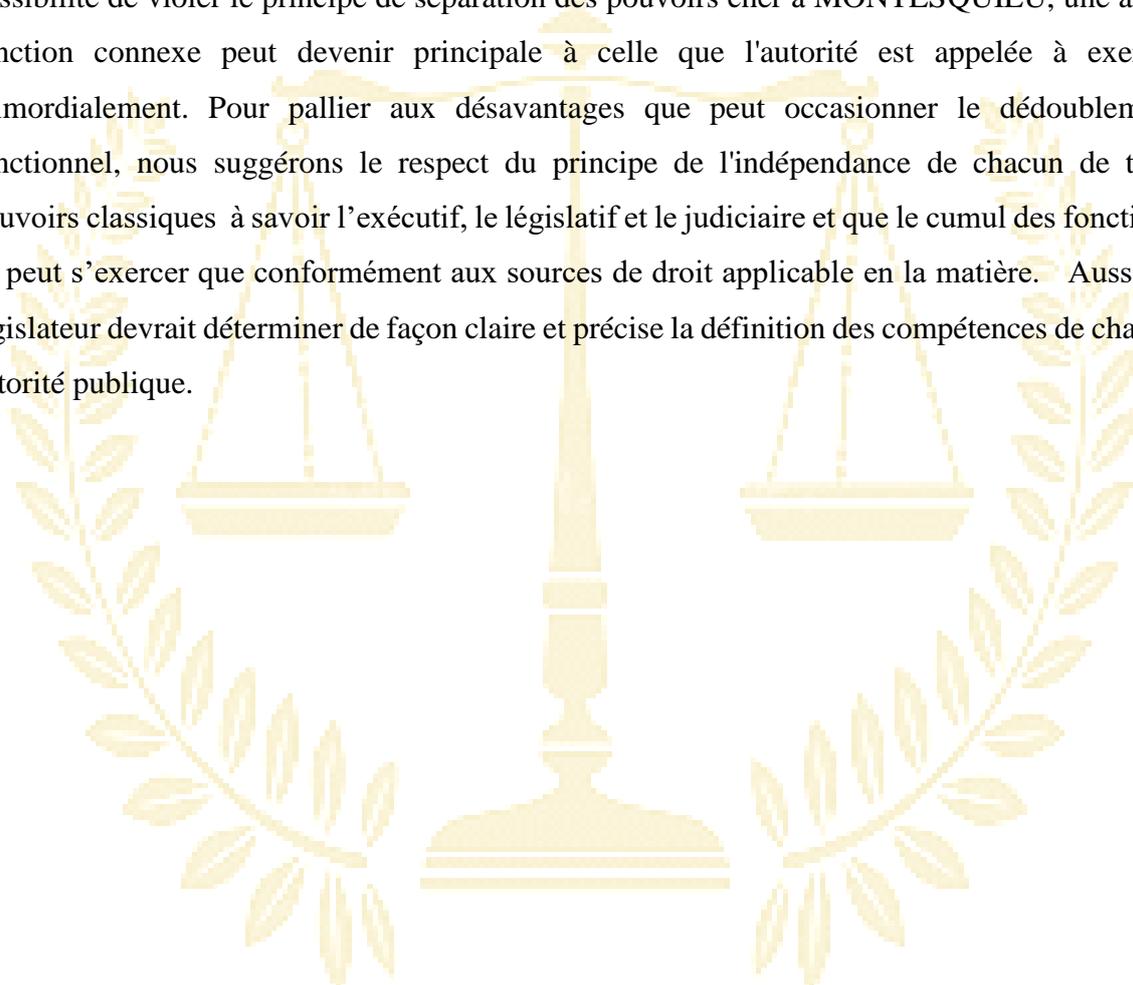
En droit congolais, en dépit du principe de séparation des pouvoirs, une autorité peut exercer d'autres tâches qui relèvent d'un autre organe sans heurter le principe supra évoqué. Ce cumul des fonctions peut avoir comme soubassement les sources de droit qui peuvent prévoir

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>67</sup> BOTAKILE BATANGA, *op. cit.*, p. 70.

expressément le dualisme fonctionnel ou le dédoublement fonctionnel. Dans certains cas, une autorité administrative peut exercer ses prérogatives principales en combinant avec d'autres tâches politique et juridictionnelle ou l'une d'entre elles seulement et ce, conformément au droit positif sans usurper le pouvoir d'une autre autorité politique ou judiciaire vice versa.

Le dédoublement fonctionnel a des avantages et des désavantages. En termes d'avantages l'on peut citer notamment la réduction des dépenses si l'Etat avait engagé d'autres acteurs pour accomplir chacun une seule tâche bien déterminée. S'agit des désavantages l'on peut citer notamment le cumul de plus d'un pouvoir dans le chef d'un seul organe avec possibilité de violer le principe de séparation des pouvoirs cher à MONTESQUIEU, une autre fonction connexe peut devenir principale à celle que l'autorité est appelée à exercer primordialement. Pour pallier aux désavantages que peut occasionner le dédoublement fonctionnel, nous suggérons le respect du principe de l'indépendance de chacun de trois pouvoirs classiques à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire et que le cumul des fonctions ne peut s'exercer que conformément aux sources de droit applicable en la matière. Aussi, le législateur devrait déterminer de façon claire et précise la définition des compétences de chaque autorité publique.



## Les dispositions inopérantes de la constitution : recherches sur le constitutionnalisme d'apparat

*The inoperative provisions of the Constitution: research on formal constitutionalism*

Par :

Page | 553

**Étienne KENFACK TEMFACK**

Chargé de cours

FSJP/Département de droit public

Université de Douala

Membre du GERUDA

### Résumé :

*La problématique de l'effectivité du droit en Afrique est au cœur de l'idée de l'existence d'un constitutionnalisme d'apparat. Elle ne s'énonce plus seulement en termes d'application sélective de la constitution, ou de pratiques constitutionnelles contra legem, mais également de défaut de normativité des dispositions constitutionnelles en vigueur. Constitutionnalisme du faste et du décorum, ce droit constitutionnel de satisfecit n'est porteur d'aucune obligation pour les acteurs de la mise en œuvre de la loi fondamentale. Cette absence ou défaut d'obligation se déduisant, dans certains cas, de l'impossibilité de sanctionner le comportement contraire. Entre dispositions constitutionnelles nées mortes et normes constitutionnelles mortes-nées, l'utilité de ces règles se pose. N'ayant aucune prétention à l'opérationnalité, elles doivent simplement être expurgées pour les unes et réformées pour les autres, afin de donner au projet social commun toutes les chances de réalisation.*

**Mots clés :** constitution, constitutionnalisme d'apparat, révision, démocratie, juge constitutionnel

**Abstract :**

*The issue of the effectiveness of law in Africa is at the center of the idea of the existence of a formal constitutionalism. It's no longer base only on a selective application of the constitution, nor a contra legem constitutional practice, but on a lack of normativity of the provisions put into force. Constitutionalism of pomp and decorum, it contributes to weighing down the constitutional text, because they do not in reality carry any obligation for those involved in the implementation of the fundamental law. The absence or lack of obligation is deduced, in certain cases, from the impossibility of sanctioning the contrary behavior. Beyond the ineffectiveness thesis, it is rather the question of the usefulness of these provisions that must be asked. Having no claim to operationality, they must simply be redacted in order to give the common social project more chance of realization.*

**Keys words :** Constitution, pomp constitutionnalism, democracy, revision, constitutionnal judge



## Introduction

Le constitutionnalisme africain d'hier et d'aujourd'hui ne cesse de susciter de l'attrait et de l'intérêt<sup>1</sup>. Il exerce une fascination continuelle sur la doctrine d'ici et d'ailleurs. Ceci se justifie non seulement par la diversité de ses représentations<sup>2</sup>, mais aussi par les disparités de ses applications. Oscillant entre cohérence et incohérence<sup>3</sup>, succès et résistance<sup>4</sup>, le constitutionnalisme des États d'Afrique noire francophone s'est construit sur un certain formalisme<sup>5</sup> et un formalisme incertain. Des contradictions qui révélatrices d'une quête permanente de l'enracinement dans les principes étrangers de l'État de droit<sup>6</sup>, de la démocratie et du libéralisme<sup>7</sup>, qu'ils essayent constamment –ce qui ne peut leur être reproché-- de tropicaliser<sup>8</sup>. L'évidence aujourd'hui est que l'étude de ce droit constitutionnel ne peut se départir d'une combinaison de juridisme et de pragmatisme<sup>9</sup>.

À la lueur de la Constitution de Virginie du 29 juin 1776<sup>10</sup> et l'affirmation péremptoire de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>11</sup>, il est de tradition de reconnaître à la Constitution deux contenus à titre principal : la répartition du pouvoir entre différents organes étatiques, et la garantie des droits<sup>12</sup>. Le but étant - au-delà de fonder la société sur un pilier à la fois stable et solide- d'en assurer la pérennité en définissant les conditions communes de la poursuite de l'ordre et de la paix, en ce qu'ils ont pour finalité de permettre à

<sup>1</sup> AHADZI (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *La revue du CERDIP*, Vol. 1, n° 1, 2002, pp. 35-86.

<sup>2</sup> MOUDOUDOU (P.), « L'État africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Revue CAMES/SJP*, n° 2, 2015, pp. 113-140.

<sup>3</sup> DOSSO (K.), « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n° 90, 2012/2, pp. 57-85.

<sup>4</sup> GUËYE (B.), « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009/2, pp. 5-26.

<sup>5</sup> BOURGI (A.), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002/4, pp. 721-748.

<sup>6</sup> DONFACK SOKENG (L.), « L'État de droit en Afrique », *La Revue du CERDIP*, Vol. 1, n° 2, 2002, pp. 87-125.

<sup>7</sup> KPODAR (A.), « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », disponible en ligne sur [http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/BILAN\\_SUR\\_UN\\_DEMI-SIECLE\\_DE\\_CONSTITUTIONNALISME\\_EN\\_AFRIQUE\\_NOIRE\\_FRANCOPHONE.pdf](http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf), consulté le 31 mai 2022.

<sup>8</sup> HESSELING (G.), « La réception du droit constitutionnel en Afrique trente ans après: quoi de neuf? », disponible en ligne sur <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A28888530/view>, consulté le 31 janvier 2023.

<sup>9</sup> BARRAUD (B.), *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017, 331 p.

<sup>10</sup> Adoptée par la Convention de Virginie du 12 juin 1776, elle est la première Constitution moderne, à coté de la Constitution de Saint-Marin, plus ancienne République libre du monde, qui serait la plus ancienne constitution. Elle est précédée d'une déclaration des droits qui aurait été rédigée par Georges Mason. Cette constitution consacre une séparation des pouvoirs entre deux assemblées et un Gouverneur qui est le chef de l'exécutif. Elle consacre également la souveraineté populaire et la liberté électorale.

<sup>11</sup> WANDJI K. (J. F.), « La déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'État en Afrique », *RFDC*, n° 99, 2014/3, pp. e1-e28.

<sup>12</sup> CHAGNOLLAUD de SABOURET (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, 9<sup>e</sup> édition, Tome 1, Paris, Dalloz, 2017, p. 23.

leur tour la survie de ses membres. Selon Raynal « l'homme est si faible que la raison, le souci de sa dignité et même la considération de son intérêt ne suffisent pas toujours à le maintenir dans le devoir. Il faut qu'une règle extérieure, une discipline le protège contre les défaillances de sa volonté<sup>13</sup> ». Dans la mise en forme de cette exigence sociétale, les États inventent et réinventent la Constitution. Exerçant une souveraineté qui ne peut cependant se départir d'une certaine allégeance aux principes fondateurs du modèle d'État dominant<sup>14</sup>, le pouvoir constituant<sup>15</sup> fait preuve d'ingéniosité et d'originalité<sup>16</sup>. Ainsi, la lecture des constitutions permet de constater la variabilité des contenus, conséquence des différences des trajectoires constitutionnelles<sup>17</sup>, mais aussi de ce qui est considéré comme essentiel pour la société en question. Par-delà ces objectifs, l'étude des constitutions africaines post guerre froide ou issues de cette troisième vague de démocratisation<sup>18</sup> ne manque pas une certaine dose d'illusionnisme. Sans faire la fine bouche devant ces « succès ponctuels<sup>19</sup> », l'on doit toutefois reconnaître la persistance d'une effectivité<sup>20</sup> inconstante et une certaine constance dans l'ineffectivité<sup>21</sup> du constitutionnalisme au sud du Sahara.

Les exemples déjà multiples se multiplient. Ici, c'est toute la constitution qui est suspendue après avoir été minorée et ignorée comme au Tchad après le décès du maréchal-président Idriss Déby Itno<sup>22</sup> ou en Guinée après le renversement du président Alpha Condé<sup>23</sup>.

<sup>13</sup> Cité par GARDE (F.), « La Constitution des Auckland », *RFDC*, n° 93, 2013/1, pp. 3-10.

<sup>14</sup> « Nous vivons à l'époque de la légitimité démocratique ». Selon les Pr Mélin-Soucramanien et Pactet, « la démocratie pluraliste libérale est la forme classique pratiquée à partir de la seconde moitié du XIXe siècle dans toutes les grandes sociétés industrielles occidentales et depuis lors largement diffusées dans le monde » (*Droit constitutionnel*, 32<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 77).

<sup>15</sup> KENFACK TEMFACK (E.), *Le pouvoir constituant au Cameroun*, Thèse de Doctorat/Ph.D. en droit public, Université de Douala, 2012, 650 p.

<sup>16</sup> ARDANT (Ph.) et MATHIEU (B.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2019, p. 80.

<sup>17</sup> KAMTO (M.), « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *Revue juridique africaine*, 1995, p. 7.

<sup>18</sup> HUNTINGTON (S.), *The Third Wave., Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991, 369 p.

<sup>19</sup> DOSSO (K.), *op. cit.*, p. 61.

<sup>20</sup> RANGEON (F.), *L'effectivité du droit*, disponible en ligne sur <https://www.u-picardie.fr>, consulté le 14 septembre 2022.

<sup>21</sup> MATALA-TALA (L.), « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne », *Civitas Europa*, n° 31, 2013/2, pp. 239-260 ; CARBONNIER (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année Sociologique* (1940/1948-), vol. 9, 1957, pp. 3-17, disponible en ligne sur [www.jstor.org/stable/27885502](http://www.jstor.org/stable/27885502), consulté le 5 novembre 2022.

<sup>22</sup> Après son décès suites à des blessures reçues au front le 20 avril 2021, un Conseil de transition a été mis en place avec à sa tête le fils du défunt président, en lieu et place de l'intérim prévu par l'article 81 de la Constitution du 04 mai 2018.

<sup>23</sup> Le 5 septembre 2021, le Groupement des forces spéciales, unité d'élite de l'armée guinéenne sous l'autorité du lieutenant-colonel Mamady Doumbouya s'emparait du pouvoir à Conakry en renversant le président élu Alpha Condé. Une charte de transition octroyée par le CNRD est entrée en vigueur le 28 septembre 2021. Elle remplace la loi fondamentale suspendue depuis l'arrivée au pouvoir de la junte.

Là, elle est concurrencée comme au Mali avec la Charte de la transition du 1<sup>er</sup> octobre 2020<sup>24</sup>, octroyée par la junte après le coup d'État d'août 2020 ou au Burkina après le renversement de Roch Marc Kaboré<sup>25</sup>. Ailleurs encore, ce sont certaines dispositions constitutionnelles qui sont soit paralysées, soit empêchées de produire tout effet juridique, comme la désignation du vice-président en Côte d'Ivoire, poste resté vacant de juillet 2020 à avril 2022<sup>26</sup>. Fort de tout ce qui précède il faut se demander avec le professeur Frédéric Joël Aïvo si l'on n'est pas entré dans une période de « crise de la normativité de la constitution en Afrique<sup>27</sup> » ?

Qu'il s'agisse de « fausses normes<sup>28</sup> », de « droit à l'état gazeux »<sup>29</sup> ou de « droit souple<sup>30</sup> » l'on doit reconnaître que les textes constitutionnels des États d'Afrique noire francophone font une part considérable à des dispositions dont l'a-normativité amplifie l'incertitude du processus d'édification de l'État de droit et de la démocratie constitutionnelle. Ce faisant, elles embrayent sur le débat toujours d'actualité de l'écriture des constitutions<sup>31</sup> en Afrique. À quoi servirait-il en effet de graver dans le marbre des lois qui demeureraient lettre-morte<sup>32</sup> ? Pour le plaisir et l'apparence. Constitutionnalisme du faste, il se manifeste par l'inapplicabilité et l'inapplication de certaines dispositions de la Constitution. Alors que la première est la conséquence d'un « défaut de normativité<sup>33</sup> », la seconde tire ses causes d'une application sélective<sup>34</sup> opérée par les acteurs de la mise en œuvre de la loi fondamentale. Or, « une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais (...) n'est pas reconnue comme

<sup>24</sup> Selon ses termes : « en cas de contrariété entre les dispositions de la présente charte de la transition et de la constitution du 25 février 1992, les dispositions de la présente charte s'appliquent » (art. 25 al.1)

<sup>25</sup> Sous la conduite du Lt-Colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba, le Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration a pris le pouvoir le 24 janvier 2022. La suspension de la constitution est levée une semaine plus tard. Mais la junte s'est donné un « acte fondamental » de 37 articles, qui complète la constitution pour la période de la transition.

<sup>26</sup> La loi fondamentale, promulguée le 8 novembre 2016, prévoyait que le vice-président est élu en même temps que le président. Étant en cours de mandat une disposition transitoire a permis au président de procéder par la nomination. Dans le sillage de sa non candidature à la présidentielle de 2020, Alassane Ouattara avait initié une révision constitutionnelle qui entérine la nomination et non plus l'élection du vice-président. Depuis la démission de Daniel Kablan Duncan le 8 juillet 2020, le poste est resté vacant jusqu'à la nomination le 19 avril de Tiémoko Meyliet Koné.

<sup>27</sup> AÏVO (F. J.), « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, p. 141 sq.

<sup>28</sup> TETANG (F.P.), « La normativité des préambules des constitutions des États africains d'expression française », *Revue française de droit constitutionnel*, n°104, 2015/4, p. 955.

<sup>29</sup> L'expression est de Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation lors de son propos introductif à la conférence « Déontologie et concurrence » le 21 juin 2007.

<sup>30</sup> MAGNON (X.), « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC*, n° 120, [2019/4](#), pp. 949-966 ; PAILLER (P.) et al., *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims, ÉPURE, 2017, 274 p.

<sup>31</sup> AMYE ELOUMA (L.), *L'écriture des constitutions au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Yaoundé 2 Soa, 2017, 614 p.

<sup>32</sup> JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 95.

<sup>33</sup> ROUSSEAU (D.) et al., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2016, p. 121.

<sup>34</sup> EWANE BITEG (A. G.), « L'application de la constitution du 18 janvier 1996 » in OLINGA (A. D.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun 25 ans après*, Yaoundé, Afrédit, 2021, pp. 171-202.

une norme juridique objectivement valable. Un minimum d'efficacité est donc une condition de validité des normes juridiques<sup>35</sup> ».

La règle de droit se distingue, parmi les règles de conduite humaine<sup>36</sup>, par son caractère obligatoire. Elle est une norme au sens kelsenien d'une « prescription qui formule le comportement qui doit être observé<sup>37</sup> ». Il s'en suit que « l'exigence de normativité<sup>38</sup> » est le critère irréductible de la règle de droit. Consécutive à cette qualité, l'obéissance à la norme peut être réclamée au besoin par la contrainte. Pierre Mazeau rappelait fort à propos que « la loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde : elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits<sup>39</sup> ». Dans le processus de juridicisation de la Constitution<sup>40</sup>, le constitutionnalisme d'apparat est un empêchement dirimant. Il ferait obstacle à l'entreprise de la justice constitutionnelle, dont l'objectif, selon Charles Eisenmann, est de faire de la Constitution un corps de règles obligatoires<sup>41</sup>. Il affecterait de façon significative le comportement des acteurs de la mise en œuvre de la constitution, qui auraient tantôt des obligations, tantôt des suggestions. Il déformerait la structure de la Constitution, en en faisant un édifice instable<sup>42</sup>, parce que constitué d'un mélange de dur et de mou. En ce sens, il nous faut reconnaître avec Mazamesso WELLA que « la mise en sommeil, parfois délibérément, de certaines dispositions [de la constitution] peut engendrer un déséquilibre et un dysfonctionnement institutionnel<sup>43</sup> » Il transformerait enfin la nature même de la Constitution, qui cesserait d'être ce corps de règles obligatoires, pour devenir un assemblage disparate d'énoncés de nature plus ou moins juridique, ou tout simplement « de l'encre sur du papier<sup>44</sup> ».

<sup>35</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 15.

<sup>36</sup> ROUVIERE (F.), « La distinction des normes juridiques et des normes morales : un point de vue constructiviste », *Les Cahiers de droit*, Vol. 59, n° 1, 2018, pp. 261-283

<sup>37</sup> AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Puf, 2016, p. 78.

<sup>38</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2007. (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/n-est-pas-normatif-qui-peut-l-exigence-de-normativite-dans-la-jurisprudence-du-conseil>, consulté le 26 mai 2022).

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> ZAMBO ZAMBO (D. J.), « Constitution et droit transitoire au Cameroun : Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit camerounais », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 68, n° 3, 2016, pp. 775-807.

<sup>41</sup> EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Marseille, PUAM, 1986, p. 22.

<sup>42</sup> HOURQUEBIE (F.), « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique » disponible en ligne sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-de-l-afrique>, consulté le 03 avril 2022.

<sup>43</sup> WELLA (M.), « Les dispositions inappliquées des constitutions africaines », *Vénégré : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, décembre 2022, p. 1.

<sup>44</sup> K. DOSSO (K.), *op. cit.*, p. 60.

Ce symptôme du « désespoir d'un droit constitutionnel terrassé<sup>45</sup> », rappelle bien que la revanche du droit sur le politique n'est pas encore actée<sup>46</sup> dans le constitutionnalisme africain.

Postuler la réalité d'un constitutionnalisme d'apparat c'est contester la thèse de l'objectivité du droit : la constitution ne serait ni le projet de société globale idéale, non plus l'idée de droit triomphante dans la société (si oui celle du détenteur du pouvoir constituant). Dans ces États balkanisés la constitution est très souvent le référentiel commun ultime, car « bien souvent, les citoyens d'un même État n'ont en commun ni l'appartenance ethnique, ni la langue, ni la religion, ni les valeurs, mais seulement le fait d'être soumis à la même constitution et ainsi de jouir des mêmes garanties et des mêmes droits fondamentaux<sup>47</sup> Soutenir l'existence d'un constitutionnalisme d'apparat c'est nécessairement limiter la thèse de l'effectivité de la règle de droit par le seul mécanisme de sa promulgation, comme l'affirment les défenseurs du positivisme normativisme. Nous ne pouvons construire notre raisonnement qu'en nous éloignant de ce dogmatisme juridique, qui fait reposer toute la juridicité sur la seule positivité. Nous devons nous défaire de tout positivisme aride qui assimilerait la règle de droit à un don de Dieu, pour nous abreuver aux sources du positivisme sociologique de Duguit. Dans cette perspective le socle épistémologique de cette étude se densifie, au sens où « les juristes ne peuvent se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un formalisme desséchant, ignorant tout des enjeux dont la norme juridique est porteuse<sup>48</sup>».

Après l'euphorie du vent de reconstitutionnalisation qui aurait notamment sorti le Parlement de son recueillement muet<sup>49</sup>, l'on constate que l'ère des constitutions faites pour durer n'est pas encore arrivée et que la démocratie tant espérée se résume ailleurs en un simple pluralisme politique. S'appuyant sur une Constitution qui n'est pas toujours encore l'expression du génie propre, mais la recherche d'un équilibre instable entre autorité et liberté, démocratie et pouvoir personnel<sup>50</sup>. Cette étude ambitionne par conséquent de démontrer une nécessité

<sup>45</sup> KPODAR (A.), « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone » in AÏVO (F. J.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'harmattan, 2014, p. 96.

<sup>46</sup> LAVROFF (D.-G.), « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la Ve République », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 23-46.

<sup>47</sup> HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 49.

<sup>48</sup> CHEVALLIER (J.), « Pour une sociologie du droit constitutionnel » in DE BECHILLON (D.) et al., *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 283.

<sup>49</sup> DOSSO (K.), *op. cit.*, p. 65.

<sup>50</sup> KENFACK TEMFACK (É.), « L'état du Droit en Afrique : mots et maux de la constitution », *Revue africaine des Sciences juridiques*, n° 2, Université de Yaoundé 2 Soa, novembre 2016, pp. 271-301.

objective de la réforme des Constitutions en Afrique, en ce qu'elle n'affecterait pas sa stabilité<sup>51</sup> mais pourrait contribuer à faire réellement exister un État de droit qui se réduit parfois à des pétitions de principes. Adapter la Constitution à l'idée de droit changeante de la société ne saurait se réduire à des réformes qui, ayant ont pour seule finalité la consolidation du pouvoir présidentiel, « dénature l'idée de droit contenue dans la [notion] constitution<sup>52</sup> ». La réforme de la loi fondamentale devrait aussi consister à la dépouiller des dispositions qui la surchargent inutilement, diluant le projet social dans la poursuite d'un paraitre, qui conditionne trop souvent l'aide des partenaires bilatéraux ou des institutions financières internationales<sup>53</sup>. Dès lors se pose le problème de leur identification.

Donner un contenu au constitutionnalisme d'apparat n'est pas loin d'une sinécure ; certaines dispositions constitutionnelles ne présentant d'utilité que de façon très épisodique ou sporadique, le risque de conclure à une inapplication n'est pas à écarter. Quoique l'exégèse offre l'avantage de saisir la signification de la règle, elle ne permet pas « *in abstracto* de résoudre la difficulté d'une objectivation du contenu de la juridicité ou de la normativité<sup>54</sup> ». La règle de droit n'est pas neutre, et même recèle d'énormes enjeux quant elle porte sur l'encadrement des phénomènes politiques. Pour cela nous devons faire recours à la génétique, en ce qu'elle intéresse l'origine historico-politique de la norme. En effet, « le phénomène juridique ne peut être saisi sans que soit prise en compte sa dimension sociale et politique, à travers l'étude de sa genèse et de l'influence qu'il exerce sur la société, ainsi que du champ formé par les individus, les groupes, les institutions qui gravitent autour du droit<sup>55</sup> ». Partant de là, on peut affirmer que l'avènement d'un constitutionnalisme d'apparat procède de la contrainte exercée sur le pouvoir d'improvisation des constitutions en Afrique de fonder l'État sur les piliers que sont l'État de droit, la démocratie et la bonne gouvernance. Réclamant une certaine universalité, ils feraient partie de ce que le professeur Luc Sindjoun appelle « le

<sup>51</sup> NDIAYE (M.), « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXXIII, 2017, pp. 667-688.

<sup>52</sup> A. KPODAR (A.), *op. cit.*, p. 98.

<sup>53</sup> *La conditionnalité dans la coopération internationale*, UNESCO Bureau de Yaoundé, Centre d'études et de recherche en droit international et communautaire (Cameroon), Università degli Studi di Bergamo (Italy), 2004, 132 p.

<sup>54</sup> OUEDRAOGO (A.), « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, Vol. 26, n° 1, 2013, p. 158.

<sup>55</sup> CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 281.

patrimoine constitutionnel commun<sup>56</sup> », sorte de *hard law*<sup>57</sup> que chaque État doit réceptionner, c'est-à-dire traduire en norme de droit interne et, le plus souvent, en norme constitutionnelle.

La mise en œuvre de l'État libéral ou de l'État de droit en Afrique est marquée par l'insertion dans les constitutions de dispositions dont la faible, le défaut ou l'absence totale de normativité en font un constitutionnalisme du faste, de l'apparence, du décorum, ou tout simplement de l'apparat. Il ne s'agit donc pas d'une « échelle de normativité », au sens où « certaines normes [...] ont une charge ou une intensité de juridicité plus lourde que d'autres<sup>58</sup> ». Aggravée par la technique de l'application sélective, selon laquelle « les organes politiques d'application de la constitution dans le temps choisissent les dispositions constitutionnelles qui leur sont favorables et minorent celles qui tendent vers la consolidation de la démocratie et de l'État de droit<sup>59</sup> », l'on aboutit une fois de plus à la crise de l'effectivité du droit en Afrique. *Nolens volens*, l'analyse des constitutions des États d'Afrique noire francophone autorise de distinguer entre les dispositions constitutionnelles nées mortes (I) et les dispositions constitutionnelles mortes nées (II).

## I- LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES NEES MORTES

Les dispositions constitutionnelles affectées de morbidité sont celles qui ne contraignent plus les acteurs de la mise en œuvre de la Constitution, alors même qu'elles sont en vigueur. Cette mort<sup>60</sup> est due à des causes que nous qualifieront de naturelles (A) ; pour d'autres, cette mort est provoquée (B).

### A- Les normes en vigueur mortes de cause naturelle<sup>61</sup>

<sup>56</sup> SINDJOUN (L.), *La formation du patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques, Éléments pour une théorie de la civilisation politique internationale*, Dakar, CODESRIA, 1998, 72 p.

<sup>57</sup> WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international public*, T. LXXXVI, 1982, p. 7.

<sup>58</sup> KPODAR (A.), « L'échelle de normativité du droit international public », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 12-13 (3), 2011-2012, p. 138.

<sup>59</sup> BIKORO (J.-M.), *Le temps en droit constitutionnel africain. Le cas des États africains d'expression française*, Thèse de doctorat en droit public comparé, Université de Yaoundé 2 Soa, 2018, p. 319.

<sup>60</sup> Sur l'encadrement de la mort par le droit : D'ESTIENNE (J. M.), *L'État et la mort*, Paris, LGDJ, 2016 ; CHARTIER-BRASSET (C.), *La mort et le droit*, Thèse de doctorat en Droit privé, Université de Rouen, 2012 ; FROGER (B.), « La mort et le droit », *Revue Empan*, n° 97, 2015/1, pp. 39-43.

<sup>61</sup> La mort de cause naturelle est physiologique ou organique, alors que la mort civile est un processus juridique par lequel est enlevé à un individu vivant le statut de sujet de droit. Pour Bérengère Froger « La mort est l'ultime séquence de la vie juridique, l'anéantissement de la personnalité juridique, titulaire de droits et obligations. Elle est la dissolution des liens personnels et la dévolution patrimoniale. Le mort demeure une personne mais il se trouve que cette personne n'est plus que la dépouille mortelle au sens le plus profond du mot "inanimé". Elle est "dépouillée" de la vie charnelle (donc plus un sujet de droit) [...] Le mort est la dépouille mortelle du vivant : une personne par son état mais qui n'est plus sujet de droit, actif en tout cas. La mort ôte et/ou transfère les attributs de la personnalité juridique. En conséquence, il n'existe plus de droits attachés à la personne décédée » (p. 97).

Cette mort est consécutive d'une part à la disparition de la situation que la règle constitutionnelle devait régir, d'autre part à l'arrivée du terme fixé par le constituant. Ce sont principalement les dispositions transitoires<sup>62</sup>.

Page | 562

Elles sont une catégorie normative importante, non seulement du fait de leur caractère incontournable lors de la rédaction d'une Constitution, mais aussi de leur volume<sup>63</sup>. La qualification même de ces dispositions oblige à engager le moment venu la procédure de leur sortie de vigueur. Étymologiquement la transition signifie « un passage vers ». Une fois que le passage a été réalisé, elles perdent de leur normativité, et leur maintien dans le corpus constitutionnel est désormais superflu. En plus d'assurer la succession des lois dans le temps, les dispositions transitoires sont destinées à assurer une certaine continuité des fonctions de l'État, en cas de révolution institutionnelle ou de création de nouvelles institutions<sup>64</sup>. Dans d'autres cas elles servent à mettre en œuvre différents objectifs de pouvoir, notamment rendre obligatoire une solution de sortie de crise politique<sup>65</sup> ou le maintien d'un constitutionnalisme autoritaire à l'intérieur d'un constitutionnalisme libéral. Dans cette dernière hypothèse elles constituent une force de résistance au changement et, en définitive, permettent de conserver le pouvoir en situation de légitimation. Ailleurs, il s'agit de retarder l'avènement d'une véritable démocratie et l'établissement d'un État de droit, en ralentissant la mise en place d'institutions ayant vocation à en constituer les piliers ou à y concourir. Dans le pire des cas, les dispositions transitoires ont servi à supplanter la démocratie par un simple pluralisme politique, voire de fournir au Gouvernant la justification légale d'une inaction<sup>66</sup> préjudiciable à l'avènement de la nouvelle société politique libérale, réclamée par les acteurs politiques et le peuple<sup>67</sup>. Parfois encore les dispositions transitoires intéressent le processus d'entrée en vigueur de la nouvelle constitution : elle détermine alors son mode d'adoption et fixe le délai imparti au chef de l'État pour la promulguer<sup>68</sup>. Si la pertinence d'une telle disposition se justifie par le souci d'asseoir

<sup>62</sup> CARTIER (E.), « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 71, 2007/3, pp. 513-534.

<sup>63</sup> On peut citer l'exemple de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 dont le Titre XVI consacré aux dispositions transitoires et finales contient 5 chapitres ; la Constitution de la RDC du 18 février 2006 y consacre neuf articles ; alors que le constituant nigérien du 25 novembre 2010 n'en a prévu que sept.

<sup>64</sup> C'est notamment le cas de l'exercice de l'entière du pouvoir législatif par l'Assemblée Nationale en attendant la mise en place du Sénat au Cameroun comme en dispose l'article 67 al. 4.

<sup>65</sup> KOMLAN (K. K.), *Les petites constitutions en Afrique : essai de réflexion à partir des exemples de la Côte d'Ivoire, de la RDC, de la Tunisie et du Togo*, Mémoire Master 2, Université de Lomé, 2015.

<sup>66</sup> Le Sénat, le Conseil constitutionnel et les Régions prévues par la Constitution du 18 janvier 1996 ont été mis en place pour le premier en 2013, le deuxième en 2018 et le troisième en 2020. À la différence du Cameroun, où l'on a pris plus de vingt ans pour faire exister toutes les institutions créées par la constitution de 1996, l'article 189 al. 2 de la Constitution du Congo dispose que « l'installation effective de toutes les institutions prévues par la présente Constitution a lieu, au maximum, douze mois après son approbation par voie référendaire ».

<sup>67</sup> VAN DE WALLE (N.), « Démocratisation en Afrique : un bilan critique » in GAZIBO (M.) et THIRIOT (C.), *Le politique en Afrique. État des débats et pistes de recherche*, Paris, Karthala, 2009, pp. 133-163.

<sup>68</sup> Art. 157 al. 1 (Bénin) ; art. 120 (Mali) ; art. 159 (RCA) ; art. 194 (Rwanda).

rapidement le pouvoir et son exercice sur son fondement juridique, elle ne présente plus aucune utilité une fois la constitution en vigueur.

S'inquiétant des effets de ce « droit constitutionnel transitoire<sup>69</sup> », une partie de la doctrine fait valoir qu'il entretient la positivité des dispositions d'une constitution abrogée. On serait ainsi dans un contexte de « double constitution », au sens où « pendant une période limitée, deux Constitutions continuent de produire des effets dans un même ordre juridique<sup>70</sup> ». Mais l'idée de survie de l'ancienne constitution<sup>71</sup>, entièrement fondée sur les dispositions transitoires, est spéculative. L'effondrement de l'ordre juridique et politique ancien par le fait de l'avènement d'une nouvelle constitution relève de la *doxa*. Aussi, toute institution qui y survie l'est par la seule volonté de la nouvelle constitution, qui lui donne, par le fait des dispositions transitoires, son nouveau fondement juridique. Autrement dit, la légitimité du chef de l'État qui reste en fonction ou des députés qui continuent leur mandat ne réside plus dans leur élection sous l'empire de l'ancienne Constitution, mais dans la disposition transitoire de la nouvelle Constitution « afin de répondre au besoin de légitimation du pouvoir<sup>72</sup> ». Au surplus, même dans le cadre d'une révolution, l'idée de table rase du passé ne saurait inférer un abandon même des acquis car, même si une constitution s'édifie sur des bases juridiques neuves, elle n'est cependant pas « synonyme de révolution [car] l'imitation ou la conservation garde sa place<sup>73</sup> ». Aussi, dans l'hypothèse de création d'institutions nouvelles - au sens où elles n'existaient même pas sous l'ancienne constitution - le temps de leur mise en place justifie l'aménagement d'une période transitoire. Elle s'explique par les nécessités de la permanence et de la continuité de l'État. L'on se saurait faire valoir que les lois ne peuvent pas encore être votées parce que les nouvelles institutions ne sont pas encore mises en place. Ceci expliquant cela, la conservation de telles dispositions dans la Constitution est dès lors problématique.

## B- Les dispositions constitutionnelles mortes par provocation

<sup>69</sup> L'expression est de MANANGO (V. R.), « "Un État, deux Constitutions " : Analyse des dispositions transitoires de la Constitution congolaise du 6 novembre 2015 », *Recht in Afrika*, n° 19, 2016, p. 65. Lire aussi avec intérêt : CARTIER (E.), « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC* n° 71, 2007/3, p. 513-534 ; ZIBI (P.), « Le droit transitoire constitutionnel en République centrafricaine », *RFDC*, n° 121, 2020, pp. E43-E67 ; ZAKI (M.), « Petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 128, 2012 ; GADHOUN (P. Y.), « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, n° 1, 2016. (<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02138546> consulté le 05 juin 2022).

<sup>70</sup> MANANGO (V. R.), *op. cit.*, p.64.

<sup>71</sup> ONDOA (M.), « La Constitution duale : recherches sur les dispositions constitutionnelles transitoires au Cameroun », *Revue africaine de sciences juridiques*, n° 2, 2002, pp. 20-56.

<sup>72</sup> GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-É.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 33<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2019, p. 245.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 233.

La mort provoquée est celle qui résulte de l'inaction des acteurs de la mise en œuvre de la constitution. Philippe Jestaz rappelle-t-il que, « le droit ne vaut que par son application pratique<sup>74</sup> ». Si « la non-application d'une disposition constitutionnelle n'emporte pas sa désuétude<sup>75</sup> », il faut encore que cette non-application ne soit pas la conséquence d'un constitutionnalisme sélectif. La pratique du constitutionnalisme sélectif ou l'application discriminatoire de la Constitution a notamment pour conséquence de faire tomber dans la caducité les dispositions non sollicitées. Dans cette catégorie, on classe l'initiative parlementaire des lois et le contrôle de l'action du Gouvernement par pouvoir législatif.

Pour Pellegrino Rossi « demander à qui doit être confiée l'initiative, c'est demander qui connaît le mieux les besoins du pays, ses besoins matériels et moraux, ses instincts, son but, son avenir et qui offre le plus de garantie pour cette œuvre si grande, pour cette sorte de sacerdoce social<sup>76</sup> ». Dans les pays d'Afrique noire francophone, le partage théorique de l'initiative des lois entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif<sup>77</sup> contraste en pratique avec son exercice exclusif par le premier. Cette exclusivité s'expliquerait : « Le gouvernement est celui qui détermine et conduit la politique de la Nation et mieux que les députés, il ressent souvent le besoin des lois d'application de son programme, de sa politique par la conception des projets de lois. Les parlementaires, au contraire, [...] n'ont pas comme le Gouvernement, l'approche globale des attentes du pays tout entier et les contraintes des politiques économiques et sociales<sup>78</sup> ». Moyen principal de gouvernement, la loi a fait l'objet de luttes pour le droit d'en être l'auteur. Or puisque la coïncidence des majorités emporte comme conséquence en Afrique noire que la loi initiée n'est pas différente dans le fond de la loi votée, le monopole de l'initiative des lois par un pouvoir autre que l'Exécutif. Somali Kossi relève fort opportunément que le monopole de l'initiative des lois, par le pouvoir exécutif « a vidé les dispositions constitutionnelles de toute substance, faisant du partage de l'initiative des lois plus une clause de style qu'une réalité constitutionnelle<sup>79</sup> ». Progressivement devenu une simple « chambre d'enregistrement » le Parlement s'est recroquevillé dans un droit d'amendement, dont il se vante d'en faire un usage aussi valorisant<sup>80</sup> que celui d'être à l'origine du déclenchement de la procédure d'adoption des lois.

<sup>74</sup> JESTAZ (Ph.), *op. cit.*, p. 95.

<sup>75</sup> GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-É.), *op. cit.*, p. 245.

<sup>76</sup> Cité par KOSSI (S.), *Le parlement dans le nouveau constitutionalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo*, Thèse, Université de Lille 2, 2008, p. 254.

<sup>77</sup> Cameroun (art. 25), Congo (art. 143) ; Côte d'Ivoire (art. 74), Bénin (art. 57) ; Niger (art. 109).

<sup>78</sup> KOSSI (S.), *op. cit.*, p. 254.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>80</sup> ABIABAG (I.), « Le droit d'amendement dans le droit parlementaire camerounais », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Douala, n°1, 2002, pp. 43-65.

« Pilier de l'État de droit » la fonction de contrôle de l'exécutif<sup>81</sup> traduirait l'essence même du Parlement, en ce qu'elle « rend effective la mission de représentation du Parlement en permettant de vérifier que le gouvernement agit conformément aux objectifs qui lui sont assignés par la majorité des citoyens »<sup>82</sup>. John Stuart Mills fait-il le constat selon lequel « le véritable office d'une assemblée représentative [est] bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière toutes ces actions, d'en exiger l'exposé et la justification, quand ces actes paraissent contestables, de les blâmer s'ils sont condamnables, de chasser de leur emploi les hommes qui composent le gouvernement s'ils abusent de leur charge ou s'ils la remplissent d'une façon contraire à la volonté expresse de la nation<sup>83</sup> ». Cet héritage de l'histoire politique et constitutionnelle britannique<sup>84</sup> doit cependant être relativisé : l'avènement d'un pouvoir législatif est lié à l'utilité de faire la loi<sup>85</sup> et non de contrôler. Dans le contexte de l'Afrique noire francophone, où « adopter une organisation constitutionnelle calquée sur le modèle occidental [...] permettait d'établir un nouvel ordre de légitimité qui excluait le pouvoir des anciens chefs traditionnels<sup>86</sup>. Partant de là l'inapplication de cette norme se fonde simplement sur la reproduction du modèle. Comme un élève qui a bien appris sa leçon, le constituant aura simplement repris une règle a gouverné son rapport à cette nouvelle forme d'organisation sociétale importée. Que ce soit en AOF ou en AEF, la mise en place des organes de nature législative visait exclusivement à faire participer les populations à la gestion de leurs affaires propres<sup>87</sup>. Aussi, ces assemblées locales, qui étaient simplement consultatives, n'avaient aucune attribution politique<sup>88</sup> et, même, étaient interdites d'aborder toute question politique<sup>89</sup> jusqu'en 1956<sup>90</sup>.

<sup>81</sup> THIERS (É.), « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, n°134, 2010/3, p. 71.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>83</sup> Cité par LE DIVELLEC (A.), « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n°134, 2010/3, p. 126.

<sup>84</sup> Aux États-Unis, et plus généralement dans les régimes de type présidentiel qui s'en inspirent, la séparation des pouvoirs n'emporte pas la reconnaissance constitutionnelle d'un droit pour le pouvoir législatif de contrôler l'action de l'exécutif. Au surplus peut-il disposer des moyens de l'empêcher de devenir un super pouvoir ou un hyper pouvoir, mais pas celui de le surveiller voire de mettre fin à ses fonctions.

<sup>85</sup> SÄGESSER (C.), « Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », *Dossier du CRISP*, n° 87, 2016, pp. 9-71

<sup>86</sup> SOMALI (K.), *op. cit.*, p. 18.

<sup>87</sup> Plus tard, ils serviront à la préparation de l'élite à prendre la direction de l'État au départ du colon.

<sup>88</sup> L'assemblée de l'union française formée par les différents délégués de ces organes législatifs et des représentants de la métropole élus par l'Assemblée Nationale française n'avait elle aussi qu'un rôle purement consultatif

<sup>89</sup> TALL (M.), *Les parlements dans les États d'Afrique noire francophone: essai sur le Burkina Faso, la Côte-d'Ivoire, le Sénégal et le Togo*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Poitiers, 1986, p. 14.

<sup>90</sup> La « loi-cadre » adopté par le Parlement le 23 juin 1956 est une étape importante dans le processus d'émancipation des territoires coloniaux en Afrique française. Elle crée donc les conditions institutionnelles et politiques qui rendent effective l'autonomie de l'ensemble des territoires de l'AOF, de l'AEF et Madagascar. Ainsi sont établis de nouveaux statuts pour les territoires de la France d'outre-mer, suite à une décentralisation des pouvoirs de la métropole vers les territoires, ainsi que des mesures de déconcentration administrative accompagnant l'extension des compétences des assemblées territoriales. V. TURPIN (F.), « 1958, la Communauté

L'ère des partis uniques, magnifiée par un « présidentielisme monolithique », a démontré l'inutilité d'une fonction de contrôle qui, se réduisant à la ritualisation des fameuses questions aux membres du Gouvernement, a « laminé [...] la responsabilité ministérielle<sup>91</sup> ». Bien que le retour au multipartisme ait apporté une certaine revitalisation du Parlement, il n'a provoqué ni rupture ni révolution. Les réflexes de l'ère du monolithisme demeurent vivaces. De fait, alors que le contrôle sans mise en cause reste d'actualité, le contrôle avec sanction prend place dans le musée des contemplations du droit<sup>92</sup>. Dans un environnement post guerre froide de démocratie majoritaire, la fonction de contrôle du Parlement ne trouve plus aucune pertinence<sup>93</sup> ; elle laisse s'installer une véritable « irresponsabilité de fait<sup>94</sup> ». Ici comme ailleurs, le contrôle de l'action du Gouvernement relève d'un autre âge. Il entretient le mythe de la séparation et de l'indépendance du pouvoir législatif par rapport pouvoir exécutif. D'où l'impossibilité de voir actionnée une procédure visant à sanctionner le Gouvernement par des membres d'un Parlement qui se considèrent comme « député[s] du président de la République<sup>95</sup> ». En ce sens, la fin des partis uniques n'aura aucunement affecté la pratique ancienne, puisque la responsabilité politique de l'exécutif reste « ligotée et écrasée par l'omnipotence présidentielle<sup>96</sup> ». Au final, le Parlement devenu « la chambre d'enregistrement des décisions du parti<sup>97</sup> » se retrouve dans le rôle de « maintenir le Gouvernement au pouvoir en l'aidant à réaliser son programme<sup>98</sup> ». Sous ce considérant, toute action visant à mettre le Gouvernement en difficulté ou à provoquer sa démission apparaît comme une anomalie ou une anormalité. Dans l'achèvement de la construction du mythe du contrôle parlementaire de l'exécutif, la faiblesse numérique de l'opposition condamne au silence de l'observateur ou à la politique de la chaise vide. La réalité foudroyante n'est cependant pas surprenante : l'impossibilité pratique de provoquer un contrôle juridictionnel de la politique législative du

---

franco-africaine : un projet de puissance entre héritage de la IV<sup>e</sup> République et conceptions gaulliennes », *Outre-mers*, Tome 95, n° 358-359, 2008, pp. 45-58.

<sup>91</sup> ONDO (T.), « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », p. 979, disponible en ligne sur [http://www.parlements.org/publications/congres\\_CIHAE\\_2006\\_Telesphore\\_Ondo.pdf](http://www.parlements.org/publications/congres_CIHAE_2006_Telesphore_Ondo.pdf), consulté le 02 mars 2023.

<sup>92</sup> DE NANTOIS (Ch.), « Les questions écrites à la chambre des Communes et au Bundestag : un élément important de l'activité quotidienne des députés aux effets politiques limités », *Civitas Europa*, n°46, 2021/1, pp. 65-82.

<sup>93</sup> VANDENDRIESSCHE (X.), « Le Parlement entre déclin et modernité », *Pouvoirs*, n° 99, p. 64.

<sup>94</sup> BIDÉGARAY (Ch.), « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du "jardin des délices démocratiques" », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 9.

<sup>95</sup> THIAM (Kh.), *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'État de droit en Afrique francophone*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2018, p. 199.

<sup>96</sup> ONDO (T.), *Le droit parlementaire gabonais*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 223.

<sup>97</sup> CHAGNOLLAUD DE SABOURET (D.), *op. cit.*, p. 280.

<sup>98</sup> LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 557.

Gouvernement est la preuve lancinante « d'une espérance évanouie<sup>99</sup> » ou d'un « détournement d'institution<sup>100</sup> ».

La mort qui frappe ainsi à un moment de l'existence de la constitution certaines de ses dispositions, fait écho à celle qui a mis en léthargie depuis leur venue au monde d'autres pans de la loi fondamentale : ce sont les dispositions constitutionnelles mortes-nées.

## II-LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES MORTES-NEES

Elles se caractérisent par l'impossibilité congénitale ou intrinsèque à être utilisées ou mises en œuvre. La détermination des conditions de cessation de vie de ces dispositions emprunte aux différentes hypothèses discursives de la médecine sur la mort<sup>101</sup>. Sous ce prisme, on distingue les dispositions constitutionnelles mortes nées par nature (A) et les dispositions constitutionnelles mortes nées par destination (B).

### A- Les dispositions constitutionnelles mortes nées par nature

Elles posent la problématique de l'utilité de la norme. Bernard Edelman confesse que « s'il est une chose de spécifique au droit et même consubstantiel, c'est bien qu'il est utile et j'entends par là qu'il résout les problèmes concrets<sup>102</sup> ». L'interdiction de réviser la forme républicaine de l'État ou du Gouvernement est l'expression de ce droit inutile.

La présence de cette interdiction dans les constitutions des États d'Afrique noire francophone est un effet de copiage<sup>103</sup>, qui peut être pour parer au plus pressé au moment des indépendances<sup>104</sup>, est aujourd'hui questionnable. Même s'il l'on convient avec Rudolf Von Ihering que « la réception d'institutions juridiques n'est pas une question de nationalité mais d'utilité et de besoin<sup>105</sup> », il n'en demeure pas moins que certaines règles « importé[e]s sont très généralement dénaturé[e]s, et parfois même, en décalage<sup>106</sup> » par rapport à l'environnement dans lequel elles doivent être appliquées. Plus simplement, ces dispositions sont sans prise sur

<sup>99</sup> NGANGO YOUNBI (É. M.), « Le nouveau Conseil constitutionnel camerounais : la grande désillusion », *RDP*, n°5, 2019, p. 1385.

<sup>100</sup> CORDIER – DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2010, 526 p.

<sup>101</sup> VERSPIEREN (P.), « Confusions et débats autour de la mort encéphalique », *Laennec*, n° 4, 2010, pp. 8-20.

<sup>102</sup> Cité par AKONO (Ch. J.), « Le Sénat dans le protocole de la République » in OLINGA (A. D.) *Le sénat au Cameroun. Regards croisés sur une institution*, Yaoundé, éd. CLE, 2016, p. 273.

<sup>103</sup> BOUTIN (Ch.), « Quelle influence constitutionnelle de la France en Afrique ? » in PASQUIET-BRIAND (T.), *Spicilegium Juris Politici Mélanges offerts à Philippe Lauvaux*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, pp. 169-184.

<sup>104</sup> MBAMBI (V. K.), (2005). « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 2005, pp. 315-338.

<sup>105</sup> Cité par NGANGO YOUNBI (É. M.), *op. cit.*, p. 1386.

<sup>106</sup> *Idem.*

la réalité, n'ayant aucun ancrage historique avec la société-réceptacle<sup>107</sup>, puisqu'il n'y a de droit que d'une société.

Empruntée au droit constitutionnel français, elle est le refus de restaurer un passé qui refuserait de s'éteindre. « La France est un vieux pays dont le fantôme monarchique est toujours présent » confessait le président Emmanuel Macron. En effet, la fin de la monarchie à la suite de la déposition de Louis XVI le 16 septembre 1792 et son exécution le 21 janvier n'aura pas empêché son rétablissement entre 1814 et 1848. Cependant c'est seulement avec la loi du 14 août 1884 que l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement apparaît pour la première fois dans le droit positif français, et sonne le glas de la royauté. Ainsi, on admet que « la question de la forme républicaine est posée depuis 1792 et le pays a progressivement marché vers sa réalisation ». Pour Matthieu Bertozzo, « l'un des objectifs de la révolution fut de fixer les limites constitutionnelles à la monarchie millénaire sur laquelle le pays reposait ». Si l'acception contemporaine laisse entendre qu'il s'agit de la manière avec laquelle les gouvernants sont désignés, elle ne doit pas être détachée de sa signification originelle qui est le refus de retourner à la monarchie. En ce sens l'insertion de cette disposition en 1884 marque simplement « la victoire des républicains sur les monarchistes ». Ainsi l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine de l'État dans l'histoire constitutionnelle de la France est la préférence, à un moment donné de son histoire, pour telle forme de gouvernement qui se caractérise par « la suppression de toutes les fonctions gouvernementales héréditaires ».

À la différence de la France, l'insertion dans les Constitutions des États d'Afrique noire francophone à l'instar du Mali<sup>108</sup>, du Niger<sup>109</sup>, du Cameroun<sup>110</sup>, du Togo<sup>111</sup>, de la Côte d'Ivoire<sup>112</sup>, du Burkina Faso<sup>113</sup> et du Tchad<sup>114</sup> d'une disposition interdisant la modification de la forme républicaine de l'État est un anachronisme. Historiquement plusieurs Empires ou Royaumes ont dominé sur le continent africain. L'empire du Mali qui succéda à l'empire animiste du Ghana, couvrait dans ses temps de gloire le Delta intérieur du Niger, y compris Gao, le massif du Fouta-Djallon et le Sénégal jusqu'à l'Atlantique. Aux aurores des

<sup>107</sup> DROIN (N.), « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *RFDC*, n° 80, 2009, pp. 725-747.

<sup>108</sup> Art. 121.

<sup>109</sup> Art. 175.

<sup>110</sup> Art. 64.

<sup>111</sup> Art 144 al.5.

<sup>112</sup> Art. 178.

<sup>113</sup> Art. 165.

<sup>114</sup> Art. 223.

indépendances, la fédération du Mali proclamée le 17 janvier 1959<sup>115</sup> et territorialement différent, éclatait. La République du Mali proclamée le 22 septembre 1960 est un territoire encore plus réduit que le Royaume du même nom, où dominaient les Malinké, désormais éparpillés entre le Mali, la Guinée, le Sénégal, la Gambie, la Guinée-Bissau, la Côte d'Ivoire, la Sierra Leone et même le Libéria. Le Bénin, qui portait le nom Dahomey jusqu'en 1975, ne doit cependant pas être confondu avec le Royaume du grand Roi résistant Behanzin, qui ne couvrait à son apogée que les 4/5<sup>e</sup> de l'État béninois actuel. Cependant, les trajectoires suivies n'offre aucune variable explicative l'interdiction de modifier la forme républicaine de l'État.

L'État en Afrique procède sinon de l'universalité de l'étatisme<sup>116</sup>, du moins de l'imposition d'un modèle<sup>117</sup> ». Étant une forme étrangère d'organisation du pouvoir, il est nécessairement « un État exporté et implanté par les occidentaux<sup>118</sup>. Sa consécration en Afrique est consécutive au processus de décolonisation engagé dès 1956 avec l'indépendance du Soudan anglo-égyptien<sup>119</sup>, et la mise en œuvre de la politique dite des « zones d'influences »<sup>120</sup>. Ainsi se retrouve, dans une juxtaposition hétéroclite, un ensemble de Royaumes, qui continuent de survivre dans ces États<sup>121</sup>, avec une puissance réduite et compatible avec la souveraineté en République. Même en prenant en considération le bref épisode de la monarchie centrafricaine sous Bokassa<sup>122</sup>, l'interdiction de modifier la forme républicaine de l'État au sens du non-retour à la monarchie par sa réintroduction, apparaît comme une curiosité juridique.

Elle est d'autant plus curieuse que la naissance en Afrique du phénomène de succession dynastique à la tête de l'État<sup>123</sup>, sorte de forme contemporaine du dauphinat<sup>124</sup> « heurte ce sens

<sup>115</sup> Constituée du Sénégal, le Dahomey(Bénin), le Soudan français (Mali) et la Haute Volta (Burkina Faso).

<sup>116</sup> SINDJOUN (L.), *L'État ailleurs. Entre noyau dur et case vide*, Paris, Economica, 2002, p. 25.

<sup>117</sup> *Ibid*, p. 2.

<sup>118</sup> *Ibid*, p. 38.

<sup>119</sup> Suivra en 1957 le Ghana. Le 1<sup>er</sup> pays d'Afrique subsaharienne qui accède à la souveraineté internationale est la Guinée de Sékou Touré en 1958. En 1960 les pays de l'AEF et de l'AOF sous domination française obtiennent leur indépendance.

<sup>120</sup> Chacune des puissances contractantes peut revendiquer l'annexion de territoires occupés en reculant indéfiniment ses frontières jusqu'à ce qu'elles rencontrent une zone d'influence européenne voisine. Cette extension territoriale suppose une occupation effective et une notification immédiate des accords conclus avec les dirigeants autochtones aux autres puissances contractantes.

<sup>121</sup> ILLY (O.), « La chefferie traditionnelle dans les constitutions des États d'Afrique noire francophone », *Revue Burkinabé de droit*, n° 53, 2017, pp. 159-188.

<sup>122</sup> Suite au coup d'État du 31 décembre 1965, Jean Bedel Bokassa accède à la magistrature suprême en RCA. Président à vie en 1972 puis maréchal en 1974, il proclame l'Empire en 1976 et organise son « sacre napoléonien » le 4 décembre 1977. Cette parenthèse impériale s'achève le 20 septembre 1979. Alors que Bokassa I<sup>er</sup> est en visite en Libye, la France lance contre lui l'opération « Barracuda » et réinstalle l'ex-président David Dacko dans le siège de président de la République.

<sup>123</sup> MBODJ (El H.), *La succession du Chef d'État en droit constitutionnel africain (Analyse juridique et impact politique)*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Cheikh Anta Diop, 1991, 621 p.

<sup>124</sup> Sur le dauphinat et ses usages en Afrique noire post indépendance, lire : KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique, op. cit.*, pp. 458 et s., « Le dauphin constitutionnel dans les régimes politiques africains, (Cas du Cameroun et du Sénégal) », *Penant*, vol. 93, n° 781-782, 1983, pp. 256-282.

commun démocratique<sup>125</sup> tout en récusant pratiquement la République<sup>126</sup>. Alors que la forme républicaine exige notamment que les gouvernants élus ne le soient pas *ad vitam aeternam*, l'instauration pratique de la présidence à vie par le moyen des élections toujours remportées par le Gouvernant<sup>127</sup> paralyse toute entreprise d'alternance. À cause de cela l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'État vogue, tel un fantôme, dans ces États devenus pour quelques uns des Républiques monarchiques<sup>128</sup> ; sans passé quoique perpétuant le *requiem* des Empires ou Royaumes ancestraux aujourd'hui chefferies traditionnelles au sein de cette superstructure venue d'un autre monde. Elle ne rappelle rien ; repli identitaire dans des États multi-identitaires et donc sans identité. L'interdiction de modifier la forme républicaine de l'État n'a présentement aucune espérance de vitalité, maintenue dans cette inopérationalité par la pratique d'une sorte de « chefferie d'État<sup>129</sup> » dont l'exaspération contribue à perpétuer l'instabilité institutionnelle<sup>130</sup> dans certains États d'Afrique noire francophone.

### B- Les dispositions constitutionnelles mortes-nées par destination

Elle renvoie à des normes qui pour ce à quoi elles sont destinées n'auront pas à être mise en œuvre. Il en est ainsi de la consécration constitutionnelle d'une juridiction dont est justiciable le chef de l'État<sup>131</sup>, de la règlementation de la déclaration des biens et de la déclaration des droits.

La Haute Cour de Justice (HCJ) est dans le constitutionnalisme africain l'artifice de la République exemplaire<sup>132</sup>. On la retrouve au Congo<sup>133</sup>, au Cameroun<sup>134</sup>, au Sénégal<sup>135</sup>, au

<sup>125</sup> NJOYA (J.), « Parenté et politique en imbrication : la construction politico-juridique de la succession héréditaire », *Polis/R.C.S.P./C.P.S.R.*, Vol. 16, n° 1 et 2, 2009, p. 43.

<sup>126</sup> MOUANGUE KOBILA (J.), « La République. Le modèle républicain français à l'épreuve des défis du XXIème siècle », *Revue camerounaise de science politique*, n° 3, mars 2011, pp. 31-59.

<sup>127</sup> NAREY (O.) (dir.) ; *L'élection présidentielle*, Paris, L'Harmattan, 2020, 537 p.

<sup>128</sup> Par des tournures juridiques et autres machinations politiques, les dispositions relatives à la continuité de l'État ont été paralysées à la survenance de l'une des causes constitutionnellement consacrées. On a donc assisté dans des États comme le Togo, le Gabon, le Tchad, la RDC, les fils ont repris la tête de l'exécutif après le décès du père. Lire à titre indicatif : GNAMOU (D.), « La monarchisation des exécutifs en Afrique Francophone », *Solon, Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Vol.III, n° 16, 2017, pp. 339-370, DELANNOI (G.), « République monarchique et royauté élective », *Commentaire*, 2007/1, n° 117, pp. 141-146 ; DUVERGER (M.), *La monarchie républicaine – ou comment les démocraties se donnent des rois*, Paris, Robert Lafont, 1974, 284 p.

<sup>129</sup> L'expression est de Gérard Conac, cité par BADJI (M.), « Le chef d'État dans les régimes politiques africains : miroir des modes traditionnels d'exercice du pouvoir », *Revue droit sénégalais*, n° 9, 2010, p. 38.

<sup>130</sup> GUEYE (B.) et NDIAYE (S.), « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Revue droit sénégalais*, n° 10, 2011-2012, pp. 127-188.

<sup>131</sup> AÏVO (F. J.), *Le président de la République en Afrique noire francophone. Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo*, Thèse de Doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon III (France) et Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2006, 626 p.

<sup>132</sup> MASSINA (P.), « La responsabilité pénale du Chef de l'État africain, l'édifice se fissure », *Revue Burkinabé de droit*, n° 53, 2017, pp. 189-228.

<sup>133</sup> Titre X

<sup>134</sup> Titre VIII

<sup>135</sup> Titre X

Gabon<sup>136</sup>, au Burkina Faso<sup>137</sup>, en Côte d'Ivoire<sup>138</sup>, en RCA<sup>139</sup>, au Niger<sup>140</sup> porteuse de l'idée saugrenue d'une responsabilité du chef de l'État. Dans une Afrique qui surfe sur le traditionnel et le mystique<sup>141</sup> pour expliquer voire justifier la longévité au pouvoir, aggravé par le développement d'une succession dynastique, la question de la responsabilité du chef de l'État relève tout simplement de la rhétorique. Lorsqu'elle ne rentre pas dans une sorte de tabou constitutionnel<sup>142</sup>, elle est « virtuelle, expéditive, essentiellement confuse, peu intelligible et difficile d'application<sup>143</sup> ». Elle est d'autant plus illusoire que la multiplication des techniques de fraude aux élections, en ce qu'elles sont conçues comme des « stratégies de conservation du pouvoir<sup>144</sup> », font obstacle à la sanction populaire de la politique du Gouvernant. Entre irresponsabilité<sup>145</sup> absolue et responsabilité introuvable<sup>146</sup> ou minimalisée<sup>147</sup>, la problématique même du contrôle du pouvoir exécutif<sup>148</sup> en Afrique noire francophone s'énonce encore en termes « d'incertitudes et des hypothèques qui pèsent sur le processus de normalisation de [s]a condition<sup>149</sup> ». Par conséquent, la consécration d'une telle juridiction frise l'hypocrisie en ce qu'elle fait croire à l'existence d'une éventuelle responsabilité pénale<sup>150</sup>.

<sup>136</sup> Article 78

<sup>137</sup> Titre IX

<sup>138</sup> Titre X

<sup>139</sup> Titre VIII

<sup>140</sup> Section 6

<sup>141</sup> Le recours au traditionnel et au mystique comme valeurs explicatives de la sacralité du pouvoir en Afrique noire francophone est développé notamment par KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique*, op. cit., p.299 et s. Lire aussi BAYART (J. F.), « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 27-44.

<sup>142</sup> DE GAUDUSSON (J. B.), « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, pp. 53-58 ; FALL (I. M.), « Quelques réserves sur l'élection du président de la République au suffrage universel. Les tabous de la désignation démocratique des gouvernants », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, pp. 99-113 ; KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique*, op. cit., p. 457 ; MBALLA OWONA (R.), « Recherches sur l'existence d'un "tabou du constitutionnalisme" en droit administratif : la théorie de la loi-écran en France et au Cameroun », *Revue africaine de droit public*, n° 1, 2012, pp. 205-239.

<sup>143</sup> AÏVO (F. J.), « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », *Revue électronique Afrilex*. (<http://afrilex.u-bordeaux.fr/la-responsabilite-penale-des-gouvernants-dans-les-regimes-politiques-africains-dinfluence-francaise/> consulté le 10 juin 2022).

<sup>144</sup> SOUARÉ (I.), *Les partis politiques de l'opposition en Afrique de l'ouest et leur quête pour le pouvoir d'état: les cas du Bénin, du Ghana et de la Guinée*, Thèse présentée comme exigence partielle du doctorat en science politique, Université du Québec à Montréal, 2010, p. 181.

<sup>145</sup> En dehors de l'hypothèse de la haute trahison, les différents constituants ont posé le principe de l'irresponsabilité totale du chef de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

<sup>146</sup> ONDO (T.), *La responsabilité introuvable du chef d'État africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2005 ; 682 p.

<sup>147</sup> MASSINA (P.), « La responsabilité pénale du Chef de l'État africain, l'édifice se fissure », op. cit., p. 197.

<sup>148</sup> THIAM (Kh.), *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'État de droit en Afrique francophone*. Droit. Université de Bordeaux, 2018 ; C. AMAR, *Le président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, Thèse de doctorat (N.R), Université Lyon 2, 2003, 476 p. (spéc. titre 4).

<sup>149</sup> FALL (I. M.), *La condition du pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain (l'exemple des États d'Afrique subsaharienne francophone)*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Université Cheikh ANTA DIOP, 2001, p. 404.

<sup>150</sup> ABLARD (Th.), « Le statut pénal du chef de l'état », *RFDC*, n° 51, 2002/3, pp. 637-661.

Apparue dans un contexte d'assainissement des biens publics et de protection de la fortune publique<sup>151</sup> la déclaration de patrimoine<sup>152</sup> vise à « renforcer la bonne gouvernance, de promouvoir la transparence dans l'exercice des fonctions et charges publiques, de garantir l'intégrité des serviteurs de l'État, de lutter contre la corruption et les infractions assimilées, de prévenir l'enrichissement illicite chez les hautes personnalités, les hauts fonctionnaires et agents publics et de renforcer la confiance du public dans les institutions de la République, les administrations publiques et les pouvoirs publics<sup>153</sup> ». Malgré sa constitutionnalisation au Bénin<sup>154</sup>, en Côte d'Ivoire<sup>155</sup>, au Togo<sup>156</sup>, en RDC<sup>157</sup> et au Cameroun<sup>158</sup>, l'exigence constitutionnelle de déclaration des biens rentre aussi dans la catégorie des dispositions inopérantes. Au Bénin notamment, Arsène-louis Adeloui reconnaît que « bien que reposant sur un arsenal juridique solide, l'obligation de déclaration du patrimoine se heurte néanmoins à des résistances qui confirment sa portée flexible ». Entre absence de déclaration, déclaration à mi-mandat, déclaration unique soit en début ou en fin de mandat et déclaration tardive<sup>159</sup>, la norme constitutionnelle souffre d'effectivité<sup>160</sup>. Au Togo le chantier du cadre juridique ne cesse de s'étendre dans le temps. Prévues par la Constitution du 14 octobre 1992, ce n'est qu'en 2020 qu'est adoptée la loi organique y relative, révisée en juin 2021<sup>161</sup> alors même que son application était encore une expectative. Au Cameroun, le cadre et les organes pour la réalisation de la déclaration des biens prévue par la Constitution du 18 janvier 1996<sup>162</sup> est encore en attente de matérialisation. Ce laxisme donne raison à Évariste Boshab, convaincu que l'absence de contrainte temporelle à la mise en place des nouvelles institutions, ne peut aboutir qu'à réduire les dispositions constitutionnelles à de « simples leurres pour maquiller la

<sup>151</sup> NTONGA (B.), « La protection de la fortune publique camerounaise : une efficacité relative ? », *Cahiers africains d'administration publique*, n° 80, 2013, pp. 9-32.

<sup>152</sup> ADELLOUI (A.-J.), « L'obligation de déclarer son patrimoine avant et après l'exercice des fonctions nominatives ou électives en droit positif béninois », *Librairie Africaine d'Études Juridiques*, 6(4), 2019, pp. 457-464.

<sup>153</sup> Art. 1 al. 2 de la loi organique n° 2020-003 du 24 /01/ 2020 fixant les conditions de déclaration de biens et avoirs des hautes personnalités, des hauts fonctionnaires et autres agents publics (Togo).

<sup>154</sup> Art. 52.

<sup>155</sup> Art. 41. Entre juin 2015 et mai 2022 le taux de déclaration serait de 79.58%

<sup>156</sup> Art. 145.

<sup>157</sup> Art. 99.

<sup>158</sup> Art. 66.

<sup>159</sup> ADELLOUI (A.-J.), *op. cit.*, p. 457.

<sup>160</sup> V. Cour constitutionnelle du Bénin : DCC 17 -056 du 09 mars 2017 et DCC 17-007 du 25 janvier 2018.

<sup>161</sup> La modification a affecté les articles 7, 9, 10 et 19 ; les articles 12, 13, et 14 ont été abrogés et un article 21 bis a été créé. L'une des innovations est la déclaration des biens et avoirs en ligne

<sup>162</sup> Art. 66 al. 1.

mauvaise foi des gouvernants, soit leur incapacité de mettre en œuvre les innovations impulsées par le constituant<sup>163</sup> ».

Enfin, les déclarations des droits insérées dans les préambules des constitutions des États d'Afrique noire font partie de ces dispositions tétraplégiques, paralysées à la fois dans leur essence et dans leur jouissance. Elles sont pour les uns un étalage utilitaire et pour d'autres une simple enseigne décorative<sup>164</sup>. En tant que normes de référence, elles imposent à l'État de ne pas produire tel contenu normatif, soit par l'intermédiaire du règlement soit par celui de la loi ; elles obligent à construire tel modèle de société ou mettre en place telle environnement social favorable à l'expression complète de l'appartenance à la cité. Cette limite à l'action des pouvoirs publics est sans valeur s'ils peuvent s'en affranchir impunément. Le constat est que « les constitutions incluent une longue liste de droits et libertés, [mais] ne confient aux juridictions constitutionnelles aucune compétence explicite pour leur protection<sup>165</sup> ». Ce « reflux de la dynamique de libéralisation<sup>166</sup> » s'exprime précisément par l'impossibilité d'imposer le respect de ces droits au législateur, tant il est reconnu que « les atteintes les plus graves aux libertés publiques sont le fait du pouvoir politique et, plus particulièrement, du pouvoir législatif investi de la fonction législative et du pouvoir exécutif chargé de la gestion des affaires publiques<sup>167</sup> ». Au Cameroun par exemple, l'accès au juge constitutionnel, qu'il soit direct ou indirect, reste fermé. De même le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi est irrecevable devant le juge judiciaire, tandis que la théorie de l'écran législatif crée une immunité contre les actes réglementaires. Dans un pays où le passage symbolique d'un État liberticide à un État dit libéral et démocratique s'est fait par une simple concession normative du détenteur du pouvoir politique, « une telle adhésion aux droits de l'homme était largement instrumentale, sa fonction étant de faire plaisir, mieux d'obtenir ou de maintenir les faveurs des acteurs majeurs de la communauté internationale<sup>168</sup> ». Au final la contrainte démocratique n'a pas été irrésistible, puisque « ces déclarations d'adhésion aux droits de l'homme servent simplement d'ornements à leurs constitutions, et ne décrivent qu'un modèle idéal de société, manifestement

<sup>163</sup>. BOSHAB (É.), « Les dispositions constitutionnelles transitoires relatives à la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo », *Fédéralisme*, n° 1, Vol. 7, 2007, disponible en ligne sur <http://popups.ulg.ac.be/1374-3864/index.php?id=561>, consulté le 25 février 2021.

<sup>164</sup> MOUANGUE KOBILA (J.), « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : de l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *Lex Lata*, n° 23-24, févr.-mars 1996, pp. 33-38

<sup>165</sup> KANTE (B.) et KWASI PREMPEH (H.), *Les autres attributions des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité*, IDEA, Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'ouest. Étude comparative, 2016, p. 122

<sup>166</sup> OLINGA (A. D.), « Propos introductif. Cameroun, 1996-2021 : la quête inachevée d'un ordre constitutionnel » in OLINGA (A. D.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun 25 ans après*, op. cit., p. 6.

<sup>167</sup> HOLO (Th.), « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 109.

<sup>168</sup> NKOT (P. F.), « Les zones grises de la légitimité scientifique en Afrique noire francophone », op. cit., p. 262.

irréalisable au moment où elles sont proclamées<sup>169</sup> », et qui l'est encore aujourd'hui dans la plupart des pays d'Afrique centrale.

### Conclusion

Page | 574

Qu'il se présente sous la forme d'un énoncé performatif ou de simple directive, la norme constitutionnelle est en principe nécessairement prescriptive. Pourtant si le pouvoir constituant se plait à faire coexister techniques d'autorité et techniques de liberté dans son acte, il s'agit avant tout de l'affirmation de sa non souveraineté, au sens où le texte constitutionnel traduit un rapport de force politique. Le constat de la dilution du projet social, voire de son inexistence par le fait d'une jonglerie entre l'a-normativité et la normativité des différentes règles constitutionnelles doit-il finalement conduire à rejeter cette coexistence de l'utile et de l'agréable. La constitution en Afrique comme partout ailleurs doit donc servir à protéger la liberté. Dans ce respect la réforme postulée pour annihiler ce constitutionnalisme de l'apparence ne serait pas seulement une révision suppression, mais aussi amendement. À cet effet, le constituant camerounais pourrait élargir le droit de saisine du juge constitutionnel aux citoyens, afin que l'affirmation de l'article 66 soit transformée par cela même en une norme juridique. De manière générale, mettre fin aux apparences c'est en définitive mettre en place les mécanismes, techniques et institutions nécessaires à la réalisation d'une véritable démocratie constitutionnelle<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>170</sup> Lire sur ce sujet : TCHIHOUNGNAN SOGLOHOUN (C. P.), *Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo*, Thèse de doctorat de droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2011, 469 p, KLEIN (L.), « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, n°109, pp. 121-141, .KENFACK TEMFACK (É.), « Le juge constitutionnel et la construction de la démocratie constitutionnelle en Afrique : le cas du contrôle des lois référendaires en droit camerounais », *Palabres Actuelles, Revue de la fondation Raponda-Walker pour la science et la culture*, « Le droit dans tous ses états » Actes du troisième Symposium Juridique de Libreville (23-24 novembre 2017), n° 8, 2018, pp. 97-119.

**De la portée relative du caractère inopérant de l'élément intentionnel dans  
les infractions douanières en droit congolais**

*The relative scope of the inoperative nature of the intentional element in customs offenses*

*under Congolese law*

Page | 575

Par :

**Lwete Lwenkomba Freddy**

Diplômé d'Etudes Approfondies en Droit

Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi

Inspecteur des douanes

**Résumé :**

*Le Code des douanes de la République Démocratique du Congo prescrit en son article 355 que sauf dispositions contraires, les infractions douanières sont punies indépendamment de tout élément intentionnel. Cette disposition héritée de l'ancienne législation douanière serait à la base d'une affirmation aux conséquences graves selon laquelle les infractions douanières sont des infractions matérielles. A l'aide de la méthode de renvoi au droit positif ou renvoi dans les lois ou encore référence, le présent article conteste la portée universelle du caractère matériel des infractions douanières et démontre que, dans certains cas, le dol spécial est requis par le Code des douanes pour l'établissement des infractions douanières.*

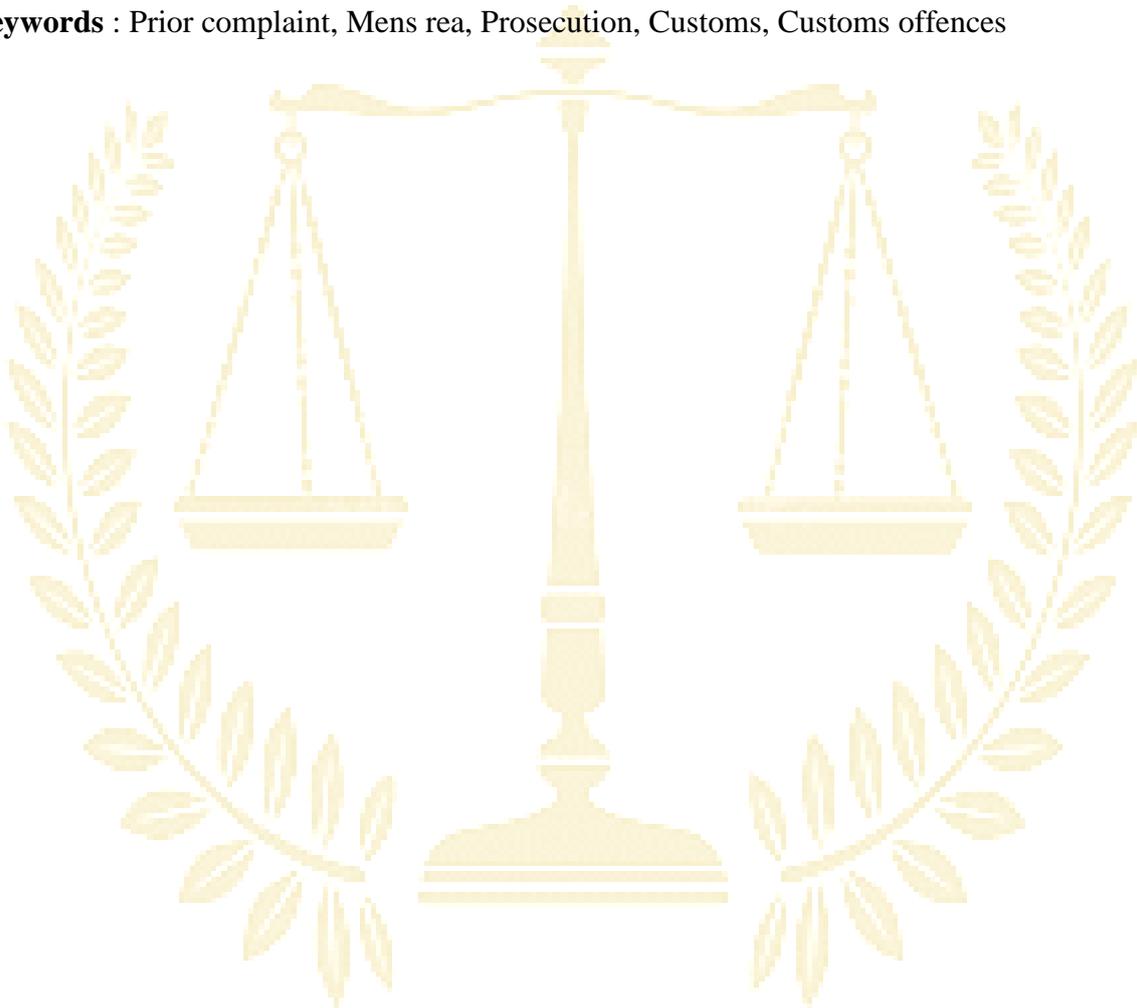
**Mots-clés :** requête préalable, action en justice, douane, infraction douanière, élément intentionnel

**Abstract:**

*In the provisions of the Customs Code of the Democratic Republic of Congo in its article 355, unless otherwise provided, customs offenses are punished regardless of any mental element. This provision inherited from the old Congolese customs legislation would be the basis of an assertion with serious consequences: customs offenses are non mens rea offences. This paper disputes the universal scope of customs offences as non mens rea offences and demonstrates that, in certain cases, specific mental element is required by the Customs Code for the establishment of customs offences.*

Page | 576

**Keywords :** Prior complaint, Mens rea, Prosecution, Customs, Customs offences



## Introduction

Les infractions douanières en droit congolais sont considérées tant par l'administration des douanes que par les redevables de l'impôt douanier comme étant des infractions matérielles. Cette conception des violations de la législation douanière serait assise sur les dispositions de l'article 355 de l'Ordonnance-loi n° 10-002 du 20 août 2010 portant Code des douanes en République Démocratique du Congo<sup>1</sup>, selon lequel, « sauf dispositions contraires du présent code, les infractions douanières sont établies indépendamment de tout élément intentionnel. »

Page | 577

L'analyse présentée dans ce papier, à la lumière du concept juridique de « renvoi en droit positif », « renvoi dans les lois » ou « références » conteste l'exactitude de cette affirmation qui peut être qualifiée de *mythe*, et avance l'hypothèse suivante : *le Code des douanes réserve la définition de l'infraction douanière à la réunion de l'élément légal et de l'élément matériel, dans tous les cas où le législateur n'a pas requis expressément l'élément intentionnel, étant donné qu'en droit pénal douanier congolais, l'élément intentionnel n'est pas requis à titre de dol général mais à titre de dol spécial dans des cas limitativement énumérés par la loi.*

En effet, le Code des douanes recourt, en son article 355, à la méthode de *renvoi au droit positif* ou *renvoi dans les lois* ou encore *référence*, lorsqu'il énonce l'expression « sauf dispositions contraires du présent Code ».

Sur le renvoi au droit positif, Stéphanie Boutin et Anouk Paillet affirment que « la technique du renvoi permet d'éviter les répétitions, de créer des liens entre dispositions et d'attirer l'attention du lecteur sur une règle de droit. Elle peut aussi servir à préciser le sens d'une expression ou simplement indiquer le droit applicable. Elle peut même se révéler nécessaire 'pour établir la hiérarchie entre deux lois dont les dispositions peuvent être inconciliables'. Le renvoi est parfois nécessaire et d'autres fois simplement utile. Il peut bien sûr aider à la compréhension du texte, mais il peut aussi y nuire.<sup>2</sup> »

On peut lire dans le Guide de Légistique éd. 2017 de la République française que « la méthode consistant à se référer pour la définition d'une règle nouvelle à des dispositions existantes est souvent inévitable et, la plupart du temps, souhaitable. Elle permet de déterminer le champ d'application et le contenu de la règle nouvelle en réduisant l'incertitude juridique qui pourrait résulter de la juxtaposition de textes traitant de situations similaires. Elle évite aussi la

<sup>1</sup> Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, 51<sup>e</sup> année, numéro spécial, 26 décembre 2010.

<sup>2</sup> BOUTIN (S.) et PAILLET (A.), Les renvois dans les lois. In : *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*. [En ligne] mis à jour le 19 octobre 2021. [Consulté le 8 mars 2023] Disponible à l'adresse : <http://redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/capsule-renvois-lois-vf.pdf>

répétition des dispositions dont il est souhaité faire application et permet ainsi d'alléger le nouveau texte.<sup>3</sup> »

Le renvoi ou référence se traduit généralement par les formules suivantes : « sauf dispositions contraires », « sans préjudice de », « par dérogation de », « sous réserve de » etc. La locution “sans préjudice” « signifie que *la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ; elle est synonyme de “indépendamment de”*.<sup>4</sup> »

Parmi les typologies de renvoi ou référence, nous recourons dans ce papier, à la distinction entre les renvois ou références internes et externes. Le renvoi est dit interne lorsqu'une disposition légale ou réglementaire réfère à une ou plusieurs autres dispositions du même texte. En revanche, le renvoi externe fait référence aux dispositions contenues dans un ou plusieurs textes différents.<sup>5</sup>

Le renvoi dont question à l'article 355 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo est un renvoi ou référence interne. Il réfère aux dispositions du même code. L'effort est d'identifier les dispositions concernées par ce renvoi, à l'égard desquelles la règle instituée ne s'applique pas.

Dans ce papier, l'exposé sur le caractère inopérant de l'élément intentionnel en matière douanière (I) conduit indubitablement à examiner l'élément intentionnel des infractions douanières (II).

## I- DU CARACTERE INOPERANT DE L'ELEMENT INTENTIONNEL EN MATIERE DOUANIERE

Le législateur congolais n'a pas défini l'élément intentionnel des infractions en général, ni, en particulier, celui des infractions douanières. En l'absence d'une disposition légale ou réglementaire expresse, la définition de l'élément intentionnel est à rechercher dans la jurisprudence et la doctrine.

<sup>3</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le Guide de Légistique*, 3<sup>e</sup> édition mise à jour, 2017, Paris, La Documentation Française, p. 318.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 302.

<sup>5</sup> En droit européen, « une référence interne renvoie à une autre disposition du même acte. On parle d'une référence externe lorsqu'on se réfère à un autre acte, soit de l'Union, soit d'une autre source. » PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL D'ETAT ET COMMISSION EUROPEENNE, *Guide pratique commun*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 2015, ch. 16, p. 4.8

Dans le contexte douanier, l'élément intentionnel se présente comme un mythe à déconstruire à la lumière du droit positif, puis à re-construire afin de mettre en lumière le caractère inopérant du dol général et la place du dol spécial dans les infractions douanières.

#### A- Absence de définition légale de l'élément intentionnel

Page | 579

La législation douanière congolaise, autant que le Code Pénal congolais, ne contient pas de définition de l'élément intentionnel des infractions douanières. La mention à l'article 355 du Code des douanes du concept d'élément intentionnel n'a pas la prétention d'accorder un sens spécifiquement douanier à cette notion.

Notons que le législateur congolais a fait le choix, en matière douanière, du concept d'élément intentionnel plutôt que de celui d'élément moral. Il évite ainsi de verser dans l'ambiguïté de la notion d'élément moral jugé entre d'un côté le psychique (qui relève de l'esprit) et, de l'autre, la moralité (jugement de valeur). Comme le relèvent Patrick Kolb et Laurence Leturmy : « La terminologie est trompeuse. Le plus souvent, une infraction est jugée comme un acte contraire à la morale. Pour éviter toute confusion, certains préfèrent abandonner la référence à la notion d'élément moral et axent leurs propos sur la notion d'élément intentionnel.<sup>6</sup> »

A lire le Vocabulaire juridique dirigé par Gérard Cornu, *intentionnel* se dit d'actes ou de faits juridiques, lorsque l'intention qui les inspire entre dans leur définition.<sup>7</sup> Le Lexique des termes juridiques aborde l'intention comme élément constitutif de l'infraction consistant dans une manifestation d'hostilité aux valeurs sociales protégées, caractérisée par une double volonté, et du comportement matérialisant l'infraction, et du résultat de celle-ci.<sup>8</sup> Plus bas, nous reviendrons sur la distinction entre les deux formes que prend l'élément intentionnel dans les infractions, savoir, le dol général et le dol spécial.

#### B- De la portée du caractère matériel des infractions douanières selon l'administration des douanes de la République Démocratique du Congo

Il découle des dispositions de l'article 355 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo énoncée plus haut que le caractère matériel s'applique aux infractions douanières, sauf *dispositions contraires du Code des douanes*. Pourtant, dans l'Instruction n° DGDA/DG/DAJC/SDAC/005/2015 du 14 décembre 2015 relative au contentieux en matière

<sup>6</sup> KOLB (P.) et LETURMY (L.), *Cours de droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., 2019-2020, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2020. p. 139.

<sup>7</sup> CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> éd. mise à jour, 2018, p. 1203.

<sup>8</sup> GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd. 2017-2018, p. 498.

de douanes et accises, le Directeur Général des douanes et accises a choisi d'ériger le caractère matériel des infractions douanières en une règle de portée *erga omnes*, à l'égard de toutes les infractions douanières, et ce, sans égards aux renvois ou références légalement institués.

En effet, ce texte dispose en son point 4.1 consacré aux éléments constitutifs de l'infraction douanière : *ces infractions [douanières] sont consommées et punissables dès l'instant où les éléments matériels constitutifs sont réalisés* ». Il en résulte que l'administration des douanes est *instruite* de ne jamais rechercher l'élément intentionnel des infractions douanières, d'établir celles-ci uniquement sur la base des éléments constitutifs matériels.

On peut se demander d'où l'autorité administrative douanière a-t-elle tiré le pouvoir en vertu duquel elle a étendu au-delà de son champ d'application, le caractère inopérant de l'élément intentionnel. Car, il semble que l'autorité douanière ait agi en l'absence de toute délégation lui accordée par le législateur du Code des douanes, pour interpréter les dispositions de l'article 355 du Code des douanes.

La règle administrative ainsi instituée semble contraire à la portée légale de la règle de l'article 355 du Code des douanes, une portée limitée du fait du renvoi ou de la référence aux autres dispositions du Code des douanes. Plus bas, nous reviendrons sur les dispositions auxquelles renvoie cet article.

Par ailleurs, en attribuant à toutes les infractions douanières une nature uniquement matérielle, l'Instruction susvisée a contribué à aggraver l'insécurité juridique du fait de la juxtaposition, aux renvois au droit positif d'ordre légal, d'une règle administrative contraire. Cette règle bien qu'inférieure à la loi, a bénéficié d'un large écho dans les milieux douaniers et d'enseignement des matières douanières comme exposé plus bas. De ce fait, des infractions douanières ont été poursuivies par la douane sans égard à l'intention, préjudiciant ainsi l'exercice des droits de la défense, en écartant tous les moyens relatifs à l'absence de l'élément intentionnel.

La portée *erga omnes* de la règle administrative instituée par le Directeur général des douanes et accises de la République Démocratique du Congo en 2015 mérite d'être écartée, étant donné que *le caractère matériel des infractions douanières institué à l'article 355 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo, s'énonce nécessairement sous réserve de renvois ou références aux autres dispositions du Code des douanes qui en constituent des exceptions et à l'égard desquelles il ne s'applique pas*. Dès lors, l'élément intentionnel des infractions douanières semble constituer est un mythe.

## II-L'ELEMENT INTENTIONNEL DES INFRACTIONS DOUANIERES EST UN MYTHE A DECONSTRUIRE

La prescription du Directeur Général des douanes et accises selon laquelle les infractions douanières « sont consommées et punissables dès l'instant où les éléments matériels constitutifs sont réalisés », bien que n'ayant pas de caractère réglementaire, traduit l'entendement de la douane sur l'élément intentionnel des infractions douanières. Les infractions douanières seraient donc des infractions matérielles.

Page | 581

Don José Muanda affirme dans la présentation de son cours de Droit pénal douanier faite sur son blog que « l'infraction douanière ne tient pas compte de l'élément moral, elle est 'constituée du seul fait de sa réalisation matérielle, sans qu'il y'ait lieu de tenir compte de l'intention de son auteur'. Partant de l'Art. 355 CD2010 ; il se fait de l'infraction douanière une conception purement matérielle. L'infraction douanière 'étant matérielle' existe par le seul fait de l'inobservation du règlement, sans qu'il ne soit nécessaire de rechercher ni l'intention ni la faute du prévenu. L'infraction douanière réside tout entière dans le fait qui la constitue, indépendamment de toute faute ou de toute intention délictueuse du prévenu, des lors que celui-ci a agi sans la force majeure.<sup>9</sup> »

Cette affirmation est acceptée et partagée en RDC par de nombreux professionnels de la douane et de l'enseignement des matières douanières à telle point qu'elle constitue un vrai mythe en matière douanière, dont on devrait rechercher l'origine. Comme nous le relevons plus bas, ce mythe est assis sur la résistance au changement conceptuel introduit par le Code des douanes de la République Démocratique du Congo en 2010.

### A- Le mythe de la nature matérielle des infractions douanières

Les infractions matérielles sont, d'après Xavier Pin, « celles qui supposent, pour être constituées, une atteinte effective à une valeur protégée par le législateur (ex. : dans le meurtre, l'atteinte effective à la vie). Cette atteinte consiste toujours en une modification du monde extérieur (résultat matériel) et en une violation de l'ordre juridique (résultat juridique).<sup>10</sup> » Pour Patrick Kolb et Lawrence Leturmy, « L'infraction matérielle (celle que l'on oppose à l'infraction formelle) est celle qui se réalise uniquement par la survenance d'un résultat. À la vérité, la plupart des infractions sont des infractions matérielles.<sup>11</sup> »

<sup>9</sup> MUANDA (D. J.), *Le droit pénal douanier : cours pratique de la branche du droit des affaires*. [en ligne] 26 mai 2012. [Consulté le 7 septembre 2022] Disponible à l'adresse : <https://www.legavox.fr/blog/professeur-don-jose-muanda/quot-droit-penal-douanier-quot-8561.htm>.

<sup>10</sup> PIN (X.), *Droit pénal général*. 10<sup>ème</sup> éd. Paris : Dalloz, 2018, p. 173

<sup>11</sup> KOLB (P.) et LETURMY (L.), *Op. cit.* p. 152.

Nombreux sont des fonctionnaires des douanes convaincus que l'élément intentionnel est inopérant en matière douanière et que l'infraction douanière est simplement matérielle. Les propos de Don José Muanda rapportés ci-dessus font en réalité écho à une conception devenue mythique de l'infraction douanière que très peu ou prou n'ose contester. Les enseignements de droit douanier, de contentieux douanier, de la législation douanière à l'Ecole Nationale des Finances de la République Démocratique du Congo et dans de nombreuses unités d'enseignement supérieur (départements et sections) servent de canal de perpétuation de ce mythe.

En effet, nombreux sont des fonctionnaires de la DGDA qui sont chargés de cours dans les instituts supérieurs de commerce où sont organisées des filières généralement dénommées « douane et accises ». Leur statut et « expérience » en douane leur confèrent une telle autorité que les milliers d'apprenants qu'ils forment servent de réceptacles d'un mythe dont ils n'auront peut-être jamais d'outils de contestation ni d'intérêt par ailleurs.

La règle et la pratique du contentieux douanier répressif par la DGDA sont également pour beaucoup dans la formalisation du mythe à travers l'affirmation fréquente de cette réalité conceptuelle dans l'Instruction qui sert de cadre au contentieux douanier et dans l'effectivité de l'administration de la répression des infractions douanières par la douane. De nombreuses affaires contentieuses sont réglées, à tort ou à raison, sans qu'il ne soit fait un débat sur la place de l'élément intentionnel et l'imputabilité des faits infractionnels.

En fait, du fait des dispositions du point 4.1. de l'Instruction relative au contentieux douanier, la douane est comme frappée d'*interdiction de considérer l'élément intentionnel* dans la répression des infractions pénales douanières. Le mythe de la nature matérielle des infractions douanières ou du caractère inopérant de l'élément intentionnel dans les infractions douanières a comme un côté *réglementaire*, du fait de l'Instruction du Directeur général des douanes et accises.

Sur le mythe, le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales donne entre autres définition qu'il constitue « une représentation traditionnelle, idéalisée et parfois fautive, concernant un fait, un homme, une idée, et à laquelle des individus isolés ou des groupes conforment leur manière de penser, leur comportement.<sup>12</sup> » Plus philosophique, Jean-Pierre Mayele Ilo relève que « mythe ou mythique (substantif) se dira de la chose indéfinissable, insaisissable et indéterminée quant à sa nature, qui s'impose à la pensée de l'homme. (...) La

---

<sup>12</sup> Mythe. *CNRTL*. [en ligne] [Consulté le 17 septembre 2022] Disponible à l'adresse : <https://www.cnrtl.fr/definition/Mythe>.

prétention du mythe au sens, (...) ne se conçoit que dans la mesure où cela signifie que le mythe dans sa transcendance et dans son universalité est une valeur pour l'homme. Poser le mythe comme une valeur, c'est reconnaître qu'il a quelque chose de transcendantal et d'autoritaire qui fait qu'il s'impose à la conscience tant individuelle que collective, et que sa forme immédiate et médiante est au carrefour de la transcendance et de l'immanence, de la donation et de l'aspiration, de sa nécessité externe et du besoin interne (consentement) de la conscience, de la révélation et de la signification.<sup>13</sup> »

Nous pensons que les caractères transcendantal et autoritaire d'un mythe traduisent une certaine paresse intellectuelle doublée d'une certaine aisance à son endroit. En accueillant et en relatant le mythe, le narrateur de celui-ci s'inscrit lui-même et inscrit l'auditeur, le lecteur ou le spectateur dans une réalité qui les transcende et leur fournit une espèce d'évidence du réel qui ne requiert aucune justification extérieure, ce qui semble fermer les portes de la remise en question du mythe. Or, l'autorité inhérente à la règle de droit relève du droit positif, sans qu'il ne soit nécessaire et évident de lui trouver un quelconque caractère transcendantal.

On remarque pourtant une certaine tendance à l'effritement de l'autorité du mythe de la nature matérielle des infractions douanières. A ce sujet, Rozen Cren est plus nuancée lorsqu'elle affirme que « l'infraction douanière est *essentiellement* matérielle.<sup>14</sup> » Cette relativisation du caractère matériel des infractions douanières est hautement intéressante. Nous y reviendrons plus bas.

De son côté, un peu moins affirmatif, Arthur Lepriya Nkoy choisit de s'interroger et d'interroger le lecteur lorsqu'il écrit qu'« en droit congolais, cette conception strictement matérielle de l'infraction douanière tire sa source des dispositions de l'article 355 du Code des douanes qui dispose : "sauf dispositions contraires du présent Code, les infractions douanières sont établies indépendamment de tout élément intentionnel". Mais est-ce que le législateur prétend que l'infraction douanière est matérielle ? l'infraction matérielle signifie-t-elle [que] l'élément moral ou intentionnel n'est pas considéré ?<sup>15</sup>»

De l'analyse ci-dessus, on peut noter que *la perception du caractère matériel des infractions douanières dans la doctrine juridique en matière douanière passe de l'absolu affirmé par Don José Muanda au relatif selon Rozen Cren, pour chuter sur l'interrogatif*

<sup>13</sup> MAYELE ILO (J.-P.), *Statut mythique et scientifique de la gémellité. Essai sur la dualité*, Bruxelles, OUSIA, 2000, p. 223, 248.

<sup>14</sup> CREN (R.), *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 30

<sup>15</sup> LEPRIYA NKOY (A.), *Liminaires sur l'infraction douanière*, [en ligne] 22 décembre 2021. [Consulté le 7 septembre 2022] Disponible à l'adresse : [https://alnko.org/index.php?page=detail\\_article&id=25](https://alnko.org/index.php?page=detail_article&id=25).

d'Arthur Lepriya. C'est une invitation qui nous est adressée à prendre position dans le débat par rapport à ces auteurs.

Nous pensons que la première étape du positionnement dans ce débat est de déterminer l'origine du mythe du caractère matériel des infractions douanières. A ce propos, contrairement à Lepriya, nous affirmons que l'origine du mythe de la nature matérielle des infractions douanières remonte à plus loin que l'avènement du Code des douanes en vigueur.

### B- Origine du mythe de la nature matérielle des infractions douanières

Jean-Pierre Mayele Ilo rapporte qu'« on affirme, d'une part, que le mythe appartient à un temps qui est en dehors du temps, et d'autre part, qu'il engendre le temps quand, notamment, il prend la forme de récit et que ce récit est raconté.<sup>16</sup> »

La nature simplement matérielle des infractions douanières est, sans nul doute, un récit raconté entre professionnels de la douane mais aussi *légué* aux jeunes générations à travers l'enseignement du droit des affaires, du droit douanier, du contentieux douanier, du droit pénal douanier ou de la législation douanière. Son origine peut donc être recherchée.

A l'origine, relèvent Claude J. BERR et Henri TREMEAU, « on s'accordait en effet à classer les infractions douanières parmi celles qui ne nécessitaient, pour être constituées, aucun élément intellectuel (infractions matérielles). Autrement dit, il suffisait que les actes matériels prévus par la loi aient été accomplis pour que leur auteur soit condamné, sauf d'hypothèses exceptionnelles. En règle générale, et compte tenu de l'article 368, 2, CD [Code des douanes], qui interdisait aux juges d'excuser les contrevenants sur l'intention, il existait donc une *présomption irréfragable* d'existence d'une volonté délictueuse.<sup>17</sup> »

Le Code des douanes de la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEMAC) conserve encore une disposition semblable à l'ancien Code des douanes de la République française. En effet, l'article 348 (2) dispose qu'il leur [juges] est expressément défendu d'excuser les contrevenants sur l'intention.

La législation douanière congolaise en vigueur ne comporte aucune disposition analogue. Le décret du 29 janvier 1949 coordonnant le régime douanier en RDC, abrogé par le Code des douanes de 2010, comportait déjà, en son article 100, une *atténuation* de la nature matérielle des infractions douanières. En effet, ce texte réservait la possibilité d'excuser toute personne physique ou morale de la responsabilité pénale en ces termes : « Toute personne

<sup>16</sup> MAYELE ILO (J.-P.), *Op. cit.* p. 249.

<sup>17</sup> BERR (C. J.) et TREMEAU (H.), *Le droit douanier communautaire et national*, Paris, Economica, 2004, p. 422.

physique ou morale est responsable des infractions ou des tentatives d'infraction commises par les membres de son personnel. Elle ne peut se soustraire à cette responsabilité que s'il est établi que les faits ont été *commis à son insu et dans le but de lui nuire*. »

Par ailleurs, le même texte disposait à l'article 100bis suivant une modification portée par l'article 6 de l'Ordonnance-Loi du 23 janvier 1964, que « *les sanctions établies par le présent décret sont applicables indépendamment de tout élément intentionnel. Les amendes ne sont pas susceptibles de réduction à raison de circonstances atténuantes, ni dans les cas de concours de plusieurs infractions*. »

C'est donc à cet article 100bis du Décret du 29 janvier 1949 que nous pouvons remonter, du moins dans les textes trouvés, l'*origine* en droit douanier congolais, du mythe de la nature matérielle des infractions douanières. Ce mythe est donc antérieur à la législation douanière en vigueur, porté par le Code des douanes de 2010.

### **C- Un mythe erroné assis sur la résistance au changement conceptuel de l'infraction douanière**

Le début de déconstruction du mythe de la nature matérielle des infractions douanières initié par le décret du 29 janvier 1949 semble avoir été plus *scripturale* que pratique. L'avènement du Code des douanes de 2010 paraît n'avoir pas atteint la force du mythe de la nature matérielle des infractions douanières. C'est donc, osons-nous penser, à la *résistance au changement législatif* que l'on peut attribuer l'affirmation de ce mythe.

Il nous a été donné de constater à de nombreuses occasions, que des responsables des douanes mettent ou tentent de mettre à l'écart les dispositions du droit douanier positif sur la base des conceptions héritées de l'ancienne législation douanière, de leur formation ou expérience professionnelles. On peut évoquer en appui, deux notions relativement liées en matière douanière : la définition de la douane et les missions de celle-ci.

Dans son livre relatif au contrôle à posteriori en matière douanière, Alain TENDAY LUMPUMBA, directeur au sein de la DGDA, écrit que « la douane exerce, en fait, une triple mission : 1) *tout d'abord une mission fiscale*, puisqu'elle perçoit chaque année plus de 40% des recettes internes de l'État ; 2) dans le prolongement de cette mission, la douane joue un rôle économique important (...) ; 3) la douane assure, également, une mission de protection et de

surveillance de l'espace national et de lutte contre la fraude et les grands trafics internationaux.<sup>18</sup> »

Cette conception de la douane et de la hiérarchisation de ses missions est *manifestement erronée*, en dépit de sa popularité dans les milieux douaniers et d'enseignement des matières douanières. Elle porte atteinte aux prescrits de l'article 5 point 2 du Code des douanes de la RDC, qui définit l'« *administration des douanes ou douane comme administration ou organisme public chargé(e) de l'application de la législation douanière et de la perception des droits et taxes à l'importation et à l'exportation, et qui est également chargé(e) de l'application d'autres lois et règlements relatifs à l'importation et à l'exportation.* »

Sur cette base, la mission première de la douane n'est pas fiscale mais *juridique*, celle d'*application de la législation douanière*. La définition légale de la douane n'accorde donc qu'une place secondaire à la mission fiscale de celle-ci. Pourtant, les professionnels de la douane et de l'enseignement des matières y relatives privilégient celle-ci, traduisant ainsi leur *résistance au changement conceptuel* introduit par le Code des douanes en vigueur.

Jean-Robert Abongo Ezzo Mobuka l'avait déjà compris en 2009 avant l'avènement du Code des douanes, lorsqu'il écrivait que « la douane peut être définie comme étant un service de l'État chargé de gérer toutes les matières relatives aux mouvements des marchandises qui franchissent les frontières nationales.<sup>19</sup> » Cet auteur n'accorde donc pas à la mission fiscale de la douane la primauté *mythique* que d'aucuns brandissent encore aujourd'hui.

La référence aux notions de douane et de ses missions est une illustration de la résistance au chargement conceptuel d'origine législative introduit par le Code des douanes. C'est sur cette base que se perpétue le mythe de l'infraction douanière simplement matérielle, en dépit du *dol spécial* requis expressément par le Code des douanes pour certaines infractions douanières, d'une part, et des engagements internationaux de la RDC d'autre part.

En effet, les dispositions répressives du Code des douanes sont édictées dans le cadre de l'harmonisation des règles internes et internationales de répression des infractions douanières portées par la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, conclue à Kyoto au Japon le 18 mai 1973, et révisée le 3 février 2006,

<sup>18</sup> TENDAY LUMPUMBA (A.), *Les procédures de contrôle a posteriori en RD Congo. Mise en œuvre de contrôles douaniers et anciens modernes et efficaces*, Paris, L'harmattan, 2019, p. 49.

<sup>19</sup> ABONGO ESSO MOBUKA (J.-R.), *La douane et les droits de l'homme. Office des douanes et accises à l'épreuve de l'exégèse administrative*. Lubumbashi : Presses de l'Institut Technique Salama, 2009, p. 110.

en abrégé Convention de Kyoto révisée, en sigle CKR<sup>20</sup>. Les infractions douanières font l'objet d'une annexe intitulée Annexe spécifique H, reprenant notamment la norme ci-après : « Lorsqu'une infraction douanière résulte d'un cas de force majeure ou d'autres circonstances *indépendantes de la volonté* de la personne intéressée, sans qu'il y ait eu négligence ou *intention délictueuse* de la part de cette personne, aucune pénalité n'est infligée, à condition que les faits soient dûment établis à la satisfaction de la douane. <sup>21</sup>»

Il s'ensuit donc que bien avant l'avènement du Code des douanes de 2010, la CKR prônait déjà la prise en compte de l'élément intentionnel dans l'établissement des infractions douanières et dans la détermination des peines applicables. Avec l'avènement du Code des douanes de 2010, certains fonctionnaires des douanes ont continué avec des conceptions et des manières de faire d'antan, pourtant, non conformes au nouveau droit ainsi institué.

Dans un autre registre, on peut citer un autre fait, en apparence banal, mais lourd de conséquences. Il s'agit du dédouanement des marchandises à l'importation en exonération totale des droits et taxes. Avant le Code des douanes de 2010, le redevable était tenu de payer contre quittance, un formulaire imprimé de déclaration des marchandises en exonération dénommé « Importation en exonération », IE en abrégé. Cette déclaration devait être remplie, signée par le déclarant et transmise au Directeur divisionnaire des douanes et accises au siège national de la douane à Kinshasa pour validation. La déclaration visée était renvoyée à la province où se trouvent les marchandises pour « acceptation » ou recevabilité par le receveur du bureau de douane et la suite du dédouanement.

La législation douanière congolaise portée par le Code des douanes et ses mesures d'application n'a pas repris la déclaration IE dans les régimes douaniers. L'importation en exonération s'effectue sur une déclaration de mise à la consommation, informatisée, de même modèle que celle utilisée pour les marchandises qui acquittent les droits et taxes à l'importation, en exécution des articles 146 et 148 du Code des douanes<sup>22</sup>. Le bénéfice de l'exonération est

<sup>20</sup> La CKR est Disponible à l'adresse : [http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/conventions/kyoto-convention/revised-kyoto-convention\\_fr.pdf?la=fr](http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/conventions/kyoto-convention/revised-kyoto-convention_fr.pdf?la=fr).

<sup>21</sup> CKR, Annexe H, Chapitre 1, §25 norme.

<sup>22</sup> Code des douanes, Art. 146 :

La mise à la consommation est le régime douanier qui permet aux marchandises importées d'être mises en libre circulation dans le territoire douanier de la République Démocratique du Congo après paiement des droits et taxes à l'importation éventuellement exigibles et accomplissement de toutes les formalités douanières nécessaires.

Code des douanes, Art. 148 :

Lorsque des marchandises sont mises à la consommation au bénéfice des taux réduits ou nuls à l'importation en raison de leur utilisation à des fins particulières, elles restent sous le contrôle de la douane. Elles cessent d'être sous le contrôle de la douane lorsque les conditions fixées pour l'octroi des taux réduits ou nuls ne sont plus applicables, lorsque les marchandises sont exportées ou détruites ou lorsque l'utilisation des marchandises à des

activé par un verrou informatique communément appelé « code additionnel », suivant la nature de l'avantage dont bénéficie l'importateur. Pourtant, après une brève disparition de déclaration IE au lancement du système informatisé Sydonia World en 2015, cette déclaration est vite revenue en force pour devenir une exigence préalable à la souscription de la déclaration de mise à la consommation pour les marchandises qui bénéficient d'une exonération des droits et taxes à l'importation. La déclaration IE est à la base de beaucoup de retards de dédouanement, dont certains ont atteint des records de plusieurs mois, préjudiciant gravement l'importateur et le transporteur. L'obligation imposée aux redevables par la douane de recourir à la déclaration IE, en dépit des articles 146 et 148 du Code des douanes est constitutive de *résistance au changement*.

Dans leur ouvrage sur le changement organisationnel, Pierre Collerette, Gilles Delisle et Richard Perron définissent la résistance au changement comme « l'expression implicite ou explicite de défense à l'endroit de l'intention de changement. Dans le langage du modèle des champs de force, on dirait qu'il s'agit de l'émergence de nouvelles forces restrictives en vue de limiter la tentative de changement ou d'y faire obstruction.<sup>23</sup> »

Le mythe de l'infraction douanière simplement matérielle, autant que la définition de la douane, la hiérarchisation de ses missions et la déclaration en importation en exonération IE, se nourrissent de la résistance au changement conceptuel instituée par le Code des douanes, sous l'impulsion, au niveau international, de la Convention de Kyoto Révisée. La reconstruction de la réalité des concepts s'impose.

#### **D- Reconstruction de l'élément intentionnel dans les infractions douanières : le dol spécial est requis en matière douanière**

Les dispositions de l'article 355 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo sont à comprendre comme réservant la *définition* de l'infraction douanière à la réunion de l'élément légal et de l'élément matériel, *dans tous les cas où le législateur n'a pas requis expressément l'élément intentionnel*. C'est une définition telle qu'elle n'induit nécessairement pas l'absence d'élément intentionnel dans les infractions douanières, au point d'en faire toutes des infractions matérielles. Il s'agit plutôt ici de distinguer la mise sous silence par la loi du *dol général* au profit du *dol spécial* à l'égard de certaines infractions douanières.

---

fins autres que celles prescrites pour l'application des taux réduits ou nuls à l'importation est admise contre paiement des droits et taxes dus.

<sup>23</sup> COLLERETTE (P.), DESLILE (G.) et PERRON (R.), *Le changement organisationnel. Théorie et pratique*, Québec, PUQ, 1997, p. 94.

## 1- Élisation du dol général dans les infractions douanières

Xavier Pin note que « le dol ‘général’ se rencontre dans toutes les infractions intentionnelles, il s’agit de l’élément moral minimal. Il est caractérisé, quel que soit le mobile qui inspire l’agent : il n’est donc pas nécessaire pour le prouver de démontrer un esprit particulièrement malveillant ou une ‘intention de nuire’. Il s’agit simplement de l’intention de violer ‘la’ loi pénale ou d’enfreindre l’interdit pénal.<sup>24</sup>»

Pour Bernard Bouloc, « le dol général consiste selon E. Garçon dans la volonté d’accomplir un acte que l’on sait défendu par la loi et il n’est pas toujours suffisant. Quelquefois, la loi subordonne l’existence de l’infraction à une volonté criminelle plus précise qu’on appelle le dol spécial ou dol spécifique.<sup>25</sup> » Enfin, Juliette Sygut rapporte que l’on définit classiquement le dol général comme la connaissance et la volonté de violer la loi pénale.<sup>26</sup>

Il sied de relever que dans les infractions douanières intentionnelles, le dol général n’est pas absent mais plutôt est-il *éliminé* du fait de la loi qui n’impose pas l’obligation de l’établir. L’*élimination du dol général* dans les infractions douanières n’est pas synonyme d’absence de celui-ci ; elle induit, tout au plus, une certaine relativisation de l’élément intentionnel dans les infractions douanières, pour *absence d’intérêt légal et pratique* : celui qui constate une infraction douanière est ainsi tenu de faire *abstraction du dol général*, sans que cette abstraction ne couvre également le dol spécial lorsque ce-dernier est requis par la loi. C’est cela le *caractère inopérant de l’élément intentionnel en termes de dol général*.

Relevons, enfin, que l’exclusion de l’élément intentionnel a eu pour conséquence la mise à l’écart du *repentir actif* dans la répression des infractions douanières. Il semble, dans les milieux douaniers, que le concept de repentir actif n’ait reçu aucune application dans la répression des infractions douanières.

## 2- Exigence du dol spécial dans certaines infractions douanières

En droit pénal douanier congolais, l’élément intentionnel n’est pas requis à titre de *dol général* mais à titre de *dol spécial* dans des cas limitativement énumérés. Nous pouvons donc affirmer que l’élément intentionnel entre dans la définition de l’infraction douanière dans tous les cas où la loi requiert expressément le dol spécial.

Conformément à la définition donnée à l’article 354 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo, l’infraction douanière est parfaite dès la réunion de

<sup>24</sup> PIN (X.). *Op. cit.* p. 194.

<sup>25</sup> BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 25<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2017, p. 257.

<sup>26</sup> SYGUT (J.), *Droit pénal général*, 1<sup>ère</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino, Lextenso, 2018, p. 38.

l'élément légal (disposition de la législation douanière) et de l'élément matériel (acte positif, abstention ou omission). La répression des infractions douanières est généralement faite sur la base de ces deux éléments. Pourtant, l'article 355 du même Code renforce cette définition, tout en reconnaissant la possibilité qu'il en soit disposé autrement par la volonté du législateur.

Ainsi, il existe des exceptions à la limitation des éléments constitutifs des infractions douanières à ces deux éléments. Le législateur congolais fait, en ce qui concerne certaines infractions, du *but visé*, alternativement ou concomitamment au *résultat atteint*, un élément constitutif desdites infractions, comme repris en italique et gras dans le tableau ci-après.

**Tableau n° 1. Exigence du dol spécial dans le Code des douanes**

<i>Article du Code</i>	<i>Termes ou expression relatifs au dol spécial</i>
<i>Art. 385 point 2 litera f</i>	Toute manœuvre <b><i>ayant pour but</i></b> ou pour résultat de faire bénéficier indûment son auteur ou un tiers d'une exonération totale ou partielle des droits et taxes
<i>Art. 386 point 3</i>	Toute fausse déclaration dans l'espèce <b><i>tendant à</i></b> éluder une prohibition ou à contourner une mesure de restriction
<i>Art. 388 point 1</i>	Tout <b><i>refus</i></b> de communication de pièces, toute <b><i>dissimulation</i></b> de pièces ou d'opérations dans les cas prévus aux articles 46 et 118 du Code des douanes
<i>Art. 388 point 2 litera b</i>	Toute personne qui prête son concours <b><i>en vue de</i></b> soustraire aux effets du retrait d'agrément, le commissionnaire en douane qui en aurait été atteint
<i>Art. 393 point litera c</i>	(...) des manœuvres <b><i>ayant pour but</i></b> ou pour résultat d'altérer ou de rendre inefficaces les moyens de scellement, de sûreté ou d'identification
<i>Art. 391</i>	(...) ceux qui ont, par exportation, importation, transfert ou compensation, procédé ou tenté de procéder à une opération financière entre la République Démocratique du Congo et l'étranger portant sur <b><i>des fonds qu'ils savaient provenir</i></b> , directement ou indirectement, d'une infraction à la législation douanière, à la réglementation sur les stupéfiants et les substances psychotropes et à la réglementation sur le blanchiment.

L'emploi par le Code des douanes des termes ou expressions telles que « ayant pour but », « tendant à », « refus », « dissimulation », « en vue de » et « qu'ils savaient provenir » ne laisse planer aucun doute sur l'intention des auteurs des infractions comme élément de définition de celles-ci, par la volonté expresse du législateur congolais. L'intention, en termes de dol spécial est bien requis à l'égard de certaines infractions douanières, faisant du caractère matériel des infractions douanière, une *règle de portée relative et non pas absolue*.

### Conclusion

Dans les lignes précédentes, nous avons discuté de la portée de l'affirmation, devenue une règle d'administration du contentieux douanier répressif en République Démocratique du Congo, selon laquelle les infractions douanières sont punies indépendamment de l'élément intentionnel ; ce qui fait des violations de la législation douanière constitutives d'infractions pénales, des infractions matérielles. Ce point de vue partagé par des fonctionnaires des douanes et des redevables, trouverait son ancrage dans les dispositions de l'article 355 du Code des douanes en vigueur.

A l'aide de la méthode de renvoi au droit positif ou référence, notre analyse a permis de déterminer la portée réelle de la règle de droit édictée à l'article sus-référencé : *en droit pénal douanier congolais, l'élément intentionnel n'est pas requis à titre de dol général mais, plutôt, à titre de dol spécial dans des cas limitativement énumérés*. Car, l'usage à l'article 355 du Code des douanes de la locution « sauf dispositions contraires » signifie que la règle du caractère matériel des infractions douanières est sans incidence sur le dol spécial requis par le Code des douanes à l'égard de certaines infractions douanières.

Ainsi, les infractions douanières ne constituent pas toutes, des infractions matérielles, et l'élément intentionnel n'est pas inopérant à l'égard de toutes les infractions douanières. Le caractère inopérant de l'élément intentionnel dans les infractions douanières n'est donc pas absolu mais plutôt relatif.

## La Responsabilité sociale des entreprises dans l'aménagement des rapports entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger

*Corporate Social Responsibility in the improvement of Relations between the Host*

*State and the Foreign Investor*

Par:

**Hadja KOULTCHOUMI AHMED**

Doctorante en droit public international

Université de Maroua (Cameroun)

Page | 592

### Résumé :

*La responsabilité sociale de l'entreprise de l'investissement étranger joue un rôle prépondérant dans l'aménagement des rapports entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger. Placé dans l'optique de la promotion, les réformes récentes ont permis d'intégrer les clauses RSE dans différents instruments juridiques nationaux et internationaux avec une possibilité de les invoquer devant les tribunaux arbitraux en cas de contentieux. D'un autre côté la vision des RSE dans la réalisation même de l'investissement est perceptible à travers le respect des attentes de l'Etat hôte notamment la protection de sa biodiversité. Les normes de la RSE pourraient ainsi permettre de remédier au déséquilibre largement constaté entre les droits internationaux surprotégés des investisseurs étrangers et les obligations correspondantes pour les États d'accueil.*

**Mots clés :** Responsabilité sociale des entreprises, Soft law, investissement socialement responsable, patrimoine culturel, développement durable.

**Abstract:**

*Corporate social responsibility for foreign investment plays a major role in shaping the relationship between the host State and the foreign investor. With a view to promotion, recent reforms have made it possible to integrate CSR clauses into various national and international legal instruments with the possibility of invoking them before arbitral tribunals in the event of litigation. On the other hand, the vision of CSRs in the very realization of the investment is perceptible through the respect of the expectations of the host State, in particular the protection of its biodiversity. CSR standards could thus help to redress the widely observed imbalance between the overprotected international rights of foreign investors and the corresponding obligations of host States.*

**Key words:** Corporate social responsibility, soft law, Socially Responsible Investment, cultural heritage, sustainable development.



## Introduction

La Responsabilité Sociale des Entreprises (ci-après RSE)<sup>1</sup>, selon Monique COMBES, suscite d'autant d'intérêt qu'elle ne soulève de controverse<sup>2</sup>. La RSE est ainsi devenue incontournable portée tant par la société civile, les gouvernements que les organismes internationaux et même les entreprises. Appliquée à des pratiques managériales, la RSE est considérée comme la réponse des entreprises aux enjeux sociaux et environnementaux.

Au regard de la grande diversité de représentations de la RSE, il a été évoqué l'absence de définition partagée. D'ailleurs même les institutions internationales ne s'accordent pas sur une définition unanime. Lorsque l'Union Européenne, souligne l'aspect non contraignant et tridimensionnel (social, environnemental et économique) de la RSE », l'Observatoire de la Responsabilité Sociale des Entreprises (ORSE)<sup>3</sup> quant à elle met en évidence l'aspect volontariste<sup>4</sup> de la RSE en proposant sept (07) lignes conductrices notamment : éthique, environnementale, sociale, citoyenne, développement durable, financière, et légale, en termes de démarche<sup>5</sup>. Dans cette optique, une partie de la doctrine distingue trois (03) générations de responsabilité sociale de l'entreprise<sup>6</sup>. La première génération correspond à une conceptualisation non stratégique et se définit par le concept de citoyenneté d'entreprise<sup>7</sup>. La deuxième génération apparaît lorsque les entreprises intègrent leur engagement sociétal dans leur stratégie, pour répondre aux attentes des parties

---

<sup>1</sup> Contrairement à l'expression anglo-saxonne, en français, l'adjectif "social" renvoie à une dimension restreinte empreinte d'une certaine connotation morale. C'est la raison pour laquelle on a tendance à préférer maintenant l'expression « responsabilité globale de l'entreprise » et parfois « responsabilité sociétale de l'entreprise » pour bien marquer la différence entre une conception réduite à la dimension interne des entreprises et une dimension beaucoup plus large embrassant toutes les relations de l'entreprise et tous les effets sur son environnement humain, social et biophysique. Toutefois, dans un souci de simplicité, nous préférons utiliser l'expression Responsabilité sociale des entreprises et son acronyme RSE permettant ainsi d'englober l'ensemble de ces acceptions.

<sup>2</sup> COMBES (M.), « Quel avenir pour la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ? La RSE : l'émergence d'un nouveau paradigme organisationnel », *Revue internationale sur le travail et la société*, 2005, pp.3-10.

<sup>3</sup> Observatoire de la responsabilité sociale des entreprises, URL : <https://fr.wikipedia.org/wiki/ORSE> (consulté le 28 03 2023).

<sup>4</sup> Le caractère volontaire évoqué traduit l'identité de cette responsabilité dans la mesure où la RSE commence là où finit la loi.

<sup>5</sup> Ces deux idéologies, souvent confondues, sont divergentes voire concurrentes. Alors que la première s'appuie sur une théorie économique standard, sur la responsabilité morale de l'entreprise et sur le paternalisme, la seconde repose sur la notion de citoyenneté.

<sup>6</sup> ALBEROLA (E.), RICCHEZ-BATTESTI (N.), « De la responsabilité sociale des entreprises : Evaluation du degré d'engagement et d'intégration stratégique – Evolution pour les entreprises du CAC 40 entre 2001 et 2003 », *Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion*, 2005, n° 211-212, pp. 55-69.

<sup>7</sup> Ici, il n'y a pas beaucoup d'entreprises qui s'engagent. Celles qui le pratiquent, le font généralement dans des actions localisées telles que le mécénat

prenantes<sup>8</sup>. La troisième génération de RSE émerge avec l'investissement socialement responsable (ci-après ISR). L'ISR est constitué de l'ensemble des pratiques qui intègrent des critères extra-financiers (sociaux, éthiques et environnementaux) dans les décisions d'investissements.<sup>9</sup>

Intégrant de plus en plus le champ du droit des investissements, l'idée de responsabilité sociale de l'entreprise traduit le souci de l'intérêt général. Autrement dit, ce qui est bon pour l'entreprise est également bon pour la société.

Se situant ainsi dans le champ des investissements, la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise désigne (RSE) désigne l'ensemble des pratiques et règles auxquelles les entreprises, et plus spécifiquement les Sociétés transnationales (ci-après STN), s'engagent de façon volontaire pour limiter les externalités négatives générées par leurs activités au plan social et environnemental, entre autres<sup>10</sup>. Emanant de l'éthique souveraine des sociétés transnationales, la RSE a fait l'objet d'un encadrement par des institutions internationales telles que l'ONU à travers des Principes du Conseil des droits de l'homme sur les entreprises et les droits de l'homme, ou encore l'OCDE par le biais des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, la norme ISO 26000<sup>11</sup>. Ces instruments, relevant de la *soft law*<sup>12</sup>, se sont toujours développés en marge du droit « dur » des investissements qui, pour sa part, reconnaît plus des droits internationaux aux investisseurs étrangers<sup>13</sup>.

Cette observation revêt une importance cruciale pour la lecture et l'interprétation de chacun des profils de la RSE. Sur la base de ces considérations, nous nous sommes posés la

<sup>8</sup> L'engagement des entreprises dans la responsabilité sociale est perçu comme un potentiel avantage compétitif

<sup>9</sup> Faisant référence ici à la gestion d'actifs qu'on appelle des fonds socialement responsables ou encore de l'engagement responsable qui correspond à l'exercice de droit de vote des investisseurs en assemblées générales.

<sup>10</sup> MAIMOUNA (A.), *Le régime juridique des investissements étrangers en droit ohada etude critique du système OHADA*, Thèse de doctorat Ph/D. en droit privé, Université de Maroua, 2021, p.214.

<sup>11</sup> On peut également citer la Déclaration Tripartite de l'Organisation Internationale du Travail sur les multinationales, les accords-cadres internationaux, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et le pacte mondial initié par Kofi Annan lors du forum économique mondial de Davos en Suisse en Janvier 1999, et officiellement lancé en Juillet 2000.

<sup>12</sup> Une *soft law* encore appelé « droit mou ou droit souple », désigne l'ensemble des textes de droit international non contraignants et pouvant être librement interprétés, mais qui s'appliquent sous la pression internationale, sous couvert de protection de l'intérêt général. La *soft law* s'est en effet développée à partir de l'idée qu'il existait différents degrés dans la force obligatoire des normes juridiques. Voir PELLET (A.), *Le droit international du développement*, PUF, 1978, 127 p. spéc. p.10 et s.

<sup>13</sup> MAIMOUNA (A.), *Le régime juridique des investissements étrangers en droit ohada etude critique du système OHADA*, *op.cit.*

question de savoir si l'instauration de la RSE permettait de mieux aménager les rapports entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger ?

Une telle question est d'un intérêt théorique dans la mesure où en étudiant les instruments normatifs et institutionnels du droit des investissements qui intègrent la RSE, on met en exergue la singularité du nouveau droit des investissements qui prend en compte les intérêts de l'Etat d'accueil et essaye de réguler au mieux les relations entre les parties à l'investissement. Historiquement en effet, le droit des investissements reconnaît aux investisseurs étrangers des droits et une protection juridique très importants, sans imposer en contrepartie les responsabilités juridiques correspondantes. Deuxièmement cette question revêt un intérêt pratique en ce que les clauses RSE permettent de mettre en évidence l'encadrement des droits et obligations des investisseurs lors de leur établissement sur le territoire de l'Etat hôte prenant en compte les paramètres socio-culturels et environnementaux de cet Etat, surtout lors du contentieux.

De ce fait, la RSE contribue à mieux aménager les rapports entre les parties à l'investissement en partageant les droits et obligations réciproques à chacune des parties. Dans un premier temps nous allons démontrer le caractère idéalisé de la RSE dans la promotion des investissements (I), et dans un second temps, la dimension concrète de la RSE lors de la réalisation ou l'établissement même de l'investissement (II).

## **I- L'UTILISATION DES CLAUSES RSE POUR LA PROMOTION DE L'INVESTISSEMENT**

Dans l'optique d'assurer la promotion de l'investissement, les Etats d'accueil aménagent des conditions juridiques saines, qui sont de nature à rassurer l'investisseur étranger qui souhaite s'installer sur leurs territoires. Ainsi, les Etats font l'effort d'intégrer les clauses RSE dans les instruments juridiques (A), mais donnent aussi la possibilité au tribunal arbitral de les invoquer lors du contentieux (B).

### **A- L'intégration de la RSE dans les instruments juridiques d'investissement**

Il existe diverses façons d'intégrer les principes de la responsabilité sociale de l'entreprise dans les instruments juridiques qu'ils soient nationaux ou internationaux. Il s'agit d'une part de l'intégration directe (2), et d'autre part de l'intégration indirecte (1).

#### **1- L'intégration indirecte**

Dans le cadre de l'intégration indirecte, les parties font juste une allusion à la RSE et appellent donc les entreprises à prendre cette initiative afin de se conformer aux principes directeurs édictés par l'OCDE ainsi que la Banque mondiale à l'attention des firmes multinationales sur les investissements internationaux. Dans ce cas, la RSE doit être organisée de manière spontanée par les sociétés transnationales ou par le droit de l'État (principalement d'accueil). Elles peuvent ainsi être désignées comme des clauses indirectes dans la mesure où elles médiatisent la réglementation du comportement sociétal des investisseurs étrangers soit par le droit spontané des sociétés transnationales (STN) soit par l'ordre juridique interne de l'État d'accueil. Autrement dit, à travers les clauses RSE, les États ont la possibilité d'adopter des législations qui permettent d'encadrer le comportement des investisseurs.

Par exemple, Le Ghana fait figure de pays leader dans le domaine de la RSE sur le continent africain. Le gouvernement a adopté une loi sur le « Contenu local » en février 2014 et procéda à la création de la « Western Region Coastal Foundation », dont la vocation est de faciliter un dialogue transparent entre partenaires gaziers, pétroliers et énergétiques. Ce projet, financé notamment par la coopération britannique (DIFD), vise à promouvoir une utilisation efficace des fonds de RSE des différentes entreprises, c'est-à-dire cohérente par rapport aux secteurs couverts et aux besoins exprimés<sup>14</sup>.

Par ailleurs, la responsabilité citoyenne des entreprises et l'action collective pour le développement durable du pays le Katanga est l'une des principales provinces minières de la République démocratique du Congo (ci-après RDC). La RDC a innové en mettant sur pied le « Guide sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises minières industrielles au Katanga » (Guide RSE/Katanga). Ce guide de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE) du secteur minier industriel dans le région du Katanga est un outil développé dans le souci de faciliter la mise en œuvre opérationnelle des pratiques reconnues et valorisées par les différentes sessions plénières IDAK (Investissement Durable Au Katanga) dans le but d'harmoniser les concepts et actions de la RSE. L'adhésion aux objectifs et principes du Guide se fait sur une base volontaire. En fonction de l'évolution des besoins, il pourrait servir de soubassement pour la création d'un « Label RSE Katangais ».

Ces clauses sont contenues tant dans le préambule que dans le dispositif des traités et accords d'investissement. A l'initiative des Etats, ces clauses RSE appellent généralement à l'autoresponsabilisation des entreprises privées.

---

<sup>14</sup> Voir le site Internet : <http://www.epaghanaakoben.org/>

## 2- L'intégration directe

L'intégration directe fait appel à la responsabilité de l'investisseur. En effet, les clauses adressant directement aux investisseurs des obligations relatives à la protection des droits de l'homme, de l'environnement ou à l'interdiction de la corruption dans l'ordre international – que l'on désigne comme des clauses directes – vont pour leur part à rebours de l'objectif premier du droit des investissements, à savoir la protection de l'investisseur et témoignent du mouvement plus vaste de réforme de la matière. Les dispositions RSE s'adressent et s'appliquent directement à ce dernier qui a pour obligation de mise en œuvre afin de se conformer aux normes et standards internationaux relatifs à l'investissement.

Les clauses d'intégration directe des RSE sont formulées d'une manière très subtile. Il en va ainsi de l'article 24 du code d'investissement panafricain (PAIC) qui recourt au conditionnel pour inviter les investisseurs à respecter les droits de l'homme internationalement reconnus<sup>15</sup>. De même, l'article 12 sur la RSE du traité bilatéral d'investissement (ci-après TBI) entre le Qatar et l'Argentine se borne à demander aux investisseurs opérant sur le territoire de chaque État d'accueil de « *s'efforcer d'incorporer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises reconnues sur le plan international dans leurs politiques et pratiques commerciales* ».

Cependant, il est important de souligner que les clauses d'intégration indirecte de la RSE doivent cohabiter avec la législation interne de l'Etat d'accueil. Ce manquement est très souvent à l'origine des incongruités qu'on peut constater dans la pratique arbitrale.

### B- L'intégration des clauses RSE dans la pratique arbitrale

L'intégration croissante de libellés RSE dans les traités d'investissement a également coïncidé avec l'évolution progressive de la pratique arbitrale. En effet, avec l'évolution de la jurisprudence arbitrale, les tribunaux arbitraux reconnaissent de plus en plus la conduite de l'investisseur comme motif pouvant justifier leur compétence ou non. De ce fait, les arbitres peuvent faire recours aux normes et clauses RSE pour soit interpréter certaines dispositions des traités d'investissement (1), soit pour traiter de la recevabilité des demandes reconventionnelles des Etats d'accueil (2).

### 1- L'invocation des clauses RSE dans le contentieux de l'interprétation

---

<sup>15</sup> Article 24 du code panafricain d'investissement

Certaines clauses RSE permettent en pratique de renforcer la possibilité de demander des comptes aux investisseurs étrangers, et donne la marge interprétative discrétionnaire aux arbitres.

En principe, les clauses RSE sont considérées comme une technique d'interprétation des certaines dispositions qui semblent équivoques, contenues dans les traités et accords d'investissement. Les arbitres peuvent même aller au-delà pour interpréter même les législations nationales sur les investissements afin de ressortir clairement les obligations des parties notamment l'Etat d'accueil.

Par ailleurs, la responsabilisation des firmes multinationales passe également par une intégration de la RSE dans la pratique arbitrale comme motif d'irrecevabilité.

Dans plusieurs affaires récentes<sup>16</sup>, les tribunaux arbitraux reconnaissent de plus en plus la conduite de l'investisseur étranger comme motif justifiant l'infirmité de leur compétence et/ou l'irrecevabilité d'un recours sur le règlement de différends investisseur- Etat d'accueil (ci-après RDIE)<sup>17</sup>. Les arbitres évoquent une « *norme minimale de diligence sociale des entreprises* », qui inclut les principes des « mains sales », un « devoir de transparence » et « l'enrichissement illégitime »<sup>18</sup>. Comme l'a si bien indiqué Nitish MONEBHURUN, « *l'inclusion [d'une obligation RSE] imposée aux entreprises dans les accords d'investissement a sans aucun doute jeté les bases et représente le premier pas vers la construction – certainement lente- d'une doctrine d'une norme minimale de diligence sociale des entreprises* »<sup>19</sup>. Suivant cette analyse détaillée, l'auteur rajoute que dans cette hypothèse, « *les investisseurs doivent faire preuve d'une diligence (sociale) minimale pour pouvoir invoquer l'application d'un traité d'investissement* »<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Par exemple CIRDI, affaire *Burlington Resources Inc. c./ Republic of Ecuador*, n° ARB/08/5 du 7 février 2017 ou encore CIRDI, affaire *Urbaser SA et al. c./ Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, para. 1147.

<sup>17</sup> Sur la question voir par exemple GILLET (G.), *Le différend réglementaire dans la procédure de RDIE : la liberté normative des Etats face aux protections des investisseurs, vers un meilleur équilibre au sein de l'UE ?*, Mémoire de Master en droit des affaires, Université de Liège, 2017-2018, 45 p.

<sup>18</sup> Pour une analyse plus détaillée de l'évolution des normes de diligence sociale des entreprises, voir MONEBHRUM (N.), « Mapping the duties of private companies in international investment law », *Brazilian Journal of International Law*, vol.2, 2017, pp.50-71.

<sup>19</sup> MONEBHRUM (N.), « Mapping the duties of private companies in international investment law », *op.cit.*, p.60.

<sup>20</sup> Il importe de souligner cependant qu'un tel optimisme semble prématurée comme le démontre d'ailleurs les décisions RDIE existantes. La reconnaissance des obligations des investisseurs étrangers dans le cadre de l'arbitrage a été particulièrement incohérente et pour le moins ambiguë, s'avérant prometteuse seulement dans les cas de corruption manifeste, plutôt que dans les cas liés aux droits humains, au travail ou aux dommages à l'environnement. Voir MARCOUX (J.M.), *Droit international des investissements et mondialisation*.

## 2- L'utilisation des RSE pour des demandes reconventionnelles

Les clauses RSE servent souvent des bases aux demandes reconventionnelles, qui sont de nature à permettre à l'État d'accueil non pas d'échapper à sa propre responsabilité, mais d'engager, au fond, la responsabilité des investisseurs.

Les Etats peuvent se fonder sur la RSE pour formuler des demandes reconventionnelles contre les investisseurs étrangers, pour réclamer réparation. Dans l'affaire *Urbaser contre Argentine*, qui abordait entre autres le « droit humain à l'eau », le gouvernement argentin avait lancé une demande reconventionnelle arguant que le concessionnaire des services d'eau n'avait pas suffisamment investi pour garantir un accès adéquat à l'eau pour la population<sup>21</sup>.

Par ailleurs, relativement à la question de la responsabilité des multinationales, l'admission des demandes reconventionnelles a, à l'origine été une occasion d'introduire certaines obligations spécifiques des investisseurs dans le champ de l'arbitrage d'investissement. C'est dans cet ordre d'idées que Walid BEN HAMIDA soulignait que : « *Les États (...) pourront, en introduisant des demandes reconventionnelles, contester le comportement des investisseurs au regard des standards nationaux et internationaux relatifs à l'environnement (...)* »<sup>22</sup>.

S'agissant de la question de savoir si le tribunal avait compétence sur la demande reconventionnelle contre l'investisseur étranger, le tribunal rejeta l'argument selon lequel l'investisseur n'avait pas consenti à la possibilité des demandes reconventionnelles dans le cadre du traité d'investissement. Il affirma au contraire qu' « *il n'existe pas de disposition indiquant que l'Etat d'accueil de l'investissement n'aurait pas le droit au titre du TBI* » de lancer une demande reconventionnelle relative à la conduite de l'investisseur étranger<sup>23</sup>. Ce faisant, le tribunal affirma qu'un investisseur étranger pouvait se voir imposer des obligations juridiques fortes dans le contexte d'un recours RDIE.

---

*Investissement étranger, responsabilités et organisations intergouvernementales*, 1<sup>ère</sup> éd., Routledge, 2020, 274 p. plus spéc. pp.54-59.

<sup>21</sup> CIRDI, *affaire Urbaser S.A. et Consorcio de Agua Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c./ La République d'Argentine*, sentence précitée.

<sup>22</sup> BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *op.cit.*, p. 262.

<sup>23</sup> CIRDI, *affaire Urbaser S.A. et Consorcio de Agua Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c./ La République d'Argentine*, *op.cit.*, para 1183.

Ensuite, le tribunal rejeta l'argument plus large selon lequel les investisseurs étrangers ne sont pas des « *sujets formels du droit international* », notamment s'agissant du fait d'avoir des responsabilités internationalement reconnues portant sur les cadres globaux de droit international public. Dans sa décision, le tribunal affirma alors « *l'on ne peut continuer de croire que les entreprises œuvrant à l'international ne sont pas des sujets de droit international* »<sup>24</sup>.

Cependant, la contribution de la RSE dans la réalisation même de l'investissement au sein des Etats d'accueil semble être plus pratique.

## II-L'APPLICATION DES RSE DANS LA RÉALISATION DE L'INVESTISSEMENT

Les clauses RSE doivent parfois être en conformité avec les règles du droit interne de l'Etat d'accueil relatives à la conformité de l'investissement, le respect de la loi étant un devoir fondamental et une partie essentielle de la RSE. En effet, certains domaines d'action rendent l'entreprise débitrice de ses obligations RSE dans ses relations avec ses parties prenantes. En tant que débitrice de telles obligations, l'investisseur étranger pris en la personne de son entreprise, doit organiser le dialogue dans le respect de la législation en vigueur et des principes des normes internationales de comportement afin d'éviter que sa responsabilité soit engagée. Ainsi, dans la réalisation de son investissement, l'investisseur étranger doit tenir compte des aspects environnementaux (A) ainsi que certaines attentes de l'Etat d'accueil (B).

### A- La prise en compte des aspects environnementaux et socio-culturels

Le respect par l'investisseur étranger des clauses RSE amène celui-ci à intégrer les exigences contingentes et à prendre en compte les différentes particularités sociétales, environnementales et socio-culturelles d'un Etat. Ainsi, la protection de l'environnement (1) et du patrimoine culturel (2) de l'Etat d'accueil sont en premier lieu.

#### 1- La protection de l'environnement

L'investissement socialement responsable implique que l'investisseur étranger puisse protéger l'environnement dans lequel il investit. Il doit s'abstenir de poser des actes dommageables à l'environnement<sup>25</sup>. En effet, les accords d'investissement ont toujours mis

<sup>24</sup> *Ibid.*, para 1195.

<sup>25</sup> NZOHABONAYO (A.), *Intérêt général des pays en développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2014, p.332.

l'accent sur l'imposition des obligations contraignantes aux pays d'accueil sans soumettre les investisseurs étrangers qui y mènent les activités économiques aux mêmes contraintes juridiques. A l'exception d'une minorité d'accords récents, les TBI comportent rarement des dispositions relatives aux normes de travail, aux normes environnementales, aux droits de la personne<sup>26</sup>.

Ainsi, dans l'ensemble des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) se pose aujourd'hui la question de l'intégration des politiques commerciales et des lois environnementales<sup>27</sup>. Cette intégration se manifeste à partir d'un nombre considérable de textes, et en particulier des conventions internationales<sup>28</sup>. Ces conventions font non seulement de la protection de l'environnement une valeur supérieure au marché<sup>29</sup>, mais aussi une limite à l'investissement dangereux pour l'environnement<sup>30</sup>. L'on voit d'ailleurs à quel point le principe de précaution impose des limites à un tel investissement<sup>31</sup>. C'est dans cette optique que, la Convention de Bâle sur le contrôle des déchets dangereux impose aux Etats une réimportation dans le but de préserver l'environnement. L'on peut reprendre les dispositions de l'article 8 de ladite convention en ces termes : « *Lorsqu'un mouvement transfrontière de déchets dangereux ou d'autres déchets auquel les Etats concernés ont consenti, sous réserve des dispositions de la présente Convention, ne peut être mené à terme conformément aux clauses du contrat, l'Etat d'exportation veille, si d'autres dispositions ne peuvent être prises pour éliminer les déchets selon des méthodes écologiquement rationnelles dans un délai de 90 jours à compter du moment où l'Etat concerné a informé l'Etat d'exportation et le Secrétariat, ou tout autre période convenue par les Etats concernés, à ce que l'exportateur réintroduise ces déchets dans l'Etat d'exportation [...]* »<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*

<sup>27</sup> GRANDBOIS (M.), « Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants », *Les Cahiers de droit*, vol.40, n°3, 1999, pp.545-590, spéc. p.548.

<sup>28</sup> *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination* adoptée par la conférence de plénipotentiaires le 22 mars 1989, entrée en vigueur le 5 mai 1992.

<sup>29</sup> LOQUIN (E.), « Les manifestations de l'illicite : synthèse », cité par CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », in HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloques organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, p.310.

<sup>30</sup> RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Rev. jur. Env.*, n°4, 1996. pp. 409-424. spéc. p.417.

<sup>31</sup> DIAS VARELLA (M.), « Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *Revue trimestrielle du JurisClasseur - J.D.I.*, janvier 2005, pp. 41-76.

<sup>32</sup> Article 8 de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination* adoptée par la conférence de plénipotentiaires le 22 mars 1989.

Par ailleurs, il importe de souligner que si cette tendance de formuler des obligations vis-à-vis des investisseurs étrangers est devenue une question d'actualité dans les relations économiques internationales, c'est dans le continent africain que sa concrétisation se fait le mieux ressentir<sup>33</sup>. L'on peut ressortir au moins deux instruments phares provenant de ce continent qui affichent une avancée non négligeable dans le projet d'instaurer des obligations de nature environnementales aux investisseurs étrangers<sup>34</sup>. Certains instruments portent beaucoup plus leurs regards sur la protection du patrimoine socio-culturel.

## 2- La protection du patrimoine socio-culturel

Dans l'optique de respecter les attentes sociales des entreprises dans l'Etat hôte, le modèle de TBI de la SADC évoque des obligations liées à la responsabilité sociale des entreprises. A cet effet, il impose aux investisseurs étrangers une étude d'impact environnemental. Ce document insiste en son article 22 alinéa 2 sur la responsabilité sociale de l'entreprise comme suit : « *les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs* »<sup>35</sup>. Dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, la CIJ affirme : « *L'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée* »<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> DIOP ABDOULAYE (P.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest espace CEDEAO*, op.cit., p.268.

<sup>34</sup> Il s'agit d'une part du code panafricain des investissements et d'autre part du modèle de TBI de la communauté de développement de l'Afrique Australe (ci-après « CDAA ») ou Southern African Development Community (SADC). En ce qui concerne le premier instrument, en l'occurrence le Code panafricain des investissements, il dispose d'un chapitre IV spécifiquement consacré aux obligations des investisseurs la responsabilité sociale des entreprises à l'alinéa 2 de son article 22 qui dispose : « *Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs* ».

Le second instrument africain abordant les obligations de résultat des investisseurs est le modèle de TBI de la CDAA ou SADC (en anglais). Cette organisation communautaire dispose du modèle de TBI le plus sophistiqué en matière d'obligations des entreprises étrangères, non seulement en Afrique, mais aussi dans le monde. Ce modèle contient, en effet, un chapitre spécifique intitulé « Rights and Obligations of Investors » dans lequel toutes les obligations des investisseurs portent sur des obligations de résultats particuliers parmi lesquelles celles relatives à la protection de l'environnement.

<sup>35</sup> Article 22, alinéa 2 « responsabilité sociale de l'entreprise » du Code panafricain des investissements

<sup>36</sup> Voir CIJ, Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine C/ Uruguay*), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 83, § 204

En ce qui concerne le patrimoine culturel, l'on peut faire constater que plusieurs activités d'investissements peuvent avoir des effets néfastes et destructeurs sur le patrimoine culturel et historique de l'Etat d'accueil. L'investissement implique souvent une installation et un établissement physique de l'activité, ce qui, parfois peut être préjudiciable à ce patrimoine protégé, faisant généralement partie du concept de l'environnement<sup>37</sup>. Certains ont d'ailleurs considéré que la protection du patrimoine culturel devait faire partie de l'ordre public transnational, dont les arbitres doivent être les gardiens : « pour que le problème se pose dans le cadre de l'ordre public international, il doit s'agir nécessairement d'un site ou d'un monument d'une qualité exceptionnelle, car il peut être très grave de voir disparaître ou être endommagés des biens culturels pour de simples raisons commerciales »<sup>38</sup>. En effet, le patrimoine culturel est de plus en plus pris en compte non seulement par les textes des États d'accueil, mais aussi par les stratégies internes des investisseurs étrangers. Dans le Code panafricain d'investissements il y est énuméré comme suit : « *Les investisseurs doivent respecter des obligations socio-politiques, y compris (...) le respect des valeurs socio-culturelles* »<sup>39</sup>. Par ailleurs, l'article 12 alinéa 3 il importe souligner que « *Les investisseurs, leurs investissements et les autorités de l'Etat d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socio-culturel (...)* »<sup>40</sup>.

Selon la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine culturel et naturel du 16 novembre 1972, il faut « *assurer une protection et une conservation aussi efficaces et une mise en valeur aussi active que possible du patrimoine culturel et naturel situé sur le territoire et dans les conditions appropriées de chaque pays* »<sup>41</sup>. La notion de risque pousse à l'interdiction d'exploitation minière dans certaines zones à risque : « *Les États membres doivent classer certaines « zones interdites » aux activités d'exploitation minière, si ces zones comportent des risques particuliers pour la réservation de la sécurité y compris dans les zones à forte sensibilité environnementale, sociale et culturelle* »<sup>42</sup>. Cette convention prévoit de même que [c]haque des Etats parties à la présente convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise

<sup>37</sup> BEURIER (J.-P.), *Droit international de l'environnement*, Paris, Editions A. Pedone, 4<sup>e</sup> éd., 2010, pp. 168-171.

<sup>38</sup> KAHN (Ph.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, vol. 116, n° 2, 1989, pp. 305-327, spéc. p. 318.

<sup>39</sup> Voir Commission de l'Union Africaine Département des affaires économiques, Addis-Abéba, Décembre 2016.

<sup>40</sup> Voir l'article 12 alinéa 3 de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant règles communautaires en matière d'investissements au sein de la CEDEAO

<sup>41</sup> Voir article 5 de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de l'UNESCO Adoptée par la conférence générale à sa dix-septième session Paris, 16 novembre 1972 au : <https://whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf> consulté le 2 août 2022.

<sup>42</sup> Article 4 de la Convention sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de l'UNESCO, *op.cit*

en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visés aux articles 1 et 2, et situés sur son territoire, lui incombe en premier chef<sup>43</sup>.

La lecture de la convention UNESCO traduit le souci d'assurer un bon ménage entre les clauses directes de la RSE et celles indirectes. Autrement dit, autant les Etats d'origine des investisseurs étrangers que les Etats d'accueil ont l'obligation d'encourager le respect et l'application de ces clauses RSE. L'investisseur en s'établissant sur le territoire d'un Etat devrait ainsi faire preuve de bonne foi afin de s'arrimer à la politique sociale de cet Etat.

## **B- La prise en compte des attentes de l'Etat d'accueil**

L'exigence de prise en compte des attentes de l'Etat d'accueil est un souci de respecter et faire respecter les intérêts publics qui sont généralement méconnus face aux intérêts privés dans le cadre du droit des investissements. L'observation par l'investisseur étranger de cette exigence postule ainsi le respect des droits de l'homme (1) ainsi que la contribution au développement de l'Etat d'accueil (2).

### **1- Le respect des droits de l'homme**

La relation entre les Droits de l'Homme et la responsabilité de multinationales mérite une attention particulière du fait que cette association semble antinomique. Entre les règles juridiques et la gestion des sociétés transnationales, on assiste à des interactions répondant à des logiques de concurrence, mais aussi à des logiques de coordination<sup>44</sup>. Les grandes entreprises sont en effet de plus en plus pointées du doigt pour des graves et diverses violations des Droits de l'Homme<sup>45</sup>.

En effet, les droits de l'Homme ont fait l'objet d'une protection légalisée, constitutionnalisée et internationalisée afin de prévenir les dérives du pouvoir<sup>46</sup>. Ce sont des droits fondamentaux inhérents à tous les hommes en tant qu'êtres « humains ». Il en existe

---

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> PEREIRA (B.), « L'entreprise et les droits de l'Homme : de la confusion et concurrence des règles à l'intelligence normative », *Revue interdisciplinaire management, Homme et entreprise*, n°32, vol. 7. 2018, pp.71-84., spéc. p. 71.

<sup>45</sup> On peut citer entre autres le travail forcé, les meurtres politiques, le financement des parties dans les conflits armés et soutien à des dictatures ou encore impact négatif sur l'environnement par exemple alors que les agissements de ces sociétés transnationales sont perçus comme étant la plupart du temps impunis. Voir à ce propos ACHE OUSMAN (A.), *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises pétrolières au Tchad : cas de la china national petroleum corporation international chad*, *op.cit.*, p. 4.

<sup>46</sup> VALTICOS, cité par PEREIRA (B.), « L'entreprise et les droits de l'Homme : de la confusion et concurrence des règles à l'intelligence normative », *Revue interdisciplinaire management, Homme et entreprise*, *op.cit.*, p.72.

deux (02) grandes catégories à savoir les droits civiques et politiques qui sont constitués des droits à la vie et à la liberté, égalité face à la loi et la liberté d'expression. L'autre grande catégorie est constituée des droits économiques sociaux et culturels. Elle est composée du droit au travail, du droit à la nourriture, à la santé, à l'éducation ainsi que le droit à la sécurité sociale.

Les droits de l'Homme ont ainsi été consacrés par l'ordre juridique au point de devenir du droit dur (hard law). Ils sont également intégrés dans les normes de droit souple (soft law), telles que les codes de conduite ou les chartes éthiques et certaines normes ISO définies par l'Organisation internationale de normalisation (International Organization for Standardization), comme la norme ISO 26 000 du 03 novembre 2010 relative à la responsabilité sociétale des organisations. Cependant, malgré leur caractère indivisible<sup>47</sup>, chaque Etat édicte la norme uniquement sur l'espace qui relève de sa souveraineté et en fonction des réalités qui sont les siennes, tous les territoires n'ayant pas la même réglementation malgré l'adoption des principes universels.

Il incombe donc avant tout aux Etats de protéger leur population et leur territoire, en contrôlant les activités qui s'y déroulent, voire en condamnant les entreprises qui portent atteinte aux droits de l'homme<sup>48</sup>. Il s'agit, de fournir un idéal de vie à la population se trouvant sur son territoire, même si la mise en pratique n'est pas évidente.

Face à cette difficulté, les institutions telles que l'Organisation des Nations Unies (ONU), ont adopté des instruments de droit souple à l'attention des entreprises, plutôt qu'à l'attention des gouvernements, comme le Pacte Mondial de 2000, la Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998. C'est aussi pour ces raisons que l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) a consacré en 1976, puis en 2000, les principes directeurs à l'intention des multinationales. C'est aussi la même raison qui a conduit l'ISO à négocier avec les Etats, l'OIT, les entreprises et industries, les syndicats et la population civile, la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations (Capron,

---

<sup>47</sup> Qu'il s'agisse du droit à la vie, du droit à la dignité, de celui à la non-discrimination, de la liberté d'entreprendre, des droits sociaux ou des droits collectifs.

<sup>48</sup> Voir le point 1 des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », ainsi que son commentaire, *Rapport du représentant spécial du Secrétaire Général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, résolution du conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

2011)<sup>49</sup>. Elle intègre directement les textes fondateurs des droits de l'Homme, comme la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

En mettant en œuvre sa politique publique relative à la responsabilité de protéger, l'Etat ne doit pas faire fit de ce que tout investissement international doit avoir apport matériel sur son territoire.

## 2- La contribution au développement de l'Etat d'accueil

Lorsqu'elles ne sont pas rédigées au conditionnel, les clauses directes de la responsabilité sociale des entreprises, c'est-à-dire celles qui incombent aux investisseurs, peuvent s'avérer indigentes dans leur substance. On peut même dire que certaines d'entre elles rappellent l'un des critères contenu dans le *test Salini* selon lequel les investisseurs doivent contribuer au développement des Etats d'accueil de leurs investissements<sup>50</sup>. C'est par exemple le cas de l'article 22 du projet de code d'investissement panafricain intitulé « *Responsabilité sociale des entreprises* ». Cet article dispose en ces termes : « *les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs* »<sup>51</sup>.

Par ailleurs, le protocole de coopération et de facilitation des investissements intra Mercosur, réserve une partie sur la responsabilité sociale des entreprises. En effet selon l'article 14 de ce protocole, les investisseurs et leurs investissements s'efforceront d'atteindre le niveau de contribution le plus élevé possible au développement durable de l'Etat partie hôte et de la communauté locale, par l'adoption d'un degré élevé de pratiques socialement responsables, basées sur les principes et les normes volontaires établis dans le présent article.

De même, les investisseurs et leurs investissements doivent faire de leur mieux pour se conformer aux principes et normes volontaires suivant une conduite responsable des affaires conformément aux lois appliquées par l'Etat partie hôte, c'est-à-dire, stimuler le progrès économique, social et environnemental en vue de parvenir à un développement

<sup>49</sup> Cette norme ISO est le résultat d'une démarche collaborative entre toutes les parties prenantes internes et externes de l'entreprise.

<sup>50</sup> A titre de rappel, le test *Salini* suppose la réunion de quatre critères à savoir l'existence d'un apport, une certaine durée, une participation aux risques de l'opération et une contribution au développement économique de l'Etat hôte. Voir CIRDI, affaire *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c./ Royaume du Maroc*, n°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, §§ 46-58.

<sup>51</sup> Projet de Code panafricain des droits des investissements, 15 décembre 2016,

durable<sup>52</sup>. Le développement durable concerne ainsi les entreprises en tant que collectivités dans la mesure où elles sont portées sur le volontarisme dans le temps (intergénérationnel) et dans l'espace (sous-traitants, fournisseurs).

Toutefois, il faut relever que pour certains, le développement n'est pas simplement synonyme de richesses ; il englobe aussi la distribution optimale de ces richesses et leur impact sur le niveau général de vie d'une population<sup>53</sup>. Ainsi, peut-on constater, la contribution au développement d'une activité d'investissement ne se mesure pas uniquement au niveau de la contribution monétaire et financière<sup>54</sup>.

D'autres facteurs, telles que les préoccupations liées à l'environnement, entrent en ligne de compte et agrandissent le champ de compréhension du développement. De ce fait, l'on assimile généralement la RSE au développement durable du fait qu'elle englobe les trois piliers du développement à savoir l'économie, l'écologie et le social<sup>55</sup>. On sait tous que les entreprises (qu'elles soient nationales ou internationales) consomment des ressources, produisent des déchets, offrent du travail à la population, aux fournisseurs et partenaires et contribuent au développement local. Dans cette optique, la RSE représente l'apport de cet acteur important à l'effort collectif autour du développement durable. Ainsi, on dit que la RSE observée par les investisseurs étrangers contribue au développement durable sur le territoire de l'Etat d'accueil, lorsque ce développement est économiquement efficace, socialement responsable et écologiquement soutenable. Le côté concret et applicable de la RSE en fait une contribution au développement.

### Conclusion

Le progrès économique étant déterminé à la fois par des conditions sociétales et par le cadre institutionnel qui définit les limites et les possibilités des entreprises dans un pays, toute entreprise souhaitant créer des valeurs durables devra investir dans l'amélioration des conditions de vie de la société dans laquelle elle se trouve ancrée et devra s'engager et

<sup>52</sup> Article 14 alinéa 1 et 2, a du Protocole de coopération et de facilitation des investissements Intra Mercosur, tiré de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFiles/5548>

<sup>53</sup> DAVID (E.) et LEFEVRE (G.), *Juger les multinationales. Droits humains bafoués, ressources naturelles pillées, impunité organisée*, cité par MONEBHURRUN (N.), *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016, p.154.

<sup>54</sup> MONEBHURRUN (N.), *La fonction du développement dans le droit international des investissements, op.cit.*, p.155.

<sup>55</sup> Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992

collaborer avec les acteurs institutionnels qui contribuent à améliorer les conditions macroéconomiques prévalant au niveau national<sup>56</sup>.

La RSE permettrait dans cette optique de pallier les rapports asymétriques constatés entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil. Des rapports qui sont pour la majorité en faveur de l'investisseur étranger. Les clauses directes pourraient ainsi permettre de transformer les devoirs sociétaux des STN formant la RSE en obligations internationales opposables à leurs investisseurs et faire du droit des investissements un levier aussi utile qu'inattendu pour responsabiliser les sociétés transnationales. Par ailleurs, leur intégration participe à l'harmonisation des législations étatiques aux standards juridiques internationaux<sup>57</sup>. Cette harmonisation est rendu possible dans le cas de notre étude à travers d'une part l'adoption des instruments normatifs internes et internationaux qui réservent un espace pour la RSE, et d'autre part l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux qui même sans le dire peuvent servir de référence<sup>58</sup>. Il s'agit en réalité d'un souci de renforcement de la cohérence normative<sup>59</sup>.

Toutefois, étant toujours dans la mouvance de l'attraction des investisseurs étrangers, les Etats d'accueil, se retrouvent dans une logique de conciliation et cherchent à rassurer au maximum les parties de manière politiquement correcte. Ils érigent dans la RSE à l'idée de vivre ensemble, c'est-à-dire à une démarche d'amélioration continue presque sans pression. La RSE constitue pour certains une norme de service au niveau mondial tendant tout simplement à responsabiliser l'investisseur étranger.

<sup>56</sup> ACHE OUSMAN (A.) *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises pétrolières au Tchad : cas de la China National Petroleum Corporation International Chad*, mémoire de Master en Relations Internationales, IRIC, 2016-2017, p. 7.

<sup>57</sup> MAKON MA MBEB (A.-R.), « Les avantages pour l'Afrique de l'arbitrage transnational, moyen prioritaire de règlement des différends relatifs aux investissements directs étrangers », in YENKONG NGANGJOH (H.) et MBENGUE MAKANE (M.), *African perspectives in international investment law*, Melland Schill Perspectives on international Law, 1ère éd., 2020, pp. 196-225. L'auteur précise que l'harmonisation n'est ni l'unification ni l'uniformisation du droit qui sont toutes deux des techniques d'intégration juridiques assez similaires de l'harmonisation. Si l'objectif commun des trois notions est le rapprochement juridique entre les peuples, entre ordres juridiques ou système de droit, la mise en œuvre de l'une comme des autres diffère.

<sup>58</sup> Il importe de préciser que la doctrine est partagée quand en ce qui concerne le « précédent » dans l'arbitrage d'investissement international. Voir à cet effet AUDIT (M.), « La Jurisprudence Arbitrale comme Source du Droit International des Investissements », Leben (C.) (dir.), *Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational*

<sup>59</sup> MAKON MA MBEB (A.-R.), « Les avantages pour l'Afrique de l'arbitrage transnational, moyen prioritaire de règlement des différends relatifs aux investissements directs étrangers », *op.cit.*, p.222.

**La notion de loi de finances de l'année en droit budgétaire Camerounais***The concept of the budget law of the year in cameroonian budget law*

Par :

**BIKOGO Marie Albertine Fleur**

Doctorante en Droit Public

Université de Ngaoundéré (Cameroun).

Page | 610

**Résumé :**

*L'ordonnance N° 62/OF/4 du 07 février 1962 réglant le mode de présentation, les conditions d'exécution du budget de la république fédérale du Cameroun, de ses recettes, de ses dépenses et de toutes les opérations s'y rapportant, modifié par la loi n°2002/001 du 19 avril 2002 longtemps resté en vigueur. Puis, abrogée des décennies après par la loi N° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant Régime financier de l'Etat utilise la notion de loi de finances de l'année. Contrairement à ses prédécesseurs, le législateur de 2018 sur le régime financier de l'Etat et des autres entités publiques, utilise plutôt la notion de loi de finances initiale. Certes loi de finances de l'année et loi de finances initiale s'emploient souvent comme des synonymes. Mais, dans ce cadre, cette mutation semble-t-il n'est pas anodine. Car, rendu à l'ère de la réforme des finances publiques, il a été constaté un aménagement fonctionnel, organisationnel et même notionnel des finances publiques. Cette tendance nous indique que l'usage de la notion de loi de finances initiale dans la loi N°2018/012 du 11 juillet 2018 portant Régime financier de l'Etat et de autres entités publiques, intervient non pas en synonymie avec la loi de finances de l'année mais dans une logique de réforme notionnelle dans la mesure où le qualificatif initial traduit davantage le véritable enjeu de cette loi ; à savoir le référent de base de l'exercice budgétaire. L'urgence s'impose de repenser à une requalification de la notion de loi de finances de l'année.*

**Mots clés :** Loi de finances de l'année, loi de finances initiale, mutation, réforme, requalification.

**Abstract :**

*The ordinance N°62/of/4 of february 7, 1962 regulating the mode of presentation, the conditions of execution of the budget of the Federal Republic of Cameroon, its revenues, expenditures and all opérations related to these, amended by law N°2002/001 of April 19, 2002 which remained in force or a long time. Then, abrogated decaded later by law N°2007/006 of December 26, 2007 on the financial Regim of the state, use the notion of the finance law of year. As opposed to its predecessors, the legislator of 2018 on the financial regime of the state and other entities, instead uses the concept of initial finance law.it is true that the annual budget law and initial budget law are often used as synonyms. But in this context, it would seem that thi change is not meaningless. For in the era of public finance reform, there has been a functional, organizational and even notional ajustement of public finance. This tendency indicates that use of the notion of the initial budget law in law N°2018/012 of july 11,2018 on the financial Regim of the state and another publics entitys is not synonymous with the budget law of the year, but is part of notional reform logic in the sense that the initial qualifier reflects the real issue of this law, namely the basic referent of budgetary exercis. There is an urgent need to rthink a reclassification of the concept of the finance law of year.*

**Keys words :** Finance law of year, initial finance law, mutation, reform, requalification

## Introduction

L'article 12 alinéa 3 de la loi portant Régime financier de l'Etat et des autres entités publiques (RFEFP) dispose que « *Ont le caractère de lois de finances : La loi de finances initiale ; la loi de finances rectificatives ; la loi de règlement* ». En fait, il existe trois types de lois de finances<sup>1</sup>. Cependant, l'usage de la notion loi de finances initiale<sup>2</sup> dans la disposition suscitée attire notre attention car c'est la première fois qu'elle apparaît explicitement dans un texte portant régime financier de l'Etat (RFE). Dans les autres RFE<sup>3</sup> le législateur employait la notion qui lui est synonyme à savoir, la loi de finances de l'année : pour désigner le document qui « *prévoit et autorise pour chaque année civile l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat* »<sup>4</sup>.

Cependant, partant du fait qu'« *en finances publiques, comme d'ailleurs en toutes matières du droit, les instruments juridiques consistent en un cadre matériellement visible véhiculant une idée* »<sup>5</sup>, Il convient de dire que par son intitulé, la finalité de la loi de finances de l'année n'obéit pas à l'idée qu'elle véhicule. En fait, la notion de loi de finances de l'année, sonne comme celle qui encadre les exigences financières de l'Etat tout au long de l'année civile. Ce à quoi renvoie sa définition politique ; « *la loi de finances est l'un des textes « phares » du gouvernement par lequel il présente et explicite ses orientations budgétaires et financières pour l'année à venir* »<sup>6</sup>. Mais il n'en est pas le cas, car, la loi de finances de l'année ouvre juste un cycle budgétaire qui se complète par la loi de finances rectificatives et s'achève par la loi de règlement. De ce fait, plus indicative est la notion de loi de finances initiale; par son intitulé, elle traduit mieux le vœu de cette loi ; un référent de base de l'exercice budgétaire. En fait, le qualificatif initial, désigne ce qui est au début ; le commencement. Ce terme est attribué à cette loi de finances pour dire qu'elle marque le commencement de l'exercice budgétaire.

<sup>1</sup> La précédente, la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant Régime financier de l'Etat en son article 4 en dénombrait quatre : la loi de finances de l'année ou loi de finances initiale (Mais appelée expressément loi de finances initiale dans la loi portant RFEFP de 2018), la loi de finances rectificatives, la loi de règlement et la loi prévue à l'article 41.

<sup>2</sup> La loi portant RFE de 2007 plus disert définit les lois de finances dans l'article 2 alinéa 1 en ces termes, La loi de finances prévoit et autorise, chaque année, l'ensemble des ressources et charges de l'État en déterminant leur nature, leur montant, leur affectation et en fixant leur équilibre

<sup>3</sup> L'ordonnance N° 62/OF/4 du 07 février 1962 réglant le mode de présentation, les conditions d'exécution du budget de la république fédérale du Cameroun, de ses recettes, de ses dépenses et de toutes les opérations s'y rapportant, modifié par la loi n°2002/001 du 19 avril 2002 longtemps resté en vigueur, abrogée des décennies après par la loi N° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant Régime financier de l'Etat

<sup>4</sup> Article 13 de la loi portant RFEFP.

<sup>5</sup> BILOUNGA (S.T.), *Finances publiques camerounaises : Budgets-impôts-Douanes-comptabilité*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.20.

<sup>6</sup> WALINE (C.), DESROUSSEAU (P.), GODEFOY (S.), *Le budget de l'Etat : nouvelles règles, nouvelles pratiques*, coll. « Les études », La Documentation française, 2006. p.39.

On constate donc que c'est de la manière que l'Etat se métamorphose au fil du temps, qu'on assiste à un mouvement général d'innovation en finances publiques<sup>7</sup>. L'Etat et les finances publiques sont consubstantiellement<sup>8</sup> liés dans la mesure où il n'y a pas d'Etat sans finances ; « *L'Etat, doit impérativement disposer d'un budget pour mener des activités financières propres à son fonctionnement* »<sup>9</sup>. A Monsieur SY Aboubakry de dire que « la maîtrise de l'Etat doit nécessairement passer par celles des finances »<sup>10</sup>. Par conséquent, l'évolution de l'Etat entraîne naturellement celles des finances publiques.

En matière budgétaire, les innovations ont porté sur l'assainissement des finances publiques ; la mise en œuvre de nouveaux outils de gestion budgétaire ; comptable et informatique ; la politique fiscale et l'administration des impôts<sup>11</sup> ainsi que l'institution de nouveaux concepts<sup>12</sup> telle que la mutation des notions « loi de finances de l'année » à « loi de finances initiale » dans la loi de 2018 portant RFE et des autres entités publiques. On peut voir une tendance à un aménagement conceptuel. Dès lors, au regard de ceci, quelle appréhension peut-on désormais faire de la notion de loi de finances de l'année en droit budgétaire camerounais ?

La réponse à cette question se fera de bon gré sur plusieurs méthodes telles que l'exégèse car nous sommes parti d'une disposition textuelle pour ressortir cette thématique. L'exégèse ou la méthode d'interprétation des textes juridiques est importante en droit, d'ailleurs, l'une des sources du droit repose sur les textes juridiques. Aussi la méthode comparative. Comme le disait le professeur Janvier ONANA<sup>13</sup>, la comparaison en science sociale est devenue un effet de

<sup>7</sup> KANKEU (J.), *La réforme de l'Etat par la performance*, Bafoussam, Presses Universitaires de la Périphérie (PUP), mars 2012, p.13.

<sup>8</sup> Vient de consubstantiation. Chez les luthériens c'est la croyance à la présence réelle du corps du Christ dans le pain et le vin de l'Eucharistie (s'oppose à la transsubstantiation).

<sup>9</sup> MOR (F.) et IBRAHIMA (T.), *Finances publiques: approche théorique et pratique*, l'Harmattan-Sénégal, 2018, p. 57.

<sup>10</sup> SY (A.), « La transparence dans le droit budgétaire de l'Etat en France, LGDJ, Lextenso, 2017, p74.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> L'article 7 de la loi de 2007 portant Régime financier de l'Etat, plus diserte, énumère ces nouveaux termes. Nous avons entre autre : Action : ensemble d'activités répondant aux besoins collectifs fondamentaux de la nation dans les différents domaines d'intervention de l'Etat.

Programme : ensemble d'actions à mettre en œuvre au sein d'une administration pour la réalisation d'un objectif déterminé dans le cadre d'une fonction.

Action : composante élémentaire d'un programme, à laquelle sont associés des objectifs précis, explicites et mesurables par des indicateurs de performance.

Objectif : résultat à atteindre dans le cadre de la réalisation d'une fonction, d'un programme ou d'une action et mesurable par des indicateurs.

Indicateur : variable qualitative ou quantitative permettant de mesurer les résultats obtenus dans la réalisation des objectifs.

Nous avons aussi dans l'article 9.- (1) la notion de chapitre. Un chapitre représente un Ministère, un organe constitutionnel, un groupe homogène de services ou d'unités administratives mettant en œuvre des programmes ou un ensemble d'opérations de nature spécifique.

<sup>13</sup> ONANA (J.), « Doctorales », Université de Ngaoundéré, 12 décembre 2019.

mode. En finances publiques, cette méthode est impérative car le monde est dans un élan de développement qui oblige à procéder à une réforme de nos finances publiques, il faut le rappeler, il n'y a pas d'Etat sans finances. Enfin, la méthode d'analyse des comptes et des faits<sup>14</sup> qui a pour objectif de susciter chez le rédacteur un esprit critique.

Dès lors, partant du postulat que la loi portant RFEEP a utilisé la notion LFI plutôt que LFA on peut voir en la loi de finances de l'année, une notion en cours de perdition, même si on garde à l'esprit qu'elle reste synonyme à la loi de finances initiale (I). Toutefois nous pouvons la requalifier (II).

## I- UNE NOTION EN COUR DE PERDITION

Où est passé la notion de loi de finances de l'année dans la loi de 2018 portant RFEEP ? La question mérite d'être posée car, on a de temps immémorial utilisé cette notion pour désigner le document qui prévoit et autorise le budget de l'Etat pour une année civile. La loi de finances initiale, quant à elle, était auxiliairement employée comme synonyme.

De nos jours, on constate que la tendance est toute autre. La notion loi de finances initiale aujourd'hui galvaudée, et davantage employé en lieu et place de la loi de finances de l'année, fait tout de suite penser à une possible extinction de celle qui jadis était la principale à savoir la loi de finances de l'année surtout par son absence dans le nouveau RFE de 2018 (A). Par ailleurs, avisé à une réforme des finances publiques, on voit en ce changement une réforme notionnelle (B).

### A- Une absence de la notion dans le nouveau régime financier de l'Etat

Le législateur a innové en substituant le qualificatif « année » à « initiale ». L'observation est opérante (1), et peut tout de même être justifiée (2).

#### 1- Une observation opérante

Partant du postulat qu'au Cameroun, la loi portant RFE et des autres entités publiques de 2018 a, en son article 12 alinéa 3 employée la notion de loi de finances initiale. On s'est

---

<sup>14</sup> Inspirée par le professeur BILOUNGA S.T, cette méthode est spécifique aux finances publiques. c'est la méthode pratique ; car, les finances publiques sont davantage plus techniques que théorique. En fait,, « la méthode d'analyse des comptes est incontournable pour toute recherche ambitieuse initiée dans le domaine des finances publiques, car elle permet d'être au courant des mouvements de la matière complexe des finances publiques. bien que l'essence positiviste du chercheur puisse justifier que celui-ci se contente des arguments juridiques contenus dans les textes et la jurisprudence qui sont en principes ses principaux outils de recherche. cette méthode comporte trois étape à savoir, l'observation indirecte des comptes, l'exploitation des informations y relatives et l'élaboration des conclusions ».

intéressé à cette mutation. Car, depuis la première constitution financière au Cameroun<sup>15</sup>, le législateur emploie la notion de loi de finances de l'année<sup>16</sup>. Des décennies plus tard, la loi de 2007 portant RFE plus diserte fait une énumération explicite, où on peut encore voir mentionnée la notion de loi de finances de l'année<sup>17</sup>. Mais dans le nouveau RFE de 2018<sup>18</sup>, le législateur a plutôt employé la notion de loi de finances initiale. L'article 12 alinéa 3 de cette loi dispose que « ont le caractère de loi de finances : la loi de finances initiale... ». C'est d'ailleurs la première fois que cette notion apparaît explicitement dans un texte portant régime financier de l'Etat au Cameroun. Raison pour laquelle cela a suscité en nous un intérêt à voir de près ce que pourrait signifier ce changement d'appellation.

Plusieurs idées taraudent notre esprit, la notion de loi de finances de l'année serait-elle en voie de disparition ? désuète ? Ou alors serait-ce tout simplement un préjugé de notre part ?

Une réponse à ces interrogations ne se fait pas en un « oui » ou en un « non ». Il faut au préalable voir dans quelle mesure l'absence de la notion peut être justifiée.

---

<sup>15</sup> Avant l'indépendance du Cameroun, la loi de finances du 13 avril 1900 institue l'autonomie financières des colonies »<sup>15</sup>. Brièvement, le processus décrit par BENJAMIN BIDIAS est le suivant ; en 1912, la promulgation du décret du 30 décembre 1912 sur le régime financier des colonies constitue pour les coloniaux, le décret financier par excellence. Promulgué au Cameroun, ce décret a subi de nombreuses retouches, le plus souvent motivées par les dépréciations monétaires. Après avoir connu trois administrations étrangères (allemande, française et britannique). Depuis l'indépendance, les finances publiques camerounaises ont connu plusieurs réformes parmi lesquelles trois grandes. La première est celle survenue après l'accession à l'indépendance matérialisée par l'ordonnance n° 62/OF du 7 février 1962 portant régime financier de la République fédérale du Cameroun. Ce fut le premier texte financier, car avant cette date, le Cameroun se trouvait influencé par l'administration française du fait de la colonisation<sup>15</sup>. Cependant, l'ordonnance n'était pas favorable au critère de performance, non plus aux exigences conjoncturelles parce qu'influencée par plusieurs soubresauts notamment l'impuissance des textes y compris du gouvernement à résorber la crise des années quatre-vingt faisant ainsi des ravages sur le plan économique et social. Il revenait donc à l'Etat de contrôler ses ressources en matière de recettes et de dépenses. A cet effet la nécessité de rationaliser les dépenses<sup>15</sup> se faisait ressentir compte tenu du déficit et de la rareté des ressources. Ajouter à cela, la pression des bailleurs de fond au travers des programmes d'ajustements structurels (P.A.S), doublée de l'influence de la loi organique française du 1<sup>er</sup> août 2001 portant loi des finances. Les P.A.S en eux même ne posaient pas problème mais plutôt les conditions auxquelles le Cameroun était soumis, le plongeant ainsi dans l'endettement.

Au regard d'une obsolescence ne pouvant plus répondre aux contraintes conjoncturelles, conjuguée par l'influence de plusieurs soubresauts, les pouvoirs publics prirent conscience de la gravité de la situation et procédèrent, après le point d'achèvement de l'initiative pays pauvres très endettés (PPTE), à la mise sur pied d'une seconde grande réforme, la loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat. Pour le professeur Jacques BIAKAN, elle est le fondement de la modernisation de la gestion publique à travers une planification axée sur les programmes<sup>15</sup> dans un contexte qui part de la logique des moyens à celle des résultats. C'est dire que la nouvelle gestion est axée non pas seulement sur les exigences de performances, mais elle doit également répondre aux critères de qualité, d'efficacité, d'efficience et d'économie. Aussi, cette réforme est une innovation dans le monde des finances publiques, car aucun secteur de l'activité de l'administration n'a été épargné<sup>15</sup>.

Tout récemment, une troisième réforme est intervenue avec la loi de juillet 2018 portant régime financier de l'Etat. Cette loi vient certainement corriger les imperfections de celle de 2007. L'étude de la loi de finances de l'année intervient dans ce contexte de réforme. Cependant, il ne sera pas question d'opérer une étude comparative de cette loi dans ces différentes époques. L'objet de l'étude dévoilera l'approche retenue.

<sup>16</sup> Article 39 de l'ordonnance de 1960.

<sup>17</sup> Article 38 de la loi portant RFE de 2007, le législateur tient compte de la synonymie entre loi de finances de l'année et loi de finances initiale en utilisant dans le même texte les deux expressions.

<sup>18</sup> La loi n°2018/ 012 du 11 juillet 2018 portant régime financier e l'Etat et de autres entités publiques.

## 2- Une mutation justifiée

La mutation de la loi de finances de l'année à loi de finances initiale n'est pas anodine. Elle peut être justifiée par rapport au sens qui dénote de cette notion. Quand on dit « loi de finances de l'année », on s'attend à voir une loi qui encadre les exigences financières de l'Etat pour toute l'année. Hélas ! l'appellation de loi de finances de l'année est en contresens avec la finalité qu'elle nous sert raison pour laquelle le législateur a trouvé mieux d'employer son synonyme qui sied plus à l'objet du document.

Depuis plusieurs années, on a pas connu un exercice budgétaire ne faisant pas intervenir en cours d'exercice une loi de finances rectificatives. Une loi de finances de l'année qui couvre un exercice budgétaire devient donc une espèce rare. D'ailleurs la loi de finances de l'année a toujours servi à ouvrir un exercice budgétaire, et non de couvrir toutes l'exercice car, comme le dit le professeur BILOUNGA Steve Thiery, faire exactement correspondre les autorisations budgétaires initiales aux besoins réels de l'Etat durant l'année relève de la gageure<sup>19</sup>. Prévoir le budget de l'Etat n'a rien d'exact. Raison pour laquelle le qualificatif « initial » a toute sa place par rapport à « année ». En fait, on peut dire que la loi de finances initiale est plus indicative dans la mesure où par son intitulé, elle présage une légèreté dans l'application, elle ouvre tout simplement un cycle budgétaire, qui se complète par la loi de finances rectificatives et s'achève par la loi de règlement. C'est-à-dire que la loi de finances initiale se fait sur la base des estimations, contrairement aux autres lois qui sont décisionnelles, la loi de finances initiales est prévisionnelle. On dit qu'elle à « une valeur symbolique » ; on la qualifie de loi « *sans horizon ni perspectives* », loi de « *routine* » loi « *de reconduction* ».

Un aspect attire notre attention, les lois sont en générales décisionnelles, mais la loi de finances initiale est prévisionnelle. Ce critère spécifique à la loi de finances initiale est une entorse à ce que voudrait être la loi ; expression de la volonté générale, « *la loi [est] produite – et non déduite* »<sup>20</sup>. Elle est « *une norme contraignante ayant une force obligatoire*<sup>21</sup> ». La Constitution de 1791 proclame qu'« *il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger obéissance* »<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> BILOUNGA (S.T.), *Finances publiques camerounaises : Budgets-Impôts-Douanes-comptabilité publiques*, op.cit., p.65-66.

<sup>20</sup> BRUNET (P.) « Que reste-t-il de la volonté générale ? sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », Dans *Pouvoirs* 2005/3 (n°114), p.6.

<sup>21</sup> « *Nul n'est sensé ignorer la loi* » dit-on souvent. En plus, la règle juridique est obligatoire à l'égard de ses destinataires. Le non-respect de la règle juridique nous expose à des sanctions –amendes, privation de biens et/ou de libertés. Raison pour laquelle, le budget, acte comptable s'inscrit dans la loi pour mieux s'affirmer.

<sup>22</sup> COUDERC (M.), « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », Dans *Pouvoirs*, 2005/3 n° 114, p.5.

On pense à la phrase de Pascal pour qui l'on doit obéir aux lois « *non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois* »<sup>23</sup>.

Force est de constater que, la loi n'est plus « *l'incarnation de la perfection du système juridique, ni œuvre de raison, ni œuvre de la puissance souveraine. Elle est devenue un acte d'approximation* »<sup>24</sup>. Jadis « *sacrée, divinisée, œuvre de perfection.* »<sup>25</sup>, aujourd'hui la loi a considérablement subi un grand coup ; « *la loi est malade dit-on* »<sup>26</sup>. La loi de finances initiale serait le modèle type de la loi devenue « *acte d'approximation* » car, fondée sur des prévisions budgétaires. Elle prévoit<sup>27</sup> ce que seront les dépenses et les recettes de l'Etat durant l'année à venir sans une réelle exactitude. D'ailleurs aussitôt l'exercice budgétaire entamée que l'exécutif peut déjà procéder à une régulation budgétaire<sup>28</sup>. COURDEC s'interroge à ce propos : « *Quel nom trouver à ces initiatives qui ne cherchent plus à créer des normes, mais à normaliser les émotions de l'opinion en remplissant une fonction maternante ? Peut-être faudrait-il les appeler non des lois, mais des « légères », par référence à leur vocation qui est de lire dans les faits sociaux ou les désirs de l'opinion, en raison aussi de leur faible pesée obligatoire. On pourrait aussi proposer « légettes », ou « petites lois », l'appellation étant réservée aux textes à faible pouvoir normatif et à durée de vie limitée, comme leur consonance homonymique avec le verbe jeter peut le suggérer. La statue du Commandeur en serait peut-être apaisée* »<sup>29</sup>.

Jour après jour, la loi perd toutes ses vertus. La loi de finances initiale particulièrement est une expérience palpable de ce que le professeur BILOUNGA voit en une crise de la loi, elle regorge tous les maux « *Quand sa quantité n'est pas débordante*<sup>30</sup>, sa qualité décline »<sup>31</sup> aussi « *L'essence et même l'existence de la loi [de finances de l'année] semblent alors connaître une profonde crise qui affecte son concept* »<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> *Idem.* P.6

<sup>24</sup> BERTRAND (M.), *La loi*, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2004, p.1.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Imaginer à l'avance comme probable.

<sup>28</sup> La régulation budgétaire est l'ensemble des opérations qui consistent, en fonction des difficultés de trésorerie, à modifier le rythme de la consommation des crédits ou des paiements, ou à procéder aux annulations de crédits nécessaires.

<sup>29</sup> COURDEC (M.), « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *op.cit.*, p.17. Voir aussi BERTRAND M. *La loi*, L'auteur qualifiait ce type de « loi instable » à cause de sa périodicité annuelle, due à son caractère prévisionnel. Elle peut aussi être qualifiée de « loi souple » à cause de la légèreté de sa valeur.

<sup>30</sup> WALINE (C.), DESROUSSEAU (P.), GODEFROY (S.), « Matériellement, le projet de loi de finances initiale, se présente sous la forme d'un document volumineux de plusieurs centaines de pages... assorti de nombreux rapports, annexes explicatives... », *op.cit.*, p.39.

<sup>31</sup> BILOUNGA (S.T.), « La crise de la loi en droit public camerounais », *op.cit.*, p.27.

<sup>32</sup> *Idem.*

## B- Un appel à une réforme notionnelle

Une étude sur l'absence de la notion de loi de finances de l'année dans le RFE de 2018 intervient dans un contexte de réforme des finances publiques. Avec la crise des finances publiques (1), la situation est celle où « *Toutes les sociétés, développées ou en développement, sont confrontées à la réforme de leurs finances publiques (...) de pays à pays (...) l'on peut constater un rapprochement progressif des dispositifs* »<sup>33</sup>. Ceci étant, la réforme de l'Etat camerounais apparaît de nos jours comme une ardente obligation. L'avènement du budget programme vient conforter cette thèse (2).

### 1- Le fait de la crise des finances publiques

Les finances publiques ont connu une profonde crise, procéder à leur réforme s'affirmait comme un impératif catégorique<sup>34</sup>. La réforme de la gestion des FP est l'un des défis du gouvernement camerounais s'il faut atteindre l'émergence 2035. Les défis à relever ne concernent pas seulement la gestion budgétaire. Par ailleurs, on assiste à un effondrement du cadre théorique habituel. Le professeur BILOUNGA Steve Thiery, le relève aussi, quand il dit que l'une des considérations susceptibles de justifier cette situation concerne les concepts financiers<sup>35</sup> qui doivent être adaptés à la donne et aux règles de la modernité financière<sup>36</sup>. « *Il en résulte une perte des concepts essentiels sur lesquels les finances publiques étaient fondées et qui jusqu'alors semblaient aller de soi...Des notions jusque-là bien admises perdent de leurs sens originels et même de leur périmètre* ».

Dans le cas d'espèce, jadis, la notion « loi de finances de l'année » était bien admise, cette dénomination a sans doute été délibérément choisie pour souligner le contenu éthique<sup>37</sup> que devait traduire cette loi, mais cette logique demeurait limitée.

### 2- L'avènement du budget programme

L'avènement des budgets programmes nous impose un changement de logique. Au Cameroun, le besoin est pressant. Plusieurs pays, garde encore à l'esprit la notion de loi de finances de l'année, au Cameroun, la réforme s'est vite opérée. Doit-on penser que la transition du budget de moyen au budget programme a aussi entraînée celle de la notion loi de finances

<sup>33</sup> BOUVIER (M.), SCLASSAN (M-C.), LASSALE (J.P.),

<sup>34</sup> SAUMADE (G.), « Une réforme obligatoire », RFFP, n°73, janvier 2001, pp.139-141.

<sup>35</sup> BILOUNGA (S.T.), *Finances publiques camerounaises*, op.cit., p.21.

<sup>36</sup> BARILARI (A.), BOUVIER (M.), *La nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, Paris, LGDJ, 2004, PP.11 et suivantes.

<sup>37</sup> KANKEU (J.), *La réforme de l'Etat par la performance*, op.cit., p.9.

de l'année à loi de finances initiale ? Puisque la notion de loi de finances de l'année est pratiquement limitée comme le budget de moyen.

Or, le budget programme fait ses preuves, il concourt à la réalisation des objectifs. En fait, l'ambition de la réforme actuelle en matière de gestion de l'Etat est de faire passer l'administration d'une logique de moyens à une logique de résultats<sup>38</sup>, entraînant sur son passage un réaménagement des finances publiques. Le budget est ainsi confronté à de nouvelles règles et de nouveaux paradigme ; Au-delà des charges et des ressources de l'Etat, des conditions d'équilibre et financier, les performances de l'administration dépensière font désormais partie des lois de finances, à travers la mention faite de la notion de programme<sup>39</sup> et des nouvelles notions qui l'accompagnent comme fonction<sup>40</sup>, action<sup>41</sup>, objectif<sup>42</sup>, Indicateur<sup>43</sup>, chapitre<sup>44</sup>... apparu pour la première fois dans la loi de 2007 le processus s'est poursuivi après une décennie dans la loi de 2018 avec l'usage de la loi de finances initiale.

## II-UNE NOTION EN POSSIBLE REQUALIFICATION

L'expression loi de finances de l'année nécessite à nouveau une requalification. Par rapport à l'encadrement annuel (A) ou encore revoir parmi les lois de finances qui existe celle qui correspond le mieux à l'appellation loi de finances de l'année, il s'agira donc de procéder à une requalification selon la finalité (B).

### A- Une requalification par rapport à la considération de l'année civile

Sur le plan temporel, La loi de finances de l'année est régie par le principe d'annualité<sup>45</sup>. Ce principe de portée très large signifie que la vie financière de l'Etat doit se développer par tranche annuelle, correspondant à l'année civile c'est-à-dire qu'elle commence à s'appliquer le

<sup>38</sup> KANKEU (J.), *op.cit.*, p.20.

<sup>39</sup> La loi de finance présente l'ensemble des programmes concourant à la réalisation des objectifs de développement économique, social et culturel du pays.

<sup>40</sup> Ensemble d'activités répondant aux besoins collectifs fondamentaux de la nation dans les différents domaines d'intervention de l'Etat.

<sup>41</sup> Composante élémentaire d'un programme, à laquelle sont associés des objectifs précis, explicites et mesurable par des indicateurs de performance.

<sup>42</sup> Résultat à atteindre dans le cadre de la réalisation d'une fonction, d'un programme ou d'une action et mesurable par des indicateurs.

<sup>43</sup> Variable qualitative ou quantitative permettant de mesurer les résultats obtenus dans la réalisation des objectifs.

<sup>44</sup> Un chapitre représente un Ministère, un organe constitutionnel, un groupe homogène de services ou d'unités administratives mettant en œuvre des programmes ou un ensemble d'opérations de nature spécifique.

<sup>45</sup> L'annualité est consacrée dans la constitution selon ces dispositions "Les chambres du parlement se réunissent aux mêmes dates: en session ordinaires<sup>45</sup>, chaque année (...) sur convocation des bureaux de l'Assemblée Nationale et du sénat, après consultation du président de la République. L'annualité budgétaire notamment est compris dans l'article 16 de la constitution en ces termes, "Au début de chaque législature, l'assemblée nationale vote le budget de l'Etat ».

1<sup>er</sup> janvier et s'achève le 31 décembre<sup>46</sup>. Sont donc impliquées dans cet encadrement annuel, toutes les lois de finances, car elles interviennent toutes dans le cadre d'une année (1) et sont conformes au système de gestion des finances publiques (2).

### 1- L'encadrement de toutes les lois de finances à une année civile

Toutes les lois de finances interviennent dans le cadre d'un exercice budgétaire. Ce qui peut permettre de dire qu'au lieu de parler de « *la loi de finances de l'année* » pour indiquer un type de loi de finances, il serait mieux de parler « *des lois de finances de l'année* » pour désigner l'ensemble des lois de finances qui interviennent au cours d'une année civile.

D'abord la loi de finances initiale. C'est le référent de base de l'exercice budgétaire. Elle ouvre l'exercice budgétaire et en détermine aussi la fin<sup>47</sup>. Selon l'article 13 de la loi portant RFEFP, « *La loi de finances initiale prévoit et autorise pour chaque année civile l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat* ». Les auteurs WALINE Charles, DESROUSSEAUX Pascal et GODEFROY Stanislas ont défini dans leur ouvrage intitulé *le budget de l'Etat*<sup>48</sup> la loi de finances (LF) selon trois principaux aspects. D'abord, « *Matériellement, le projet de loi de finances de l'année, ou loi de finances initiale se présente sous la forme d'un document volumineux, de plusieurs centaines de pages* »<sup>49</sup>. Ensuite, « *Politiquement, la loi de finances est l'un des textes « phares » du gouvernement par lequel il présente et explicite ses orientations budgétaires et financières pour l'année à venir, sollicite des autorisations de dépenser et de percevoir des recettes, dans le respect des différentes programmations pluriannuelles* »<sup>50</sup>. Enfin, « *Juridiquement, la loi de finances initiale est la loi qui prévoit pour un exercice les recettes, autorise les dépenses et arrête l'équilibre budgétaire* »<sup>51</sup>. Par ces trois aspects, on voit que son volume, « *son contenu et ses implications pour l'ensemble des acteurs économiques [lui confère] une spécificité irréductible* »<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Mener la vie financière de l'Etat dans la période d'un an est une tradition pour les Etats, sauf que tous les pays n'optent pas pour un encadrement de l'année budgétaire à l'année civile. Dans d'autres Etats comme aux Etats-Unis, le Canada, le Grande-Bretagne... l'année budgétaire se situe sur une période d'un an certes mais sans correspondre à l'année civile. Bref, chaque pays situe le cadre annuelle d'autorisation et d'exécution du budget à la période qui lui semble la mieux propice.

<sup>47</sup>TROTABAS (L.), COTTERET (J-M.), Droit budgétaire et comptabilité publique, Quand l'année civile arrive à son terme, l'autorisation budgétaire arrive également à son terme. Le gouvernement se trouve dépourvu de tout pouvoir pour effectuer la moindre dépense et la moindre recette, et une autorisation nouvelle doit intervenir avant l'ouverture d'une nouvelle période budgétaire, op.cit., p.131.

<sup>48</sup> WALINE (C.), DESROUSSEAUX (P.), GODEFROY (S.), Le budget de l'Etat, op.cit., P.40.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid. P.9.

Ensuite la Loi de finances rectificative encore appelée collectifs budgétaires, parce qu'elle a pour objet de collecter, en cours d'année budgétaire, les nouvelles demandes. Le terme « *correctifs budgétaires* » convient aussi à ces lois puisqu'elles servent à corriger les erreurs de prévision commises lors de la préparation de la loi de finances de l'année<sup>53</sup>. Les lois de finances rectificatives « sont présentées dans les mêmes formes que la LFI .... et traduisent obligatoirement l'incidence des modifications apportées sur l'équilibre de l'exercice en cours et le solde de la loi de finances »<sup>54</sup>.

Faire exactement correspondre les autorisations budgétaires initiales aux besoins réels de l'Etat durant l'année, relève de la gageure<sup>55</sup>. Ceci étant, en cours d'année, les prévisions initiées par la loi de finances de l'année peuvent être abrégées par la loi de finances rectificatives, car, plusieurs événements imprévus parviennent toujours à occasionner la modification des autorisations initiales, dans l'optique de les adapter autant que possible à la conjoncture économique en cours<sup>56</sup>. Selon l'article 17.1 de la LRFE et des autres entités publiques, les lois de finances rectificatives peuvent, en cours d'année, modifier les dispositions de la loi de finances initiale. Le cas échéant, elles ratifient les modifications préalablement apportées. Elles interviennent en cours d'année selon l'article 18 de la loi portant RFE et des autres entités publiques : - si les grandes lignes de l'équilibre budgétaire défini par la loi de finances initiale se trouvent bouleversées, notamment en raison de l'évolution de la conjoncture, de l'intervention d'ordonnances ou d'arrêtés d'annulation de crédits, si les recettes constatées dépassent sensiblement les prévisions de la loi de finances initiale ; si sont intervenues des mesures législatives ou réglementaires affectant de manière substantielle l'exécution du budget.

Selon le manuel de pilotage et d'exécution du budget programme, la loi de finances initiale est un acte de prévision de ressources et charges pour lesquelles plusieurs hypothèses ont été formulées à la base. Dans son exécution, des événements favorables ou défavorables peuvent intervenir pour dévier les prévisions budgétaires de leurs trajectoires préconisées. C'est pourquoi le législateur a autorisé les mouvements de crédit ainsi que la régulation budgétaire pour prendre en compte les nécessités de modifications marginales du budget au cours de son exécution. Cependant, lorsque les besoins de modifications deviennent importants et sont de nature à perturber radicalement l'équilibre initial du budget, les outils classiques évoqués

---

<sup>53</sup> MENGUE ME ENGOUANG, Finances publiques au Gabon : Droit budgétaire et Droit de la comptabilité publique, Paris, L'Harmattan, 2018, .

<sup>54</sup> Article 17.2 de la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant RFEFP.

<sup>55</sup> BILOUNGA (S .T.), *op.cit.*, p. 63-64.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 66.

s'avèrent inefficaces. Une loi de finances rectificatives peut être adoptée en cour d'année afin de modifier la loi de finances initiale.

Les LFR apparaissent sous la forme d'une ordonnance qui plus tard sera ratifiée par le parlement pour avoir la nature législative. L'exigence *des ordonnances de finances rectificatives* est sans doute constitutive d'une sérieuse entorse à la législation financière en vigueur, d'une part, et d'un fait rédhibitoire à l'édification de l'Etat de droit financier au Cameroun d'autre part<sup>57</sup>. On peut pardonner à cette méthode qui nourrit la centralisation du pouvoir ou le PR est en fait le « *Jupiter financier*<sup>58</sup> », auteur principal des ordonnances dans le domaine réservé aux LFR du parlement. Les LFR sont le nœud gordien du budget de l'Etat car elles sont pratiques et réelles. Les LFR traduisent obligatoirement l'incidence des modifications apportées sur l'équilibre de l'exercice en cours et le solde de la LFI.

Enfin, la loi de règlement. Elle est citée à l'article 20 de la loi portant RFE et des autres entités publiques. Comme la loi de finances initiale, la loi de règlement est élaborée chaque année. Elle arrête le montant définitif des recettes et des dépenses qui ont été réellement exécutées, ainsi que le résultat budgétaire (déficit ou excédent) qui en découle. Elle permet au parlement de constater les résultats financiers annuels et d'approuver les différences entre les résultats et les prévisions de la LFI. Selon l'article 20 al.2 de la loi de 2018, la loi de règlement arrête les résultats de la comptabilité budgétaire et de la comptabilité générale de l'exercice considéré et en donne un quitus au gouvernement. Elle procède aux modifications qui s'avèreraient, le cas échéant, nécessaires notamment en : ratifiant les ouvertures de crédits intervenues par ordonnance postérieurement à la dernière loi de finances afférentes à cette année. Selon Jacques BIAKAN la loi de règlement est un acte permettant de vérifier « la régularité et la sincérité de l'exécution des lois de finances ainsi (...) que le bon usage des deniers publics ». Donc elle est à la fois constatation, compte et fin d'un exercice.

## 2- L'inscription au système de l'exercice et la conformité au système de gestion

Le système d'exercice ou de gestion, sont les deux systèmes approuvés pour la gestion des finances publiques. Ces systèmes tiennent comptes de l'ensemble des opérations budgétaires réalisées. Pour y parvenir, on se réfère aux différentes lois de finances intervenues durant l'année.

<sup>57</sup> *Idem*, p.67.

<sup>58</sup> Voir. La thèse de l'enracinement du « Jupiter financier » évoquée par BILOUNGA Steve Thiery, BILOUNGA (S.T.), *Finances publiques camerounaises, op.cit.*, p.67

Au Cameroun, du fait du programme d'ajustement structurel (PAS), le législateur de 2007 semble avoir opté pour le système de l'exercice qui a été réaffirmée par le texte de 2018. D'après le système de l'exercice, les opérations de recettes et de dépenses sont imputées au budget de l'année au cours de laquelle elles ont été prévues. Selon le professeur MAGNET Jacques, « l'exercice résulte de la combinaison de l'aspect matériel et de l'aspect temporel de l'annualité et s'entend comme l'ensemble des opérations d'exécution d'un même budget, soit qu'elles aient été entièrement effectuées durant l'année pour laquelle ce budget a été votée, soit qu'entreprise durant cette année... »<sup>59</sup> Ainsi, toutes les lois de finances qui interviennent au cours de l'année civile obéissent au système d'exercice. En effet, toutes les autorisations budgétaires conservent leurs effets après la fin de l'année. Toutefois, des opérations nouvelles ne peuvent être comprises qu'en vertu des autorisations nouvelles données par le budget de l'année qui commence.

En effet, une dépense de l'année ((N) sera imputée cette année, indépendamment de la date à laquelle elle provoquera un décaissement. Dans ce cas, les autorisations budgétaires peuvent dépasser le cadre annuel, les crédits votés devant restés inutilisables jusqu'à leur abrogation. De même, une période complémentaire s'ajoute à la période principale permettant de ce fait une meilleure méthode de comptabilisation des opérations financières<sup>60</sup>. Le système d'exercice permet de ce fait d'avoir une vue générale sur l'exécution des dépenses et des recettes d'une année budgétaire donnée, dans la mesure où sont regroupées tous les actes d'exécution autorisés par la loi de règlement<sup>61</sup>. Ce système est complexe, en revanche, TROTABAS Louis et COTTERET Jean-Marie estiment que malgré cette complexité ? il est « plus sûre et libérale »<sup>62</sup>.

L'autorisation budgétaire permet l'exécution des dépenses et des recettes, d'après la formule dite des droits acquis et des services faits, qui ne tient pas compte du moment de cette exécution mais du moment de l'acquisition des droits ou de la prestation des services. La formule de l'exercice embrasse ainsi « l'ensemble des charges et des droits d'une année », abstraction faite du moment où ces charges et ces droits sont exécutées. Mais elle présente, en

<sup>59</sup> MAGNET (J.), *Eléments de la comptabilité publique*, LGDJ, 4<sup>e</sup> édition, n.p.184.

<sup>60</sup> BIDIAS (B.), *Les finances publiques du Cameroun*, op.cit., p.285.

<sup>61</sup> BOYOGUENO TSAGUEHE (M.F), « L'annualité dans le droit budgétaire camerounais », Université de Douala, thèse, 2019-2020, p.58.

<sup>62</sup> TROTABAS (L.), COTTERET (J-M.), la formule d'exercice est la plus simple « elle embrasse les opérations de dépenses et de recettes réalisées au jour le jour, pendant toute l'année financière, de telle sorte qu'au dernier jour de l'année, les autorisations et l'exécution s'arrêtent simultanément », op.cit, p.141.

contrepartie de ses avantages, un grave inconvénient : elle prolonge la durée d'exécution du budget et retarde l'arrêt des comptes jusqu'au moment où toutes les opérations autorisées par le budget sont accomplies. Cela peut laisser indéfiniment en suspens la clôture de l'exercice sans avoir à souffrir de ses inconvénients, il faut limiter la période d'exécution du budget, après les douze mois de l'année budgétaire, à une période complémentaire, au terme de laquelle l'exercice est clos.

A côté de la méthode de l'exercice, se trouve la méthode de gestion. Cette méthode a été imaginée par le comte Coverto, elle consiste à rattacher toutes les recettes et toutes les dépenses à l'année budgétaire au cours de laquelle les opérations d'encaissement ou de décaissement auxquelles elles donnent naissance sont effectivement réalisées

Le système de gestion est d'autant plus simple que la date des opérations comptables est claire. Dès la fin de l'exercice budgétaire, les comptes sont arrêtés et l'on peut apprécier la gestion budgétaire. Cette formule manque de rigueur dans le respect de l'autorisation budgétaire : elle permet en effet de hâter des recettes ou de retarder le paiement de certaines dépenses, de telles sortes que l'exécution du budget peut faire apparaître au terme de la gestion un équilibre qui dissimule, en réalité, un avenir hypothéqué. Elle est en même temps trop rigoureuse, puisque l'autorisation budgétaire tombe avec le dernier jour de l'année, ce qui ne permet plus d'accomplir la dépense ou la recette qui n'est pas définitivement exécutée.

## **B- Une requalification selon la finalité**

Il convient donc de repenser une requalification de cette notion dans un cadre qui est maintenant le sien. Ceci étant, à s'en tenir au sens des mots par rapport à leurs finalités, une requalification de la loi de finances de l'année peut se faire en synonymie avec la loi de règlement (1) par conséquent, il sera attribué à la loi de finances initiale un autre synonyme (2).

### **1- Une probable synonymie entre loi de finances de l'année et loi de règlement**

S'il faut trouver à la loi de finances de l'année une place, elle sera à côté de la loi de règlement. Cette dernière serait même la véritable loi de finances de l'année car c'est elle qui contient les évaluations justes et définitives d'un exercice budgétaire. La loi de règlement intervient en fin d'exercice budgétaire, elle établit le solde entre les prévisions et les réalisations<sup>63</sup>. La loi de règlement, autrefois appelé « loi des comptes » comme ce nom l'indiquait rend comptes des réalisations concrètes et définitives<sup>64</sup>. Comme la loi de finances

<sup>63</sup> BILOUNGA (S.T.), *op.cit.*, p.67.

<sup>64</sup> *Idem.*

de l'année, elle est marquée du sceau de l'annualité parce qu'elle est élaborée chaque année, e, plus de rendre compte du rendement annuel.

Ceci étant, la loi de règlement considère strictement les opérations qui ont eu lieu durant l'exercice budgétaire. A ce titre, elle arrête les résultats de la comptabilité budgétaire et de la comptabilité générale de l'exercice considéré et en donne quitus au gouvernement, elle procède aux modifications de crédits qui s'avéraient, le cas échéant nécessaires, en ratifiant les ouvertures de crédits intervenues par ordonnances postérieurement à la dernière loi de finances afférente à cette année, en ouvrant, pour chaque programme concerné, les crédits nécessaires pour régulariser les dépassements constatés sur les crédits évaluatifs ; en procédant à l'annulation des crédits qui n'ont pas été consommés ; et en majorant du découvert autorisé au niveau du découvert constaté d'un budget annexe ou d'un compte de commerce.

La loi de règlement peut également comporter toutes dispositions relatives au contrôle de gestion des finances publiques ainsi qu'à la comptabilité de l'Etat et aux régimes de responsabilité des agents chargés de l'exécution du budget. elle permet d'avoir une information d'ensemble et une vue complète sur ce qu'a été le budget de l'année afin d'effectuer une évaluation parlementaire de l'efficacité de la dépense publique ; elle consiste à arrêter le montant définitif des recettes et des dépenses du budget auquel il se rapporte, ainsi que le résultat budgétaire qui en découle<sup>65</sup>. C'est à partir de la loi de règlement qu'on peut voir une image authentique et complète de la gestion des finances publiques pendant une année.

## 2- Une désormais synonymie entre loi de finances initiale et autorisation budgétaire

La loi de finances initiale longtemps employée pour désigner aussi la loi de finances de l'année verra cette synonymie réaménagée. L'article 13 de la loi portant RFEEP dispose que « La loi de finances initiale prévoit et autorise pour chaque année civile l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat ». « Si l'on cherche à dégager l'essentiel de la définition...en faisant ressortir le terme capital dont dépend la nature propre du budget<sup>66</sup>, c'est l'idée d'autorisation qui doit être soulignée ...»<sup>67</sup>. Autrement dit, contrairement aux autres lois de finances, c'est sur la LFI seule que repose réellement la nécessité d'autorisation. Il n'est pas rare de voir les expressions « vote du projet de loi de finances » et « autorisation budgétaire » être

<sup>65</sup> BOYOGUENO TSAGUEHE (M.F.), « L'annualité dans le droit budgétaire camerounais », *op.cit.* p.239.

<sup>66</sup> Considérant que la loi de finances est « parfois mobilisée dans le langage et la littérature juridique en lieu et place du budget », cette démonstration tiendra compte de cette synonymie. Cf. TROTABAS L. COTTERET J-M., *op.cit.*, p.

<sup>67</sup> TROTABAS (L.), COTTERET (J-M.), *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Dalloz, 1972, p.102.

utilisées comme des synonymes<sup>68</sup>. « La loi de finances initiale incarne l'autorisation budgétaire<sup>69</sup> ». Elle est « l'enveloppe juridique de l'autorisation parlementaire<sup>70</sup> ». L'autorisation budgétaire est un attribut essentiel lorsqu'on aborde la question sur la LFI, en principe, c'est par cet attribut que le gouvernement exécute le budget prévu. En fait, « Si l'on met autant d'efforts à la prévision et à la présentation budgétaire, c'est pour permettre au parlement d'exercer ses prérogatives financières : à savoir autoriser les recettes et les charges de l'Etat... »<sup>71</sup>. Le vote du budget devient alors la condition nécessaire pour mettre en mouvement ce pouvoir d'exécution

### Conclusion

La notion de loi de finances de l'année n'apparaît plus dans le régime financier de l'Etat de 2018 comme il était le cas dans les autres RFE de 2007 et l'ordonnance de 1960. Jadis employées comme des synonymes, loi de finances de l'année et loi de finances initiale ont un grand décalage dans le sens. L'absence de la notion « loi de finances de l'année » dans le nouveau RFE et des autres entités ne signifie pas que cette dernière a été écartée de l'académie des finances publiques, mais il s'agit juste d'une réforme notionnelle par rapport au véritable enjeu de cette loi. Dès lors, la notion de « loi de finances de l'année » peut être requalifier ou repenser dans un contexte qui lui sied. Voir en l'expression de loi de finances de l'année ; un ensemble composé de toutes les lois de finances de l'année qui existent car, concrètement toutes ces lois interviennent pour une année et dans le cadre d'une année. Ou encore à voir en la notion de « loi de finances de l'année » synonymie avec la loi de règlement, car la finalité de cette dernière cadre plus à l'appellation.

---

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> TONI (M.E.), « L'autorisation budgétaires en droit financier ouest-africains francophones », *op.cit.*, p.32.

<sup>70</sup> BIGAUD (C.), *Finances publiques-droit budgétaire*, Paris, Ellipses, 1995, p.28.

<sup>71</sup> TONI M.E., *op.cit.*, p.

## Le droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone

*The citizen's right to constitutional justice in French-speaking black Africa*

Par :

Page | 627

**WAPOUO BOUBA KADJOU**

Docteur en Droit public de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques  
Université de Maroua (Cameroun)

### Résumé :

*Le processus démocratique enclenché dans la majorité des États africains au début des années 1990 va entraîner des réformes constitutionnelles créatrices de juridictions spécialisées en matière constitutionnelle. Ainsi, l'on observe un vaste mouvement de remodelage de la juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone, conduisant à l'implémentation du modèle européen de justice constitutionnelle. En effet, l'accès ou le droit à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone est davantage reconnu et s'étend des autorités politiques aux citoyens ordinaires dans plusieurs États du continent. Toutefois, il sied de préciser que le droit du citoyen à la justice constitutionnelle fait l'objet de limitations dues au contexte sociopolitique des différents États, même si l'on note une évolution certaine allant dans le sens de la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens.*

**Mots clés :** accès, citoyen, droit, juge constitutionnel, justice constitutionnelle.

**Abstract :**

*The democratic process that began in the majority of African States in the early 1990s led to constitutional reforms that created specialised jurisdictions in constitutional matters. Thus, a vast movement of remodelling of the constitutional jurisdiction in French-speaking black Africa can be observed, leading to the implementation of the European model of constitutional justice. Indeed, the access or right to constitutional justice in French-speaking black Africa is more widely recognised and extends from the political authorities to ordinary citizens in several states on the continent. However, it should be mentioned that the citizen's right to constitutional justice is subject to limitations due to the socio-political context of the various states, even if a certain evolution towards the protection of citizen's fundamental rights and freedoms can be noted.*

Page | 628

**Keywords :** access, citizen, right, constitutional judge, constitutional justice.



## Introduction

« *Le constitutionnalisme ne peut que se réjouir lorsque le prétoire de la justice constitutionnelle n'est plus réservé aux seuls gouvernants, lorsqu'il ouvre ses portes aux citoyens* »<sup>1</sup>.

Page | 629

L'accès à la justice<sup>2</sup> de manière générale est devenu une préoccupation majeure aussi bien pour les théoriciens et praticiens du droit que pour le profane. Il ne se passe un jour sans que l'on ne parle ou remette en cause le système judiciaire d'un État. Ceci a d'ailleurs poussé un auteur à s'interroger de la manière suivante : l'accès à la justice déborde-t-il des rives auxquelles l'ont confiné le droit judiciaire<sup>3</sup> ? On peut le penser puisque la justice, en quête d'effectivité<sup>4</sup> à assurer pour le droit étend ses confins aux nouveaux horizons de la vie des États et de protection des individus et des groupes<sup>5</sup>. L'accès à la justice participe donc des droits de l'homme. En effet, l'accès à la justice pose la dialectique entre justiciable et justice. Caractérisé comme un droit fondamental, l'accès à la justice renvoie en général au droit à un recours effectif devant les juridictions nationales<sup>6</sup>. Ce qui implique le droit à un tribunal indépendant et impartial au regard de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Aujourd'hui, la justice constitutionnelle est répandue dans le monde entier, à l'exception toutefois des dictatures qui n'en ont pas ou leur font jouer un rôle de pure façade. Mais cette conquête du monde par la justice constitutionnelle ne s'est pas faite en un jour. La justice constitutionnelle la plus ancienne, celle des États-Unis, a mis plusieurs décennies à acquérir ses principales caractéristiques et il en a été de même pour les pays qui ont suivi son exemple : d'abord l'Amérique Latine, puis l'Europe et enfin le reste du monde<sup>7</sup>.

Dans beaucoup de pays, la justice constitutionnelle est concentrée entre les mains soit de la Cour suprême (Suisse, Mandé, Canada, par exemple), soit d'une Cour spécialisée dans l'examen des questions de constitutionnalité et appelée pour cette raison Cour constitutionnelle

<sup>1</sup> Delpérée (F.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1991, p. 18.

<sup>2</sup> *Colloque sur l'accès à la justice*, organisé par la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Maroua en 2018.

<sup>3</sup> Djogbénu (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in Aïvo (F. J.) (dir.) et al., *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 516.

<sup>4</sup> Carbonnier (J.), « Effectivité ou ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10<sup>ème</sup> édition, 2007, pp. 136-148.

<sup>5</sup> Millard (E.), « Effectivité des droits de l'homme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 349-352.

<sup>6</sup> Djogbénu (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », *op.cit.*, p. 520.

<sup>7</sup> Fromont (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 9.

(Autriche, Italie, Allemagne, Espagne, par exemple)<sup>8</sup>. Les pays africains ont également opté pour ce modèle (kelsénien) de justice constitutionnelle. Il convient dès lors d'apporter quelques clarifications conceptuelles : droit, citoyen, justice constitutionnelle.

La justice constitutionnelle désigne en effet « l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restrictions, la suprématie de la Constitution »<sup>9</sup>. Pour Kelsen, la justice constitutionnelle c'est « la garantie juridictionnelle de la constitution »<sup>10</sup>. Charles Eisenmann quant à lui distingue « justice constitutionnelle » et « juridiction constitutionnelle », la seconde étant l'organe par lequel s'exerce la première, et dégage ensuite « le sens juridique » de la justice constitutionnelle. « Le sens juridique de la justice constitutionnelle... est donc, en dernière analyse, de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système des règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique. »<sup>11</sup>. Théodore Holo quant à lui définit la justice constitutionnelle comme « toute fonction juridictionnelle ayant pour but d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement, par les pouvoirs publics »<sup>12</sup>. La justice constitutionnelle s'entend en fin de compte comme l'ensemble des procédés et mécanismes tendant à assurer le respect de la norme suprême dans un État quelconque, aussi bien par les pouvoirs publics que par les individus se trouvant sur son territoire.

In fine, il sied de relever que la notion de *justice constitutionnelle* ne peut être que fonctionnelle ou matérielle<sup>13</sup>. En d'autres termes, pour que la *justice* soit *constitutionnelle*, il faut que le litige porte au moins en partie sur l'application de règles constitutionnelles, mais il n'est pas nécessaire que la juridiction qui l'exerce soit spécialisée dans l'application du droit constitutionnel et encore moins qu'elle ait le monopole de l'application des règles constitutionnelles<sup>14</sup>. Il résulte de la définition retenue que la *justice constitutionnelle* a pour domaine l'ensemble des litiges mettant en cause l'application des règles constitutionnelles<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Fromont (M.), « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8, 2004, p. 172.

<sup>9</sup> Favoreu (L.) et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 233.

<sup>10</sup> Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 198-251.

<sup>11</sup> Duhamel (O.) et Mény (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 556.

<sup>12</sup> Holo (T.), « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, p. 101.

<sup>13</sup> À ce niveau, elle ne peut que désigner une activité ou, si l'on préfère, une fonction exercée en la forme juridictionnelle par un organe indépendant ayant le caractère d'une juridiction et parallèlement le juge constitutionnel ne peut que désigner un juge exerçant la justice constitutionnelle, qu'il soit ou non spécialisé dans cette tâche. (Voir Fromont (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, op.cit., p. 6).

<sup>14</sup> Fromont (M.), « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in Favoreu (L.), *Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 155.

<sup>15</sup> *Idem*.

Mais dans le cadre de cette étude, on se focalisera plutôt sur la justice constitutionnelle rendue par une juridiction constitutionnelle (organe spécialisé dans ce cas). Il s'agit du règlement, à titre principal, par un organe institué par la Constitution, des litiges d'ordre constitutionnel ou institutionnel auquel il est ajouté, dans certains États d'Afrique francophone, la garantie juridictionnelle de la protection des droits de la personne ainsi que du règlement du contentieux de la dévolution du pouvoir d'État<sup>16</sup>.

Le mot droit est une métaphore : le terme vient de *directum* (en ligne droite) qui implique, au figuré, l'idée de ce qui est conforme à la règle<sup>17</sup>. Cette image se retrouve d'ailleurs dans la plupart des langues étrangères<sup>18</sup>. Ce terme recouvre deux acceptions différentes. Tantôt, il désigne l'ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique : on parle en ce sens de *droit objectif*<sup>19</sup>. Dans cette première acception, le droit se réfère uniquement à son objet ou sa finalité qui est la régulation des rapports des hommes dans la société. Tantôt, on appelle droit le pouvoir accordé à une personne d'user d'une chose ou d'exiger d'un autre individu l'exécution d'une prestation<sup>20</sup>. Sous cet aspect, on n'évoque plus le droit en général, mais un droit ou des droits et l'on se sert de l'expression *droit subjectif*, le qualificatif évoquant le *titulaire* de la prérogative juridique<sup>21</sup>. Dans la seconde acception, le droit se réfère à son sujet, c'est-à-dire le titulaire d'une prérogative quelconque.

Le droit, ainsi présenté à travers ses deux acceptions, apparaît comme un instrument d'action de l'État, c'est-à-dire de la puissance de l'État. Il s'exprime par la norme juridique et passe par l'édition des règles obligatoires. La limitation du pouvoir par le droit réside par conséquent dans la référence aux « droits de l'Homme ».

La notion de citoyen quant à elle désigne la qualité juridique d'une personne qui l'autorise à prendre part à la vie de l'État, par l'usage des droits civiques et politiques<sup>22</sup>. Dès lors, le droit de se faire représenter n'appartient aux citoyens qu'à raison des qualités qui leur sont communes et non à raison de celles qui les différencient. En outre, la citoyenneté correspond à la qualité de citoyen liée, en règle générale, à la nationalité<sup>23</sup>. Par exemple la

<sup>16</sup> Djogbénu (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », *op.cit.*, p. 519.

<sup>17</sup> Starck (B.) et autres, *Introduction au droit*, *op.cit.*, Paris, Litec, 5<sup>e</sup> édition, 2000, p. 1.

<sup>18</sup> On a entre autres : *dirito*, *derecho*, *recht*, *right*.

<sup>19</sup> Starck (B.) et autres, *Introduction au droit*, *op.cit.*, p. 1.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Avril (P.) et Gicquel (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », n°3655, 2012, p. 19.

<sup>23</sup> *Idem.*

citoyenneté européenne qui a été instituée par le traité de Maastricht, se superpose à la citoyenneté nationale. Elle se compose du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres de l'Union européenne ; du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et au Parlement européen ; et de la protection diplomatique et consulaire.

La protection des droits et libertés fondamentaux apparaît comme une fonction qui prend de plus en plus d'importance<sup>24</sup> en Afrique. C'est parce que les citoyens ont désormais le droit de saisir le juge constitutionnel par voie d'action ou par voie d'exception dans certains États. Les droits fondamentaux étant proclamés par la Constitution, le rôle du juge va être décisif, car c'est lui qui interprète la même Constitution<sup>25</sup>. Il doit se prononcer sur des normes attentatoires aux droits fondamentaux et sur la constitutionnalité des actes individuels de certains organes de la personne publique et indirectement de certains individus<sup>26</sup>. C'est à cette fonction que la justice constitutionnelle doit son prestige nous dit Demba Sy. Il faut relever que le juge constitutionnel s'est particulièrement distingué en matière de protection des droits et libertés fondamentaux dans certains États d'Afrique noire francophone. Finalement, le juge constitutionnel s'érige en gardien des libertés et droits fondamentaux.

Dans les démocraties avancées, la justice constitutionnelle a progressivement changé de fonction pour passer d'une limitation passive du pouvoir politique à une protection active des droits fondamentaux des citoyens<sup>27</sup>. En effet, la limitation du pouvoir politique crée toujours, par voie de conséquence, un espace de liberté au profit des citoyens<sup>28</sup>. Inséparable de la justice constitutionnelle, la garantie des droits fondamentaux s'inscrit parfaitement au cœur de la mission de toute juridiction constitutionnelle<sup>29</sup> comme le souligne M. Aïvo Frédéric Joël. Et quelles que soient les circonstances de sa création et son historicité, « *une juridiction constitutionnelle n'est pas digne de cette appellation si elle n'a au moins la compétence*

<sup>24</sup> Le professeur Bernard Raymond Guimdo Dongmo écrit à juste titre que, « *le fait de consacrer le recours au juge est incontestablement un signe de vitalité de la société et une manifestation de l'État de droit. C'est pourquoi les citoyens sont considérés comme des requérants en puissance qui participent au quotidien à la consolidation de l'État de droit* », in Guimdo Dongmo (B.-R.), « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun : contribution à l'étude du droit fondamental », *RRJ*, n°1, 2008, pp. 453-498.

<sup>25</sup> Demba Sy, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in NAREY Oumarou (dir.), *La justice constitutionnelle, Actes du colloque international de l'Association Nigérienne de Droit Constitutionnel (ANDC)*, Paris, L'Harmattan, p. 50.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Kanté (B.), « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », *Leçon inaugurale in Narey Oumarou (dir.), La justice constitutionnelle, Actes du colloque international de l'Association Nigérienne de Droit Constitutionnel (ANDC)*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 27.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> Aïvo (F.- J.), « Contribution à l'étude de la garantie de juridictionnelle des droits fondamentaux (retour sur 20 ans de jurisprudence (trop active) au Bénin) », *op.cit.*, p. 3, consulté le 07 février 2023.

*d'invalider les lois qui enfreignent les droits fondamentaux* »<sup>30</sup>. De façon constante, les constituants africains ont marqué leur fort attachement à la protection des droits fondamentaux, notamment à travers leur inscription dans leurs lois fondamentales respectives<sup>31</sup>. C'est d'ailleurs ce qu'a pu affirmer madame Marie-Madeleine Mborantsuo : « (...) *les constituants africains ont intégré différentes sources de déclarations de droits à vocation internationaliste* »<sup>32</sup>. Cette référence aux instruments internationaux<sup>33</sup> en matière de droits et libertés fondamentaux a principalement trouvé pour siège les préambules des différentes Constitutions des pays d'Afrique subsaharienne, en particulier celles adoptées à partir des années 1990<sup>34</sup>. Les droits et libertés fondamentaux sont les droits et libertés protégés par les normes de niveau constitutionnel ou international<sup>35</sup>. Pour l'essentiel, les droits et libertés fondamentaux sont constitutionnellement protégés en vertu de dispositions écrites contenues dans les préambules et les dispositifs des différentes Constitutions des États de la zone CEMAC<sup>36</sup>. Les droits fondamentaux ne consacrent pas que des « valeurs fondamentales »<sup>37</sup>.

Dans les pays africains qui connaissent des régimes d'exception<sup>38</sup>, on n'assiste pas encore à une politique jurisprudentielle de protection des droits fondamentaux des citoyens<sup>39</sup>. Babacar Kanté pense qu'on peut trouver au moins deux raisons à cette situation : la première est que le juge n'est pas souvent saisi pour lui donner l'occasion de se prononcer sur le caractère

<sup>30</sup> Verdussen (M.), *Justice constitutionnelle, op.cit.*, p. 94. Cité par Aïvo (F.- J.), « Contribution à l'étude de la garantie de juridictionnelle des droits fondamentaux (retour sur 20 ans de jurisprudence (trop active) au Bénin) », *op.cit.*, p. 3, consulté le 07 février 2023.

<sup>31</sup> Cf. notamment, Owona (J.), *Droit constitutionnel et régimes politiques africains*, Paris, Berger-Levrault, Coll. Mondes en devenir, 1985, p. 225 ; également, Kontchou Kouomegni (A.), « Les Constitutions africaines et le droit international », in Conac (G.) (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, pp. 232-247. ; Cité par Ondoua (A.), « L'internationalisation des Constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 98, 2014, p. 441.

<sup>32</sup> Mborantsuo (M.-M.), *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique, op.cit.*, pp. 267-268.

<sup>33</sup> Il s'agit entre autres de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) du 26 août 1789 ; de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948 ; de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ; de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et les Pactes internationaux de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>34</sup> Ondoua (A.), « L'internationalisation des Constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 442.

<sup>35</sup> Favoreu (L.) et autres, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 880.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> Il s'agit en effet des régimes de transition marqués par les coups d'État, les changements de Constitution et les autres facteurs qui affectent le fonctionnement normal des institutions et perturbent l'ordonnement juridique. Ce sont des régimes qui produisent des lois de circonstance ou de complaisance, qui défient l'État de droit et la démocratie. Pendant ces périodes, la Constitution est généralement suspendue, les institutions légales dissoutes et remplacées à titre temporaire et provisoire par d'autres, qualifiées de transitoires. Voir Kanté (B.), « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », *op.cit.*, p. 24-26.

<sup>39</sup> Kanté (B.), « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », *op.cit.*, p. 27.

fondamental de certains droits. La deuxième réside dans le fait que, même lorsqu'il en a la possibilité, il ne conceptualise pas la notion ni ne définit son régime juridique<sup>40</sup>. D'où l'intérêt de la thématique qu'on se propose de traiter sur « le droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone ».

En fonction des pays, la liste des personnes habilitées à saisir la justice constitutionnelle varie sensiblement. On note ainsi que, dans les pays de *civil law*<sup>41</sup>, l'accès au juge est limité, alors qu'il est plus largement ouvert dans les pays appartenant au système de *common law*. Même dans les systèmes juridiques, pourtant nombreux, où le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est reconnu, elle n'est que rarement mise en œuvre par les requérants<sup>42</sup>. C'est ainsi que des lois liberticides sur le droit de la famille, le droit du travail ou même sur le droit fiscal sont parfois votées et promulguées dans l'indifférence générale des autorités habilitées à saisir la juridiction constitutionnelle, sans recours en contrôle de leur constitutionnalité, ni *a priori*, ni *a posteriori*. De même, des lois *politicides*, tendant à exclure des opposants ou à favoriser des partisans, qui éloignent les citoyens de la politique, sont votées par des majorités mécaniques du Parlement. Il en a été ainsi dans presque tous les pays traversant une prétendue transition (Cas de la Côte-d'Ivoire, du Burkina-Faso). Cette conception électoraliste de la démocratie correspond, assurément, à un déficit pour la justice constitutionnelle<sup>43</sup>. Dès lors, malgré les inquiétudes observées çà et là, le droit du citoyen à la justice constitutionnelle est-il vraiment pris en compte par les différents États de l'Afrique noire francophone ? Ce droit n'est-il pas appelé à évoluer compte tenu des contextes sociopolitiques des différents États ?

Par ailleurs, il convient de relever que dans le contexte du renouveau du constitutionnalisme, la majorité des systèmes constitutionnels africains intègrent le recours des particuliers devant les juridictions constitutionnelles. C'est ainsi que le Bénin, le Gabon, le Congo, la République Centrafricaine entre autres, offrent la possibilité au citoyen de saisir le juge constitutionnel directement par la voie d'action ou indirectement à travers l'exception d'inconstitutionnalité. Par contre dans d'autres États comme au Cameroun et au Tchad, le recours par la voie d'action demeure fermé aux particuliers. Toute chose qui nous permet d'affirmer premièrement que le droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone est un droit reconnu et limité dans une certaine mesure (I). Secondement, ce droit

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

<sup>41</sup> A ce niveau, l'ouverture est plutôt facilitée à des autorités politiques comme le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat et parfois à des représentants d'autres institutions.

<sup>42</sup> Kanté (B.), « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », *op.cit.*, p. 27.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 26-27.

qui milite pour la protection des libertés fondamentales des individus est appelé à évoluer compte tenu des circonstances temporelles (II).

## I- UN DROIT RECONNU, FAISANT L'OBJET DE LIMITATIONS

Page | 635

Pour un véritable modèle d'État de droit, le contrôle abstrait de la loi par la juridiction constitutionnelle paraît insuffisant. D'autant plus que le droit constitutionnel s'est transformé ; il n'est plus seulement le droit de l'État, mais de plus en plus, le droit du citoyen<sup>44</sup>. Dans ces conditions, dépasser le contrôle *a priori* n'est pas seulement souhaitable mais renvoie à un impératif de cohérence de la justice constitutionnelle<sup>45</sup>. L'on présentera tour à tour les déclinaisons du droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone (A), et les limites relatives à ce droit (B).

### A- Les déclinaisons du droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone

Dans les pays de l'Afrique francophone subsaharienne, se généralise un cadre juridique adapté organisant l'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles, mais dont l'étude doit être complétée par une recherche sur la pratique en ce domaine<sup>46</sup>. La possibilité de mettre en branle la justice constitutionnelle dépend d'abord des instruments juridiques prévus à cet effet. Il s'agit entre autres de la Constitution (1) et des lois organiques (2) relatives aux juridictions constitutionnelles des différents États d'Afrique noire francophone.

#### 1- La reconnaissance constitutionnelle du droit du citoyen à la justice constitutionnelle

Parmi les pays d'Afrique francophone, il faut dire que la majorité consacre l'accès des citoyens à la justice constitutionnelle. Malheureusement, l'on note certains États dont les Constitutions ne prévoient pas le droit du citoyen à la justice constitutionnelle. Il s'agit du Cameroun, du Mali et de la Mauritanie. Dans les Constitutions de ces trois États, l'accès au juge constitutionnel est limité aux plus hautes autorités ou personnalités de l'État<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Mathieu (B.), *JCP G*, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010 ; cité par Yankhoba Ndiaye (I.), « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », in *Actes du 6<sup>e</sup> Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF)* tenu à Marrakech en juillet 2012 sur le thème : « Le citoyen et la justice constitutionnelle », p. 36.

<sup>45</sup> Yankhoba Ndiaye (I.), « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », *op.cit.*, p. 36.

<sup>46</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », in Aïvo (F. J.) (dir.) et al., *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 329-330.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 330.

Certains pays ont opté pour un contrôle par voie d'action permettant à tout citoyen de faire constater par le juge la violation par la loi de ses droits garantis par la Constitution<sup>48</sup>. D'autres pays par contre, offrent cette possibilité au citoyen de contester une loi déjà promulguée, dans le cadre d'une instance au cours d'un procès devant le juge administratif ou judiciaire. Dans ce cas précis, le contrôle s'exerce à titre incident puisque le juge est amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qui ne constituait pas l'objet du litige principal<sup>49</sup>. Ainsi, le citoyen (justiciable) détient le pouvoir de faire constater qu'une loi déjà en vigueur n'est pas conforme à la Constitution. C'est ce que nous pouvons aussi remarquer avec l'introduction de la question priorité de constitutionnalité (QPC) en France, à travers la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>50</sup>. C'est une véritable mutation du rapport de l'individu citoyen à la Constitution qui est consacrée ; et ceci dans l'optique de faciliter l'accessibilité de la justice constitutionnelle<sup>51</sup>.

L'exception d'inconstitutionnalité ouvre le prétoire de la juridiction constitutionnelle au citoyen. Elle a l'avantage de minorer la distance qui sépare le droit de sa réalisation. Le citoyen devient acteur de sa propre protection par le déclenchement du mécanisme mis en place à cet effet<sup>52</sup>. En réalité, par fidélité sémantique, on aurait dû invoquer la question préjudicielle, car « si le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, on ne saurait parler d'exception d'inconstitutionnalité »<sup>53</sup>. C'est donc plus par commodité de langage qu'il faut admettre l'utilisation du vocable.

Dans la majorité des pays d'Afrique francophone, la voie d'exception est instituée pour remettre en cause non seulement les lois récemment votées mais aussi celles qui sont plus anciennes et qui paraissent en contradiction avec la Constitution en vigueur<sup>54</sup>. Cette possibilité accordée aux citoyens d'obtenir l'examen d'un texte juridique par la juridiction constitutionnelle remonte en général au début des années 1990, à la période dite de transition démocratique qu'ont préparée les conférences nationales et qui est marquée par des Constitutions qui renouent avec le multipartisme et le respect des droits de l'homme. L'exception d'inconstitutionnalité est ainsi prévue par l'article 122 de la Constitution

<sup>48</sup> On peut énumérer à ce sujet le Bénin, le Burkina-Faso, le Gabon, Madagascar...

<sup>49</sup> Yankhoba Ndiaye (I.), « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », *op.cit.*, p. 36.

<sup>50</sup> L'article 61 alinéa 1 de la Constitution française dispose en effet que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

<sup>51</sup> Yankhoba Ndiaye (I.), « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », *op.cit.*, p. 37.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>53</sup> *Ibidem.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 331.

bénoïse<sup>55</sup> du 11 décembre 1990, par l'article 86 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991, par l'article 148 de la Constitution du Congo Brazzaville du 15 mars 1992, par la loi n° 92-22 du 30 mai 1992 révisant la Constitution du Sénégal, par l'article 113 de la Constitution malgache du 19 août 1992, par l'article 104 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992. Au Burkina Faso, il faut, pour connaître de l'exception d'inconstitutionnalité, attendre une loi organique n° 011-2000 du 27 avril 2000 qui suit une réforme constitutionnelle du 11 avril 2000 transformant la chambre constitutionnelle en Conseil constitutionnel.

S'agissant de la mise en exergue de l'exception d'inconstitutionnalité dans la majorité des États de l'Afrique noire francophone, la formule est à peu près partout la même : tout *citoyen* (ou *particulier* ou *plaignant* ou *justiciable*, ou même *personne*) peut saisir la Cour (ou le Conseil) constitutionnelle par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction dans une affaire qui le concerne<sup>56</sup>. Deux Constitutions élargissent le type de textes susceptibles d'être contestés : les traités au Congo Brazzaville, les documents réglementaires lorsqu'ils menacent les libertés à Madagascar. Au Tchad, il n'est pas précisé la nature de l'acte incriminé. Quant aux modalités de transmission de la demande à la juridiction constitutionnelle, elles sont à peu près partout identiques : il est prescrit que le juge devant lequel l'exception est soulevée, sursoit à statuer jusqu'à ce que la question ait été tranchée. Dans un cas cependant, ce sont les juridictions placées au sommet de la hiérarchie judiciaire ou administrative qui saisissent la juridiction constitutionnelle : le Conseil d'État et la Cour de cassation au Burkina Faso. Au Congo-Brazzaville et en Côte d'Ivoire, c'est au plaignant qu'il appartient de profiter du délai d'un mois qui résulte du sursis à statuer pour saisir lui-même la Cour constitutionnelle<sup>57</sup>. Quid de l'aménagement du droit du citoyen à la justice constitutionnelle ?

## 2- L'aménagement par les lois organiques du droit du citoyen à la justice constitutionnelle

<sup>55</sup> Il est important de relever que le constituant béninois a organisé au profit des particuliers un large accès à la Cour constitutionnelle. Cet accès peut se faire par voie d'action (saisine directe) et par voie d'« exception » pour critiquer la constitutionnalité des lois. La saisine directe est prévue par l'article 3 alinéa 3 de la Constitution selon lequel «... tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes, et actes présumés inconstitutionnels ». Quant à l'article 122 de la Constitution, il prévoit que tout citoyen peut directement saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois. De plus, l'article 120 habilite toute personne à se plaindre devant la Cour de la violation de ses droits et libertés.

<sup>56</sup> Voir respectivement les articles 122 des Constitutions du Bénin, 180 du Congo Brazza, 100 de la Centrafrique, 135 de la Côte-d'Ivoire, 86 du Gabon, 96 de la Guinée, 118 de Madagascar, 132 du Niger, 92 du Sénégal, 166 du Tchad et 104 du Togo.

<sup>57</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 333.

L'accès à la justice constitutionnelle dépend beaucoup de la façon dont les procédures sont aménagées ; procédures permettant naturellement d'exercer cette forme de justice<sup>58</sup>. En effet, cet accès est organisé par les règles qui en fixent la saisine<sup>59</sup>. À ce titre, les lois organiques viennent préciser dans quelles conditions les citoyens peuvent exercer leur droit de déclencher la procédure de contrôle de constitutionnalité. Nulle part dans le monde, il n'est habituel pour un particulier quelconque de s'adresser fréquemment à la juridiction constitutionnelle compétente pour contrôler les lois. C'est particulièrement vrai en Afrique ainsi que dans la plupart des pays en développement, où la tendance spontanée n'est même pas de porter ses litiges devant les tribunaux de droit commun mais plutôt de faire appel aux modes alternatifs de règlement des conflits que propose la famille élargie, de s'appuyer sur les solidarités de voisinage ou sur les autorités traditionnelles ou ethniques.

Le législateur organique s'efforce donc d'alléger les conditions et de simplifier les procédures pour ne pas dissuader les candidats éventuels au déclenchement de telles instances. Les documents de présentation et les sites informatiques élaborés par les Cours ou Conseils constitutionnels insistent sur le parti pris d'ouverture qui les caractérise. Dans le cadre d'un congrès sur « L'accès au juge constitutionnel : modalités et procédures », les responsables de la Cour constitutionnelle centrafricaine insistent sur leur volonté de « permettre à tout justiciable d'être directement associé à la protection juridique de ses droits fondamentaux ». Leur conviction semble leur rendre difficile l'utilisation de la double négation : « Cette volonté sans équivoque de l'ouverture la plus large de la saisine [...] se manifeste par l'inexistence pratiquement d'aucune contrainte spéciale mise à la charge du citoyen [...] lui simplifiant ainsi à l'extrême l'accès au juge constitutionnel »<sup>60</sup>.

Les personnes qui sollicitent le juge constitutionnel doivent cependant fournir un certain nombre de renseignements, généralement limités. C'est le cas dans les trois pays concernés par le recours direct<sup>61</sup>. Cette exigence se comprend puisque, contrairement à l'exception d'inconstitutionnalité, la Cour ne connaît pas, grâce à l'instance devant une juridiction de droit commun, l'identité de ceux qui s'adressent à elle. Ainsi au Bénin, il appartient aux plaignants

<sup>58</sup> Les procédures qui permettent de saisir le juge et à celui-ci de statuer en matière constitutionnelle sont aménagées de façon extrêmement variée, qu'il s'agisse du moment où le juge peut être saisi, du type d'acte ou de comportement qui peut être contesté, des protagonistes admis à saisir le juge ou à paraître devant lui, du caractère concret ou abstrait de la question de constitutionnalité que le juge doit trancher, etc. (Voir Fromont (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, *op.cit.*, pp. 9-10).

<sup>59</sup> Djogbénou (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », *op.cit.*, p. 520.

<sup>60</sup> *Rapport de la justice constitutionnelle*. Centrafrique, mars 2000, p. 1.

<sup>61</sup> Il s'agit du Bénin, de la Centrafrique et du Congo Brazzaville.

de communiquer « par lettre » leur nom, prénom et adresse précise<sup>62</sup>. D'ailleurs, bien que cette exigence soit limitée, elle n'est pas toujours satisfaite par des plaideurs ignorants ou négligents ce qui conduit la Cour à rejeter leur demande<sup>63</sup>. En Centrafrique, les renseignements sont un peu plus développés : doivent être transmis « sur papier libre », les nom, adresse et signature du requérant ainsi que « les moyens et points de droit soulevés et les textes afférents » y compris l'identification de la norme dont la vérification de la constitutionnalité est demandée<sup>64</sup>. Il est précisé que des moyens nouveaux peuvent être ajoutés en cours de procédure et que c'est la Cour elle-même qui statue sur la recevabilité du recours. Enfin au Congo Brazzaville, il est demandé « un écrit quelconque » qui permette l'identification du plaignant (nom, prénom, date et lieu de naissance, profession et localisation) et qui soit « assez explicite en ce qui concerne l'acte ou la disposition dont l'inconstitutionnalité est alléguée et la disposition ou la norme constitutionnelle dont la violation est invoquée »<sup>65</sup>.

Lorsqu'une juridiction est saisie d'une demande en exception d'inconstitutionnalité, la règle la plus fréquente est celle qui lui impose de la transmettre à la juridiction constitutionnelle. Les textes précisent généralement que : « la juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle »<sup>66</sup>. Il est cependant quelques exceptions. On se souvient qu'au Congo Brazzaville et en Côte d'Ivoire, c'est la Constitution elle-même qui confie aux parties le soin de saisir la juridiction constitutionnelle<sup>67</sup>. Pour ce qui est ce dernier pays, la loi organique précise en outre qu'il appartient au plaideur qui a soulevé ce moyen d'apporter au juge la preuve qu'il a sollicité le Conseil constitutionnel, faute de quoi « le juge passe outre »<sup>68</sup>. Toute chose qui pourrait entraîner quelques manquements.

## **B- Les limitations du droit du citoyen à la justice constitutionnelle**

Le droit d'accès du juge constitutionnel s'avère limiter dans les États d'Afrique noire francophone sur un double plan formel (1) et matériel (2).

### **1- Les limitations sur le plan formel ou organique**

<sup>62</sup> Article 24 de la Loi organique de 1991 sur la Cour Constitutionnelle béninoise.

<sup>63</sup> À titre d'exemple, la plainte contre l'introduction de déchets d'origine étrangère est rejetée par la décision DCC 18-020 de la Cour constitutionnelle béninoise parce que l'adresse du plaignant est insuffisamment précise

<sup>64</sup> *Rapport de la justice constitutionnelle*. Centrafrique, II – 2-3. Cité par Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 335.

<sup>65</sup> Article 44 de la loi organique congolaise n° 28-2018 du 07 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

<sup>66</sup> Voir les articles 122 des Constitutions béninoise, 80 djiboutienne, 86 gabonaise, 118 malgache, 104 togolaise, etc.

<sup>67</sup> Voir les articles 180 de la Constitution congolaise et 135 de la Constitution ivoirienne.

<sup>68</sup> Article 19 de la loi organique ivoirienne n° 2001-303 du 5 juin 2001.

Généralement, l'accès au juge constitutionnel est restreint dans la majorité des États de cette partie du continent par un choix délibéré se traduisant par la limitation des requérants. La classification des recours révèle la diversité des compétences conférées à la juridiction constitutionnelle ainsi que l'identité des requérants susceptibles de déclencher l'action juridictionnelle<sup>69</sup>. La pratique révèle que la saisine du juge constitutionnel se réalise dans le cadre d'une compétence contentieuse ou consultative.

Mais l'on se rend compte que dans la plupart des cas, les Constitutions et les lois organiques ont aménagé un accès facile des autorités politiques, faisant d'eux des acteurs incontournables de la saisine. Dans ces conditions, la saisine limitée aux autorités politiques « ... n'est rien d'autre que la résultante d'un choix constitutionnel, très volontaire... »<sup>70</sup>. Et dans le cadre d'une compétence consultative, la saisine est exclusivement politique ; ce qui enlève ce droit au citoyen lambda. Il convient de préciser que nombre de recours démotivent les citoyens car il existe de multiples rejets<sup>71</sup>. On constate dès lors que le citoyen ne participe pas à la protection de la Constitution<sup>72</sup>.

Il faut relever en outre que l'exception d'inconstitutionnalité porte en soi ses limites. Elle suppose un procès, donc un intérêt à agir et un conflit. Il est vrai que, si l'on veut contester un texte quelconque, il n'est pas impossible de susciter une instance qui permettra de déclencher la procédure et d'obtenir la saisine de la juridiction constitutionnelle. Il serait évidemment plus simple de ne pas avoir à utiliser de tels subterfuges qui peuvent dissuader certains citoyens de mobiliser tous les moyens théoriquement mis à leur disposition pour se protéger. La solution la plus simple et la plus aisément compréhensible par chacun consiste à ouvrir une possibilité de saisine directe de la juridiction constitutionnelle. En même temps, on comprend que le constituant hésite à accorder à tous un droit longtemps si exorbitant, celui de contester les lois votées par la représentation nationale. Trois Constitutions parmi celles que nous étudions, prévoient cette saisine directe : il s'agit du Bénin, de la Centrafrique et du Congo Brazzaville.

<sup>69</sup> Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *Annales des Sciences Juridiques et Politiques*, Vol. 16, n° 1, 2017, pp. 54-71.

<sup>70</sup> Bechillon (D.), « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003/2, p. 105 ; cité par Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 58.

<sup>71</sup> Voir Cour Constitutionnelle du Congo : Décision n° 002/DCC/SVA/11 du 4 mars 2001 ; Décision n° 1/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003 ; Décision n° 2/DCC/SVE/04 du 3 mars 2004 ; Décision n° 3/DCC/SVA/04 du 21 mai 2004 ; Décision n° 5/DCC/SVA du 19 novembre 2004 ; Décision n° 9/DCC/SVE/04 du 26 novembre 2004 ; Décision n° 003/DCC/SVA du 4 octobre 2011.

<sup>72</sup> Narey (O.), « La participation du citoyen à la protection de la Constitution : cas de la Constitution du 11 décembre 1990 », in *Mélanges en l'honneur de M. A. Glèlè, La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; un modèle pour l'Afrique ?*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 587-605.

Il est cependant quelques cas où le constituant se montre réservé sur la possibilité pour les citoyens d'utiliser trop aisément l'exception d'inconstitutionnalité. Au Sénégal, cette faculté n'est d'abord reconnue qu'au niveau de la Cour suprême et c'est une révision de 2016 qui autorise cette demande dès la Cour d'appel. Au Gabon, la loi organique du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle confiait au juge le soin de transmettre ou pas. Désormais une loi constitutionnelle du 22 avril 1997 impose la saisine obligatoire<sup>73</sup>. À Madagascar, il a paru quelques temps que la Haute Cour constitutionnelle autorisait le tribunal saisi à ne pas lui adresser certains recours en inconstitutionnalité mais cette jurisprudence est critiquée par la doctrine comme non conforme à la Constitution<sup>74</sup>. À Ouagadougou, la réforme constitutionnelle de 2012 marque un recul par rapport à la loi organique de 2000 : cette dernière décide que la juridiction devant laquelle est invoquée l'inconstitutionnalité « est tenue de surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel qui doit se prononcer »<sup>75</sup> alors que le texte révisé en 2012 de la Constitution prévoit que « le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question [d'inconstitutionnalité] sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation »<sup>76</sup>, ces derniers jouant le rôle de filtre obligatoire. C'est en constatant cette limitation des droits des citoyens que la Société burkinabè de droit constitutionnel manifeste son opposition et déplore « l'impossible saisine du Conseil constitutionnel par les citoyens lambda et la limitation de la compétence des juridictions de fonds à saisir le Conseil constitutionnel en matière de question préjudicielle » ainsi que « la protection juridique limitée des droits humains et des libertés fondamentales par la Constitution »<sup>77</sup>. De fait, cette évolution va à l'encontre de la tendance générale en faveur d'un élargissement du recours en inconstitutionnalité.

Il est aussi quelques pays où cette limitation résulte de la loi organique, mais cela demeure rare. Ainsi, au Congo Brazzaville, est-il prévu deux limites selon qu'il s'agit ou non

<sup>73</sup> Loi organique gabonaise n° 9-91 du 26 septembre 1991 ; loi constitutionnelle gabonaise n° 1/97 du 22 avril 1997, disposition confirmée par loi n° 001/2018 du 12 janvier 2018. Germain Nguema Ella, président du Syndicat national des magistrats du Gabon, constate que cette réforme tend à transformer la Cour de cassation en « boîte à lettres ». Il souligne que « les juges du fond et la Cour de cassation ont perdu le pouvoir d'appréciation (de filtrage) d'une exception d'inconstitutionnalité » (« Traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour de cassation du Gabon », communication présentée dans le cadre de la Conférence nationale sur le principe de l'exception d'inconstitutionnalité organisée par le ministère algérien de la Justice en collaboration avec le PNUD, Alger 10-11 décembre 2018, p. 2 et 3).

<sup>74</sup> Il s'agit de la décision n° 01-HCC/D/2 du 9 juin 1993, affaire Groupement libéral de Madagascar. Critique de cette jurisprudence : Mboara Andrianarimanana, « Libertés publiques : des tribunaux inaccessibles », *Lettre mensuelle de JURECO*, juillet-août 1993, p. 8-11 ; Andrianaivo Ravelona Rajaona, « La juridiction constitutionnelle à Madagascar », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 8-1992, p. 153. Voir Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 336.

<sup>75</sup> Article 25 de la loi organique burkinabè du 27 avril 2000.

<sup>76</sup> Article 157 de la Constitution du Burkina Faso.

<sup>77</sup> Document signé le 21 juillet 2012 par le professeur Abdoulaye Soma, président du conseil exécutif de la Société burkinabè de droit constitutionnel, in Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 337.

d'un procès pénal<sup>78</sup>. Dans le premier cas, l'exception d'inconstitutionnalité doit, à peine d'irrecevabilité, être invoquée avant la mise en délibéré. Pour toutes les autres affaires, il est imposé au demandeur de n'utiliser ce moyen que dans la requête introductive d'instance, tandis que le défendeur ne peut l'invoquer que dans les premières conclusions en réponse<sup>79</sup>. Parfois aussi, une telle volonté de cantonnement dans le temps de cet argument s'est manifestée au niveau de la jurisprudence. Généralement sans succès. Dans une affaire traitée devant la Cour suprême sénégalaise, le représentant de l'État, agissant comme défendeur, avait soutenu que les demandeurs auraient dû présenter avant toute défense au fond, leur attaque contre le décret de nomination des membres de la Cour de répression de l'enrichissement illicite. La Cour repousse l'argument en soutenant que l'exception d'inconstitutionnalité est un moyen de défense au fond pouvant être invoqué à tout moment<sup>80</sup>.

Encore faut-il que les pouvoirs publics soient informés de l'instance ouverte contre l'un des textes qu'ils ont promulgués. Ce renseignement doit leur permettre d'intervenir dans l'instance en cours et, le cas échéant, de transmettre des arguments en faveur du texte contesté. C'est particulièrement nécessaire en matière internationale puisque le constat de l'inconstitutionnalité d'un traité peut provoquer de graves complications diplomatiques. Ailleurs, c'est pour tous les textes dont la constitutionnalité est contestée que l'information doit être transmise au chef de l'État et aux présidents des assemblées.

## 2- Les limitations sur le plan matériel

En Afrique subsaharienne, le droit du citoyen à la justice constitutionnelle est souvent mis à mal par le développement de l'autoritarisme. Il révèle dès lors des limites qui sont imposées par les gouvernants et, consenties par le juge constitutionnel lui-même.

S'agissant des limites imposées par les gouvernants ou hommes politiques, il sied de relever que le dynamisme même de la juridiction constitutionnelle en Afrique s'analyse à l'aune

<sup>78</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 337.

<sup>79</sup> Article 49 de la loi organique congolaise n° 28-2018 du 07 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

<sup>80</sup> Cour suprême du Sénégal, arrêt n° 50 du 26 septembre 2013 Cheikh Tidiane Thiam et autre c/ État du Sénégal : « considérant que l'exception d'inconstitutionnalité soulevée dans cette affaire constituait un moyen de défense au fond visant à établir le défaut de base légale de l'acte attaqué qui s'adossait sur un texte de loi dont la constitutionnalité est contestée ; que par conséquent l'ordre de présentation de l'exception n'avait aucune incidence sur sa recevabilité ».

de l'influence du temps social<sup>81</sup>. Il s'agit ici du temps pouvant être traduit sous la forme de l'ordre, soit sous celle de la crise ou du désordre, soit de la transition ou de la sortie de crise<sup>82</sup>.

En effet, si l'on s'en tient à l'évolution constitutionnelle et politique de certains États de cette partie du continent, l'on s'aperçoit que la boulimie du pouvoir de certains gouvernements ébranle le nouvel édifice et menace de briser le rêve démocratique prôné par les différentes Constitutions africaines<sup>83</sup>. L'accès à la justice constitutionnelle subirait ainsi les retombées d'une telle pression politique dans la majorité des États d'Afrique noire francophone.

À cela s'ajoute le phénomène du changement permanent de la Constitution. Devant une telle conjoncture mouvante à laquelle s'ajoute la jeunesse de certaines juridictions constitutionnelles à l'instar de celle du Cameroun, la saisine du juge est difficile à déclencher dans la mesure où le choix institutionnel et les normes constitutionnelles illustrent si bien la complexité de la nouvelle Constitution<sup>84</sup>. D'autres raisons peuvent également être invoquées. La situation de non-saisine s'explique parfois par le manque de légitimité du juge. Le refus d'exercer un recours tient, d'une part, à l'insuffisance de la culture constitutionnelle et, d'autre part, à l'adoption d'une Constitution sous l'emprise d'une nécessité propre au gouvernement en place<sup>85</sup>. Ainsi, se confirme l'idée selon laquelle « [...] le juge constitutionnel africain n'est qu' « un pouvoir d'État », institué par la Constitution et assujéti au pouvoir politique, qui préside à sa désignation, au point d'en être totalement "asservi" »<sup>86</sup>.

Pour ce qui est des limites consenties par le juge constitutionnel lui-même, ces dernières sont mises en évidence à travers la théorie des contraintes juridiques<sup>87</sup>. Cette théorie « s'intéresse aux contraintes qu'un acteur évoluant dans un système peut rencontrer et plus précisément, propose de rechercher les causes de nature juridique qui, malgré la liberté de

<sup>81</sup> Sindjoun (L.), « Les dynamiques de la justice constitutionnelle : Histoires du chêne et du roseau », *Mélanges en l'honneur de P. G. Pougoué, De l'Esprit du droit africain, Wolters Kluwer, CREDIJ*, 2014, p. 669. Voir Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 61.

<sup>82</sup> *Idem* ; Robbe (F.) (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, PUAM, 2010, 168 p. Cité Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 61.

<sup>83</sup> Holo (T.), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ?, Les Constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et système politique », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 19.

<sup>84</sup> Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 62.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> Emmanuel Adouki (D.), « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, Vol. 3, n° 95, 2013, p. 627.

<sup>87</sup> Troper (M.), Champeil-Desplats (V.), Grzegorezyk (C.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, éd. Bruylant, LGDJ, 2005, pp. 11-23 ; cité par Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 63.

décision d'une institution, l'amènent à se limiter ou à agir dans un sens plutôt que dans un autre »<sup>88</sup>. Les contraintes juridiques pourraient donc s'assimiler au manque d'audace du juge constitutionnel, c'est-à-dire un juge sous l'emprise du pouvoir politique<sup>89</sup>. Le risque est d'autant plus grand que la saisine dans un tel contexte dissuade les requérants susceptibles de déclencher l'action juridictionnelle. Autrement dit, « la personne lésée dispose d'un recours qui, formellement, constitue un solide rempart contre l'arbitraire ; mais quand le juge lui-même est soumis au pouvoir, à quoi servent les recours juridictionnels »<sup>90</sup>.

Malgré les limitations observées tant sur le plan formel que sur celui matériel, il convient de dire que les constituants des États d'Afrique noire francophone fournissent des efforts importants quant à la garantie des droits et libertés fondamentaux des individus ; d'où l'évolution qui peut être perçue dans certains États.

## **II-UN DROIT EVOLUTIF ET PROTECTEUR DES LIBERTES FONDAMENTALES DU CITOYEN**

Permettre au citoyen lambda de saisir la juridiction constitutionnelle peut être appréhendée comme un élément primordial dans la garantie de ses libertés fondamentales (A). Cette protection des droits et libertés du citoyen entraîne une certaine évolution de son droit à la justice constitutionnelle (B).

### **A- La garantie des droits et libertés fondamentaux du citoyen par le juge constitutionnel**

Le juge constitutionnel est protecteur des droits fondamentaux et des libertés publiques<sup>91</sup>. À ce titre, il contribue à la construction d'un régime libéral. À titre d'illustration, l'on peut s'attarder sur quelques droits et libertés protégés par le juge constitutionnel dans certains États de l'Afrique noire francophone : la liberté d'association

#### **1- La protection de la liberté d'association par le juge constitutionnel béninois**

<sup>88</sup> Kokoroko (D.), « De l'indépendance à l'autolimitation du juge constitutionnel en Afrique », *Conférence des juridictions constitutionnelles africaines, Séminaire international, le juge constitutionnel et le pouvoir politique*, Cotonou du 11 au 13 juin 2014.

<sup>89</sup> Une illustration dévoilant un acte politique est donnée au niveau de la Côte-d'Ivoire : le Conseil constitutionnel s'est trouvé dans l'obligation politique de se prononcer sur un recours pourtant introduit hors délai, et l'interprétation de la décision était surtout prévisible. Voir à cet effet Décision N° CI-20100-EP-33/08-II/CC/SG, in Melèdje (F. D.), *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne-CNDJ-2012*, pp. 576-593.

<sup>90</sup> Foucher (P.), Delpérée (F.) (dir.), *La saisine du juge constitutionnel – aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 47.

<sup>91</sup> Poirmeur (Y.), *Le Conseil Constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ?*, Groupe d'Études et de Recherches sur la justice constitutionnelle, Institut Louis Favoreu, 1996, 33 p. Cité par

Au-delà des recours institutionnels, certains pays accordent aux citoyens le droit de contester la loi inconstitutionnelle ou attentatoire aux droits et libertés fondamentales<sup>92</sup>. La saisine ouverte ou action populaire (*actio popularis*) rend possible une garantie élevée de la Constitution puisque la juridiction constitutionnelle procède au contrôle des actes juridiques à la demande de n'importe quel citoyen<sup>93</sup>. En droit béninois comme en droit français, les particuliers sont d'abord admis, à des degrés différents, par voie d'action et suivant un recours *a posteriori* à saisir la juridiction constitutionnelle en contrôle de la régularité de la dévolution du pouvoir d'État, législatif ou présidentiel, ou encore dans la régularité du recours au référendum, même si, en droit en français, la question prioritaire de constitutionnalité a une portée plus limitée que l'exception d'inconstitutionnalité instituée par la Constitution béninoise depuis le 11 décembre 1990<sup>94</sup>.

La liberté d'association est considérée par le juge constitutionnel béninois comme interdisant l'attribution de tout monopole par voie réglementaire à une association particulière dans le champ associatif<sup>95</sup>. Dans sa décision DCC 06-037 du 04 avril 2006, la Cour Constitutionnelle béninoise est saisie de quatre recours en inconstitutionnalité contre l'arrêté interministériel n° 081/MICPE/MFE/DC/SG/DCCI/DGID/DGDDI du 29 juillet 2005 fixant les modalités d'enlèvement et de mise en consommation des intrants coton pour le compte du Groupement des Producteurs du Bénin (AGROP). L'arrêté ministériel est querellé au motif qu'il confie à une coopérative d'approvisionnement le monopole de la sélection et de l'organisation de toutes les sociétés importatrices et distributrices d'intrants coton alors que celles-ci ne sont pas membres de celle-là. D'où le reproche de violation de la liberté d'association et de discrimination. Reproche que la Cour constitutionnelle juge fondé en décidant que l'arrêté interministériel n° 081/MICPE/MFE/DC/SG/DCCI/DGID/DGDDI du 29 juillet 2005 fixant les modalités d'enlèvement et de mise en consommation des intrants coton est discriminatoire et attentatoire à la liberté d'association.

Cette décision de la Cour constitutionnelle béninoise participe de la protection de la liberté d'association car, dans un contexte de pluralisme associatif, confier un monopole d'organisation de la filière coton à une seule et unique association, c'est en quelque sorte violer la liberté d'association par méconnaissance ou irrespect de ce pluralisme. Il en découle de ce

---

<sup>92</sup> Djogbénu (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », *op.cit.*, p. 521.

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 521-522.

<sup>95</sup> Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 369.

fait une contrainte à l'égard des autres associations, et une rupture de l'égalité devant la loi. En raisonnant ainsi, le juge constitutionnel du Bénin s'illustre dans la protection des libertés publiques des personnes physiques ou morales, notamment la liberté d'association et l'égalité<sup>96</sup>.

## 2- La protection de l'égalité par le juge constitutionnel sénégalais

L'égalité de tous devant la loi sans distinction de sexe est un droit. Le Conseil constitutionnel sénégalais s'est d'ailleurs penché sur cette question d'égalité dans une de ses décisions en date du 27 avril 2007<sup>97</sup>. En effet, saisi par douze députés<sup>98</sup> au sujet de la constitutionnalité des dispositions de la loi n° 23/2007 du 27 mars 2007 votée par l'Assemblée Nationale, modifiant l'article L 146 du Code électoral et visant à instituer « *la parité dans la liste des candidats au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections législatives* »<sup>99</sup>, le Conseil constitutionnel déclare lesdites dispositions contraires à la Constitution parce que toute discrimination fondée sur le sexe constitue une dérogation au principe à valeur constitutionnelle d'égal accès au pouvoir, aux emplois publics ainsi qu'à l'indivisibilité de la qualité de citoyen<sup>100</sup>.

La décision du Conseil constitutionnel sénégalais est classique dans le contexte constitutionnel francophone influencé par la France<sup>101</sup>. Au Sénégal, la volonté politique de promotion des femmes dans la vie publique, par le biais de l'adoption d'une loi imposant « la parité dans la liste des candidats au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections

<sup>96</sup> Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 06-037 du 04 avril 2006. Voir Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op.cit., pp. 380-381.

<sup>97</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, *décision du 27 avril 2007, affaire n° 1/C/2007*.

<sup>98</sup> Il s'agit de la requête présentée par Mesdames Aminata Mbengue Ndiaye, Oulimata Diome Cisse et Messieurs Amath Dansokho, Mamadou Diop, Wagane Faye, Famara Sarr, Khalifa Ababacar Sall, Thiédel Diallo, Abdoulaye Ba, Opa Diallo, Etienne Sarr et Djibril Sow.

<sup>99</sup> Confer 1<sup>er</sup> considérant de cette décision in Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op.cit., p. 430.

<sup>100</sup> Voir les considérants 2 et 3 de cette décision dans lesquelles les requérants soutiennent qu'il y a violation du préambule de la Constitution qui proclame « *L'accès de tous les citoyens, sans discrimination, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux ; ... à tous les services publics* », et de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution qui dispose : « *La République du Sénégal (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de race, de sexe, de religion (...)* ».

<sup>101</sup> En effet, le Conseil constitutionnel français, dans sa *décision n° 82-146 du 18 novembre 1982*, déclare contraires à la Constitution, les dispositions de l'article L 260 bis du Code électoral parce qu'elles instituent une distinction entre candidats en raison de leur sexe alors que les catégories d'électeurs et d'éligibles ne sont pas divisibles. Cette décision du CC est à l'origine de la révision de la Constitution française dans son article 3 (cf. loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes) pour prévoir une loi organisant l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ; la constitutionnalisation de la parité a été renforcée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République en ce sens que l'égal accès des femmes et des hommes concerne aussi désormais les responsabilités sociales. Voir Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op.cit., p. 432.

législatives », est contrariée par la rigueur du juge constitutionnel dans l'application du principe d'égalité. Dès lors, il apparaît que la participation politique est un droit constitutionnel qui ne saurait être divisé en fonction du sexe des citoyens<sup>102</sup>. C'est donc sur la base d'une stricte interprétation de la Constitution dans le sens de l'indivisibilité de la qualité de citoyen eu égard au principe d'égalité, que le juge constitutionnel sénégalais a disqualifié les dispositions légales instituant la parité<sup>103</sup>. En outre, il faut relever que la protection faite par le juge constitutionnel ici, peut aussi s'étendre à la protection de l'égalité du droit d'accès des citoyens au juge comme ça a été le cas en Tanzanie<sup>104</sup>. Toutes ces garanties ont été faites dans ces États à l'encontre de certaines dispositions légales violant le principe à valeur constitutionnelle d'égalité.

## **B- L'évolution du droit du citoyen à la justice constitutionnelle**

Cette évolution est perceptible aussi bien sur le plan textuel (1) que sur celui jurisprudentiel (2).

### **1- L'évolution sur le plan textuel**

On a vu que les Constitutions utilisent des termes très divers pour désigner ceux qui ont le droit de saisir la juridiction constitutionnelle par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité : citoyen, particulier, plaideur, justiciable, ou même simplement personne. En fait, les Cours et Conseils devant lesquels aboutissent ces demandes ont tendance à accepter les recours émanant à peu près de n'importe quelle partie à un procès. Même la référence à la qualité de citoyen ne fait pas obstacle à ce qu'un étranger se plaigne d'une disposition considérée comme non conforme à la loi fondamentale<sup>105</sup>.

On peut constater que le recours béninois est beaucoup plus ouvert que les recours constitutionnels dans d'autres États du continent. En plus, le recours béninois est réputé gratuit et simple parce que non soumis à des formalités autres que celles de préciser les noms, prénoms, adresse, signature ou empreinte digitale du requérant<sup>106</sup>. Cette facilité d'accès au juge

<sup>102</sup> Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains, op.cit.*, p. 432.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> Jugement de la Cour d'Appel de Tanzanie : Ndyabo versus Attorney General, *Civil Appeal n° 64 of 2001 du 14 février 2002*, in Sindjoun (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains, op.cit.*, pp. 488-494.

<sup>105</sup> Au Bénin, « cela signifie que c'est le justiciable qui soulève la question devant le juge ordinaire : « Tout citoyen » prévoit le texte, ce qui correspond à tout particulier, national ou étranger. Il peut s'agir d'un justiciable ou d'un groupe de justiciables qui s'estimerai(en)t lésé(s) par une disposition de la loi » (Eliane Akovobahou Tohozin, « L'exception d'inconstitutionnalité dans le déroulement d'un procès (judiciaire) », communication dans le cadre d'un séminaire sur « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », Cotonou 2017, p. 5). Voir Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 341.

<sup>106</sup> Article 31 du Règlement intérieur de la Cour.

constitutionnel béninois a favorisé une véritable action populaire et a eu pour conséquence d'accroître la confiance du public dans la justice constitutionnelle.

Au Gabon, tout citoyen ou toute personne morale peuvent également saisir directement le juge constitutionnel. Il est à noter que la Constitution utilise le terme de « citoyen » alors que la loi organique sur la Cour constitutionnelle celui de « personne physique ». Sans doute, parce que même les non-nationaux ont le droit de saisir la Cour constitutionnelle. En outre, à l'exception des lois référendaires, les autres catégories de lois et les actes réglementaires peuvent être attaqués devant le juge constitutionnel. S'agissant des ordonnances et des actes réglementaires, la saisine doit intervenir dans le mois de la publication. Il est à préciser que le recours devant la Cour constitutionnelle est suspensif.

On a l'impression que, pour nombre d'individus, la juridiction constitutionnelle constitue l'ultime recours pour surmonter toutes les injustices dont ils ont le sentiment d'être l'objet. Parfois il n'est même pas fait allusion à la Constitution dans le recours comme si l'on s'adressait à une juridiction de droit commun, comme s'il s'agissait d'une sorte de Cour suprême mais que l'on pourrait saisir dès la première instance. Impavides, les magistrats se constatent incompétents et statuent en ce sens<sup>107</sup>. On peut souhaiter un effort de pédagogie qui ferait échapper la juridiction constitutionnelle à ce rôle de réceptacle de tous les motifs de plaintes ressentis par les citoyens et de spectateur impuissant de leurs malheurs vrais ou imaginaires<sup>108</sup>. Qu'en est-il de l'évolution sur le plan jurisprudentiel du droit du citoyen à la justice constitutionnelle ?

## 2- L'évolution sur le plan jurisprudentiel

Pour apprécier dans quelle mesure les citoyens font effectivement appel aux juridictions constitutionnelles et pour déterminer leurs motivations, il ne suffit évidemment pas d'analyser les textes juridiques applicables. Il est nécessaire, à partir des décisions publiées sur une longue durée par certaines Cours pratiquant la saisine directe ou seulement l'exception d'inconstitutionnalité, de constater la place qu'occupent les recours déposés par les particuliers par rapport aux demandes à caractère institutionnel puis de s'interroger sur l'élément explicatif que peut constituer l'image de ces juridictions dans les médias et dans l'opinion publique ainsi que sur leurs efforts pour l'améliorer<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 342.

<sup>108</sup> *Idem.*

<sup>109</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 341.

L'exception d'inconstitutionnalité constitue un puissant correctif permettant de protéger et de consolider les droits du citoyen<sup>110</sup>. Certes, ce contrôle ne donne pas à la juridiction constitutionnelle l'opportunité de trancher un litige. Tout au plus, lui permet-il, à l'occasion d'un litige concret, d'examiner la conformité de la loi à la Constitution. Mais désormais, le juge constitutionnel est plus qu'un simple participant à la procédure législative ; son intervention se situe en aval de cette procédure. Il se rapproche ainsi de la posture d'un véritable juge, celui qui a le devoir de garantir les droits et libertés de l'individu. Il le fait d'ailleurs à travers son pouvoir de saisine d'office.

En vertu de ce pouvoir, la juridiction constitutionnelle se prononce malgré le désistement du requérant<sup>111</sup>. En principe, elle aurait dû lui donner acte de son désistement. L'affaire est relative à une requête déposée le 10 décembre 2007 concernant une violation de domicile et un trafic d'influence contre des agents des forces de sécurité<sup>112</sup>. Par une décision DCC 09-006 du 05 février 2009, la Cour, prenant acte du désistement, en vertu de l'article 121 alinéa 2 de la Constitution, a statué au motif qu'il y avait l'existence d'une atteinte aux droits de la personne humaine<sup>113</sup>. L'on peut affirmer dans certains cas que les décisions du juge constitutionnel permettent l'émergence d'une conscience citoyenne dans la mesure où la Constitution prévoit que chaque citoyen a le devoir de défendre la patrie et l'obligation de protéger et de respecter la Constitution, les lois et les règlements de la République.

Au regard de la célérité avec laquelle la Cour constitutionnelle traite les dossiers et conscients de la possibilité que le constituant leur donne pour faire valoir leurs droits, les citoyens vont jusqu'à dénoncer par exemple : la mauvaise disposition des bandes du drapeau national ; l'organisation du défilé militaire de la fête nationale de l'indépendance le 16 août au lieu du 17 août, date prévue par la Constitution ; le non-respect des armoiries de la République dans les sceaux usités dans certaines administrations<sup>114</sup>.

### Conclusion

La question du droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone révèle en effet la problématique de l'accès des personnes physiques ou morales à la juridiction constitutionnelle. À la faveur de l'évolution du constitutionnalisme africain, la

<sup>110</sup> Yankhoba Ndiaye (I.), « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », *op.cit.*, p. 39.

<sup>111</sup> Samba-Vouka (M. N), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *op.cit.*, p. 68.

<sup>112</sup> *Idem.*

<sup>113</sup> Voir également, DCC 05-19 du 03 mars 2005 ; DCC 05-20 du 03 mars 2005 ; DCC 05-043 du 26 mai 2005.

<sup>114</sup> Voir Cour Constitutionnelle du Gabon, *Actes du 6<sup>e</sup> Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF)* tenu à Marrakech en juillet 2012 sur le thème : « Le citoyen et la justice constitutionnelle », p. 337.

volonté de rompre avec l'ancienne conception de la justice retenue est affirmée, mettant ainsi en péril le quasi-monopole des chefs d'État en matière de saisine du juge constitutionnel<sup>115</sup>. Dans les récentes réformes, les constituants africains tendent à élargir la base de la saisine du juge constitutionnel<sup>116</sup>. Des efforts restent toutefois à accomplir de ce point de vue en raison des insuffisances contingentes relatives à la saisine du juge, par la minorité parlementaire due à la sous-représentation des oppositions dans les parlements africains<sup>117</sup>. Certaines Constitutions ont été plus loin dans la quête d'une transparence quant à la faculté offerte aux citoyens de saisir le juge constitutionnel<sup>118</sup>. Ainsi par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, tout citoyen peut saisir le juge pour dénoncer une loi qui est inconstitutionnelle au cours d'un procès, tout en reconnaissant devant le tribunal compétent l'infraction qu'il a commise. Si le juge accède à sa demande, il peut surseoir à lui appliquer la loi ainsi incriminée. Cependant, l'exception d'inconstitutionnalité diffère de l'action en inconstitutionnalité, à cause de son caractère relatif<sup>119</sup>.

Malheureusement, nombre de citoyens ont le sentiment d'être exclus de la vie politique, ce qui constitue sans doute le principal danger menaçant la démocratie dans la plupart des États au monde. Les pays africains n'en sont pas exempts. La solution imaginée par certains consiste notamment à multiplier les possibilités de recours contre les mesures faisant grief<sup>120</sup>. Que ce soit dans les rapports avec l'administration, avec les entreprises, avec les médias... le citoyen entend avoir un accès direct aux plus hautes autorités pour faire valoir ses droits tels que les définissent les textes du niveau le plus élevé<sup>121</sup>. C'est dans ces conditions et comme une conséquence indirecte que se fait jour une revendication de saisine des instances en charge de vérifier la constitutionnalité des lois, facteur d'« enracinement de la démocratie nouvellement instaurée et de l'État de droit »<sup>122</sup>. Il est évident que par rapport à ce grand enjeu que constitue la possibilité pour les citoyens de se sentir pleinement associés, à leur place et en fonction de leur nombre, aux grands choix qui déterminent le destin de la nation, le droit individuel de s'adresser au juge constitutionnel fait figure d'élément limité, constituant une voie de recours

<sup>115</sup> Coulibaly (A.), « La rénovation de la justice en Afrique : Le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », *RJPIC*, 1999, p. 58. Cité par Momo (C.), « Heurs et malheurs de la justice constitutionnelle au Cameroun », *op.cit.*, p. 53.

<sup>116</sup> Momo (C.), « Heurs et malheurs de la justice constitutionnelle au Cameroun », *op.cit.*, p. 53.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 329.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> Aïvo (G.), « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in Aïvo (F. J.) (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 539.

exceptionnelle plutôt qu'un mode de participation permanente à la vie politique<sup>123</sup>. C'est ce qui a poussé certains auteurs à parler de l'ambiguïté du contrôle de constitutionnalité<sup>124</sup>.



<sup>123</sup> Cabanis (A.), « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, p. 329.

<sup>124</sup> Narey (O.), « La participation du citoyen à la protection de la Constitution : cas de la Constitution du 11 décembre 1990 », in Aïvo (F. J.) (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, *op.cit.*, pp. 607-645 ; Nguélé Abada (M.), « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel », in Narey (O.) (dir.), *La justice constitutionnelle, Actes du colloque international de l'Association Nigérienne de Droit Constitutionnel (ANDC)*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 331-354.



**Le discours de l'autorité traditionnelle dans la gestion de la crise de l'ex  
Southern-Cameroon : entre sacralisation et désacralisation**

*The traditionnal Ruler's speech in the management of the crisis of the former Southern  
Cameroon : Between Sacralization and desacralization*

Page | 652

Par:

**Elsa Destinée WANDJI**

Doctorante en Science politique  
Université de Douala (Cameroun)

**Résumé :**

*Le discours d'une autorité traditionnelle a une forte connotation dans le contexte communautaire. C'est ce discours qui sert de courroie de transmission des valeurs aux populations, c'est également lui qui établit une connexion ascendante entre le chef et sa population. La posture et l'allégeance du chef aux valeurs et codes sociaux traditionnels conditionnent le respect du discours du chef par les populations originaires de sa communauté. Cet ensemble de dispositions sociales bien rythmées par les acteurs endogènes ont tissé, depuis des générations, une sacralisation du pouvoir du chef. Même en contexte de crise, tel que c'est le cas dans les deux régions du Nord-ouest et du Sud-ouest du Cameroun, le chef peut contribuer à toujours rendre son discours inébranlable. Notre étude a porté sur cette thématique parce que la parole du chef représente tout un symbole et peut permettre la résolution des conflits ou crise dans les communautés. Nous voulons donc comprendre comment le chef agit à travers sa parole et si cette parole est encore autant réparatrice qu'autrefois. Et Dans le contexte de notre étude nous voulons comprendre comment cette parole agit ou n'agit pas dans le contexte de la crise qui sévit dans le Nord-ouest et le Sud-ouest du Cameroun. Le travail conduit nous a permis de voir que les populations, parfois imprévisibles en cas de violations des principes fondamentaux de la vie communautaire, peuvent désacraliser le discours du chef et partant son pouvoir. En tout temps, la valeur du discours du chef peut rester intacte qu'avant la crise. Tout dépend donc des orientations politiques, sociales ou traditionnelles adoptées par ce dernier.*

**Mots-clés :** Discours, autorité traditionnelle, crise, sacralisation, désacralisation.

**Abstract :**

*The traditional ruler's speech has a strong connotation in the community context. It is this speech that serves as a transmission belt of values to the populations; it is also the same speech who establishes an upward connection between the traditional ruler and his population. The posture and the allegiance of the chief to the values and traditional codes determine the respect of the speech of the chief by the natives of his community. This set of social arrangements well paced by endogenous actors, have woven for generations the sacralization of the power of the chief. Even in a context of crisis such as is the case of North-west and South-west Cameroon, the traditional ruler can contribute to always making his speech unwavering. Traditional ruler has the duty to behave like the good family father. The traditional ruler must not discriminate against one category of the population in favor of another, the chief must not break the rules of operation of the council of notables, and he must not sell off the traditional heritage. Sometimes unpredictable populations in the case of violation of community's fundamental principle can contribute to desacralize the traditional ruler's speech and desacralize his power too. At all times, the values of the traditional ruler's speech can remain intact than before the crisis. Everything depends on the political, social or traditional orientations adopted by the traditional ruler.*

**Keyword:** Speech, traditional ruler, crisis, sacralization, desacralization.

## Introduction

Les autorités traditionnelles sont les garants de l'ancestralité en Afrique. Au Cameroun, malgré les turbulences sociales, politiques et même économiques, et ceci contrairement à d'autres pays africains qui ont assisté à la fragilisation et à la « désubstantialisation » presque totale de leur chefferie, la majorité des chefferies traditionnelles camerounaises résistent. L'autorité traditionnelle camerounaise a une histoire comme en a connu les différentes autorités distinctes d'elle qui gouvernent les pratiques quotidiennes. Seulement à la différence des institutions contemporaines, les chefferies traditionnelles sont centenaires et détentrices de savoir-faire et du savoir être qui constituent le socle des gouvernances multiples qui les ont traversées. Charles Nach Mback<sup>1</sup> trouve à la chefferie traditionnelle un autre sens. Il définit la chefferie comme « *une collectivité humaine établie sur une portion du territoire de l'Etat. Elle est ensuite le cadre d'exercice de ses compétences par une autorité justement dénommée Chef traditionnel* ». C'est donc une institution politique expérimentée qui désormais côtoie le moderne et le traditionnel. Cette incursion du premier sur le second (moderne sur le traditionnel) et son corollaire contribue à lui bâtir une identité nouvelle. Une identité revendiquée par les autorités traditionnelles de l'ex Southern-Cameroun. Car ces deux régions font face à une crise sécuritaire qui est venue inverser les règles de vie s'attaquant ainsi aux symboles de la tradition. Dans un tel contexte, c'est le tact, la tenue et l'attitude noble et imposante des autorités traditionnelles qui, quelques fois, renforcent ou fragilisent une institution cheffale. Le discours que tient l'autorité traditionnelle auprès de ses populations en faveur ou en défaveur d'une personnalité ou d'une institution, ou même encore le discours en faveur d'un parti politique ou d'une élite peut déconstruire son prestige et sa respectabilité. Ces deux régions ont des points en partage : la culture linguistique et l'histoire coloniale identique, même si elles s'éloignent sur les aspects traditionnels et sociologiques. Cette réalité, il faut le noter, car la puissance du discours d'une autorité traditionnelle du Nord-ouest Cameroun par exemple n'est pas identique à celle d'une autorité traditionnelle du Sud-ouest Cameroun. Les communautés, avec cette crise sécuritaire, ont connu des secousses qui ont fortement impacté le pouvoir du chef. Avant la crise, ce pouvoir, sans connaître une quiétude absolue, ne souffrait tout de même pas de divisions et d'insolence des populations quant au discours du chef qui avait droit sur un nombre incalculable de pratiques, de normes et de codes

---

<sup>1</sup>NACH BACK (C). « La chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés et dérives politiques », *Afrique et développement*. CODESRIA, Vol 25, N° 3/4, 2000, P 77

communautaires. C'est d'ailleurs pourquoi Engelbert Mveng<sup>2</sup> affirme que « *le Fo est le roi de la communauté (...) son autorité s'étend sur tout : sur les biens, les personnes et la terre de son domaine* ». Aujourd'hui, l'autorité traditionnelle, avec la turbulence de la crise, constate que son discours qui était autrefois sacré perd progressivement de sa puissance et de son charme. La sacralité a-t-elle donc désormais fait place à la désacralisation du discours de l'autorité traditionnelle dans la crise sécuritaire qui secoue ces deux régions de l'ex Southern Cameroun ? Mieux comprendre ce phénomène implique qu'il faut sans doute se situer à plus d'un niveau d'analyses. Nous nous focaliserons dans cette étude sur quelques angles pour appréhender la place et l'influence qu'a encore le discours du chef traditionnel dans le tumulte de cette crise sécuritaire.

Ici sera convoqué le constructivisme et l'interactionnisme pour cerner convenablement la thématique abordée dans l'étude. Relativement à l'interactionnisme nous considérerons l'interactionnisme stratégique et l'interactionnisme symbolique en fonction des buts recherchés par l'autorité traditionnelle et des acteurs en face. Le constructivisme qui met l'individu au centre de toute action le considère comme actif. Selon Jean Piaget<sup>3</sup> le constructivisme met en avant les capacités cognitives lui permettant de comprendre et d'appréhender les réalités qui l'entourent. Il parlera d'assimilation pour la prise en compte des informations déjà existantes et d'accommodation pour la prise en compte, par l'espace cognitif, de nouvelles informations. Ces nouvelles informations généralement permettent de contextualiser à chaque fois les démarches à entreprendre. L'environnement étant l'un des facteurs prépondérants qu'intègre l'individu pour assimiler ou s'accommoder aux informations et dispositions, C'est dans un contexte tel que celui-là que les autorités traditionnelles se frayent un chemin dans la formulation de leur discours en fonctions des populations en face et du contexte évolutif. Désormais les populations subissent elles aussi les influences multiformes et par conséquent adoptent parfois des attitudes inattendues face au discours des autorités traditionnelles. L'interactionnisme symbolique (à noter la forte connotation de symboles et de processus de construction de l'environnement) fondamentalement fondé sur les interactions entre membres d'une société est un aspect inévitable auquel les autorités traditionnelles ne peuvent échapper. La gestion des rapports humains dans leurs différentes communautés constitue la substance de leurs actions. Il s'agit là d'un interactionnisme pratiqué

<sup>2</sup> MVENG (E) et BELING-NKOUMBA (D). « Histoire du Cameroun », *Centre d'Édition et de Production pour l'Enseignement et la Recherche*, 1983, P 112

<sup>3</sup> PIAGET (J). (cité par Jennifer Kerzil, « constructivisme », *l'ABC de la VAE*, Toulouse, Eres, Education Formation, 2009, p 112-113.

consciemment. L'interactionnisme considère la société comme une structure vivante qui se fait et se défait de l'avis de David Breton<sup>4</sup>. Et Pour Benjamin Lore<sup>5</sup> « *L'approche interactionnisme développée concerne les interrelations et les co-constructions de sens des individus. Autrement dit, l'individu développe sa personnalité et se construit dans ses relations avec le milieu dans lequel il se trouve à la fois au niveau social mais également au niveau matériel* ». Les deux auteurs se situent dans le cadre social où, à travers des échanges, naissent des relations. Et dans le sens de notre analyse, ses rapports peuvent être positifs ou négatifs, apaisés ou tendus. Les autorités traditionnelles dans ces cas utilisent la formation acquise dans leur préparation par leurs pairset d'autres détenteurs des valeurs ancestrales à la gestion du pouvoir. Cette formation se fait à travers la prise de parole et des déclarations bien structurées. Des entretiens qualitatifs conduits en 2019 et 2020 avec quelques autorités traditionnelles et populations dans le Nord-ouest, et le Littoral (pour ceux des chefs qui y résident désormais du fait de la crise) nous auront également permis d'intégrer les approches utilisées par les autorités traditionnelles pour faire survivre le sacré dans leur discours.

La trajectoire de cet article permettra de plonger dans la représentation de ladésacralisation du discours de l'autorité traditionnelle et le rejet des valeurs ancestrales (1) Cette analyse se fera également à travers la mise en exergue de la survivance de la sacralisation du discours de l'autorité traditionnelle dans les communautés dépouillées des ambivalences du chef (2).

### **1- Désacralisation du discours de l'autorité traditionnelle et rejet des valeurs ancestrales**

La désacralisation intervient parfois du fait d'une difficile cohabitation entre les discours contemporains et les discours traditionnels, discours parfois empreint d'inféodation des chefferies traditionnels (1-1). Et dans certains cas, il est évident que la conséquence de cette situation conduise au péril des valeurs ancestrales (1-2).

#### **1-1 Difficile cohabitation entre les discours de l'autorité traditionnelle et les discours contemporains empreints d'inféodation de la chefferie traditionnelle**

<sup>4</sup> Breton (D). « Dans l'interactionnisme symbolique, les grands axes théoriques de l'interactionnisme », *Presse Universitaire de France*, 2012, pp 45-98

<sup>5</sup> Lore (B). « L'interactionnisme critique une méthodologie de recherche croisée pour des analyses empiriques », in situ. 2018, consulté le 18 novembre 2022, <https://halshs.archives-ouvertes.fr>

La gestion sociale et politique dans diverses communautés constitue, pour l'autorité traditionnelle, une épreuve des plus délicates qui soit. Le choc entre les discours contemporains et traditionnels (1-1), tout comme les choix politiques et sociaux discriminatoires de l'autorité traditionnelle dans la communauté (1-2), sont susceptibles de favoriser et favorisent d'ailleurs la désacralisation du discours du souverain traditionnel.

### 1-1-1 Le choc entre les discours contemporains et traditionnels

Pour Foucault<sup>6</sup> « le discours est ce par quoi et pour quoi les acteurs sociaux luttent ». Le choc entre les deux types de discours peut s'apprécier à deux niveaux. Le premier étant la cohabitation et même la pénible cohabitation entre les deux types de discours. La deuxième appréciation est relative au discours et au contre discours de l'une et l'autre catégorie qui s'observe dans l'espace public. Il existe une confrontation qui ne laisse personne indifférent et naïf. Dans les temps anciens, dans les communautés traditionnelles africaines, les autorités traditionnelles étaient sûres, à chaque énonciation de leur discours, de son respect absolu. Aucune autre personne ne pouvait y apporter ouvertement une contradiction sans être frappée par les décisions du chef. La règle dans la communauté est : qui pour contredire le chef lorsqu'il libelle son discours. Cette époque a duré le temps qu'il a duré et les dynamiques du monde contemporain, avec leurs concepts de droit de l'homme et de démocratie, ont imposé une autre manière de faire et de dire les choses ; manière de faire et de dire qui n'entre toujours pas dans les canaux existentiels des communautés africaines. La République ayant fissuré les modes de vie et de gouvernance des chefferies traditionnelles, le discours du chef n'est désormais plus le seul à régner, à circuler et à s'imposer comme valeur unique. Désormais, l'état unitaire et sa grande vision de construction d'une vision commune nationale charrie un autre courant de pensée. Cette nouvelle donne génère de nouvelles lois, de nouveaux hommes politiques, de nouvelles institutions plus imposantes, de nouvelles stratégies conjoncturelles et de nouvelles théories. Il s'agit d'une formulation, d'une reformulation permanente de la vie communautaire en rapport avec ces réalités. Ils'agit, pour s'arrimer, de s'adapter à toute cette machine qui ne va pas sans broyer sur son passage, les fragilités. Les cercles de pouvoirs et les politiques qui y sont associées sont ceux qui bâtissent l'armature de la vie

---

<sup>6</sup>FOUCAULT, cité par Auboussier (J). « discours et contre-discours dans l'espace public », *Presse Université de Franche –Comté, collection Annales littéraires, Semen*, n°39, 2015, p240

nationale. Ils délivrent des discours qui doivent s'appliquer jusque dans les recoins de l'ensemble du territoire.

Les chefs traditionnels, dans le contexte camerounais, n'échappent pas aux règles instituées. La *cohabitation, bien que rendue difficile*, se vit tout de même. Par conséquent et généralement, les discours libellés par l'autorité traditionnelle se conforment à ceux partagés par l'ensemble des politiques. Mais, seulement quelques fois, les rapports sont tendus entre les différents acteurs sur le terrain. Les autorités traditionnelles sur la question foncière, sur les questions successorales ou sur les conduites de certaines activités politiques dans des circonscriptions administratives où sont établies certaines de leurs chefferies, résistent à la « désubstantialisation » de leur institution. Alors que les chefferies traditionnelles fonctionnaient avec leurs propres règles, les décrets sont venus se substituer à leurs codes communautaires. Entre autres textes, qui ont entraîné un changement de discours des autorités traditionnelles et des autorités administratives, l'on peut citer le décret N° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles et le décret relatif à l'octroi des allocations mensuelles<sup>7</sup>.

Au cours des cérémonies, la primeur est accordée aux autorités administratives qui décident, à travers leurs discours, de ce qui doit être fait dans les circonscriptions à leur charge. Ils sont attendus et ce sont eux qui ouvrent la cérémonie. Face à l'autorité parfois trop forte des administrateurs, le Pouvoir du chef devient vulnérable. Le chef Bamendjou qui recevait quelques hommes politiques dans sa chefferie dans le but d'échanger sur les questions politiques du pays avait été sommé par le préfet du département des hauts-plateaux<sup>8</sup> d'arrêter l'initiative. Le préfet, en janvier 2021 dans une correspondance qu'il adressait au souverain traditionnel des Bamendjou, avait été incisif. Il convient de rappeler que ce chef a célébré en janvier 2023 ses 70 ans de règne. Les avis étaient partagés, mais une constante se dégagait des différentes analyses. Le préfet n'avait pas à s'adresser de la sorte au chef. Bien des années auparavant, il était difficilement envisageable d'assister à une telle sortie du préfet. Le journaliste Thomas Tankou du *Herault national* revient sur le rôle joué par ce chef en 2008 dans sa communauté lors des émeutes de la faim au Cameroun. C'est ce dernier qui avait calmé les ardeurs des jeunes de sa communauté en leur demandant de rester calmes et de ne nullement s'attaquer aux institutions. Et sur la question de l'incursion de

<sup>77</sup> (décret N° 2013/332 du 13 septembre 2013 modifiant et complétant certaines *dispositions du décret précédemment cité*).

<sup>8</sup>Département situé dans la région de l'Ouest du pays

Boko Haram au Cameroun, le même chef avait demandé aux jeunes d'être vigilants et de défendre les intérêts du pays.

Dans le contexte de la crise anglophone, cette situation de chocs entre discours est encore plus virulente, les discours contemporains et traditionnels s'entrechoquent du fait de plusieurs facteurs. En plus des autres aspects cités plus hauts, il faut dire du discours contemporain qu'il occupe un espace assez grand parce que parfois s'étendant au niveau national. Corine Gobin<sup>9</sup> dans « les principales caractéristiques du discours politique contemporain... » Affirme que « *La force de ce discours et de ce lexique de la pensée unique provient aussi de l'imbrication forte, de plus en plus forte, entre les personnes qui exercent le pouvoir médiatique, celles qui exercent le pouvoir politique et celles qui exercent un pouvoir financier ...* ».

Dans la même logique de chocs entre les différents discours, on va citer les changements de paradigmes dans les rapports entre autorité administrative et autorité traditionnelle. Par exemple, le gouverneur de la région du Sud-Ouest avait exigé des chefs traditionnels qu'ils défilent le 20 mai 2019 à l'occasion de la fête nationale du Cameroun. En réaction à cette exigence, dans un communiqué signé du 30 avril 2019, sa majesté Mafany Martin Njie, président de la conférence des chefs du Sud-Ouest, avait donné la position ferme des chefs face à l'injonction du Gouverneur de la Région du Sud-Ouest ainsi qu'il suit :

*« Our native laws and customs do not allow us as natural to march (...) we completely disassociate ourselves from such a representation and remind the public that traditions and customs of the south west people are full of values of respect, tolerance, nobility and unity. We therefore call our population to remain calm and be positive as we look forward to accompanying in all national as we have always done ».*

Il s'agit de la preuve que les populations assistent à des situations de discours qui parfois les mettent dans l'embarras et les amènent à penser que le discours du chef est en concurrence avec celui des autres entités et autorités. Les populations avaient cette année-là boycotté la célébration de la fête nationale par peur de représailles des séparatistes. C'est par ailleurs une façon pour le gouverneur non seulement d'asseoir davantage son autorité, mais aussi de démontrer que les chefs sont effectivement des auxiliaires de l'administration qui doivent obéir à l'autorité

---

<sup>9</sup>Gobin (C). « Les principales caractéristiques du discours politique contemporain », *Revue de sémio-linguistique des textes et discours*, 30/, 2011, pp 169-186.

administrative. Les autorités traditionnelles ont été fermes sur la question et n'ont pas du tout défilé.

Sous un autre angle, l'autorité traditionnelle celle qui s'allie aux élites et autres personnalités de la République navigue dans le même sens qu'elle (élites et autres personnalités). Le discours des dites autorités traditionnelles ne peut alors être clivant ou contradictoire. Certains ont affirmé que par peur d'être broyé totalement, pactisent avec le camp qui n'est toujours pas dans leur logique. Dans cette cosmogonie traditionnelle nouvelle, tout est inversé. Les populations ont désormais plus d'un son de cloche. Les élites et les autorités administratives d'un côté, les hommes politiques et l'élite intellectuelle de l'autre et en face les autorités traditionnelles pactisent avec ces groupes ou entrent en conflits avec eux. Il ne faut pas oublier dans tout cet orchestre, la voix du chef a toujours sa place mais une place sans cesse menacée. Par ailleurs, il convient de souligner que la menace est aussi due au fait que les autorités traditionnelles elles-mêmes ont des choix politiques et sociaux discriminatoires.

### **1-1-2 Les choix politiques et sociaux discriminatoires de l'autorité traditionnelle dans la communauté**

L'autorité traditionnelle est par définition, pour les populations, le père de la communauté. Cela se traduit par le traitement égal des fils et filles de la communauté. Le chef est le régulateur de la vie, il est le garant de la justice sociale. Le chef ne saurait assoiffer, ni appauvrir une catégorie de sa population en faveur d'une autre. Il gère les problèmes familiaux qui dépassent les chefs de quartiers (qui sont parfois *des* notables), ou des conflits fonciers. Dans le Nord-Ouest du Cameroun par exemple, dans le village Bawock, le chef Quamon Wanda de deuxième degré, dans le cadre de la continuation de l'éducation des jeunes scolaires, a favorisé la création d'une école communautaire. Ce chef contribue énormément à ce que les enfants retrouvent le chemin de l'école. 150 d'entre eux ont pu intégrer l'école en 2021 malgré le contexte tendu. A Baligham, autre village du Nord-Ouest a connu lui aussi au début de la crise un déplacement massif des enfants en âge scolaire. Les petits moments d'accalmie ont conduit le chef de ce village et quelques autres élites à contribuer à la construction de deux écoles communautaires. Dans ces cas cités, si au lieu de créer des écoles pour les plus nécessiteux sur un site remplissant toutes les conditions, le chef le fait ailleurs où le besoin est moins visible, il aura failli à son devoir d'équité. Certains chefs ont détourné des projets destinés à l'ensemble de la communauté à leur profit, affirment

certaines analystes, c'est-à-dire à leur profit et celui de leur descendance. Au lieu d'être installés sur les sites publics de la communauté, les points d'eaux communautaires, pour ne citer que cet exemple, l'ont été dans des espaces privés de la chefferie. Ces choix discriminatoires ne permettent toujours pas au chef d'asseoir sa crédibilité. Un discours délivré par un chef sur la réalisation d'un projet social ne saurait être pris avec sérieux lorsqu'à répétition, celui-ci s'éloigne de son peuple.

En reprenant un terme utilisé par André Tchoupie dans son article « l'institutionnalisation des délibérations dans l'espace public des chefferies Bamiléké de l'Ouest-Cameroun », il est clair que le souverain traditionnel, dans la technologie politique mise en place au niveau communautaire, ne peut se dérober de ses nombreuses obligations. Entre autres, le fait d'être transparent devant sa population, inspire la légitimité et la confiance au cours des délibérations dans l'espace public communautaire. Une adhésion à une association politique fausserait donc toutes les règles de justice et d'accomplissement aux devoirs ancestraux. Son analyse s'appuie sur la délibération publique telle que pratiquée en milieu bamiléké donc grassfield<sup>10</sup>. C'est pourquoi il affirme que :

*« Créditées d'un fort coefficient de neutralité et d'objectivité, les décisions prises dans ces conditions étaient généralement appliquées sans recours à la contrainte ou à la coercition, car même ceux qui ne les partageaient pas se sentaient obligés de les respecter. L'idée de base ici était que « l'autorité est éclairée et sage et on doit s'y soumettre librement et de façon responsable. Le caractère public des procédures permettait en effet aux populations d'apprécier directement les qualités de justice du chef et de s'assurer de la conformité des décisions prises à la coutume ancestrale ».*

Cette analyse induit que la neutralité du chef n'est aucunement compromise, étant donné que l'autorité traditionnelle ne peut faire pencher la balance en faveur d'une partie au détriment de l'autre.

Donc sur le plan politique, les choix discriminatoires des chefs sont encore plus criards. Certaines des autorités traditionnelles se sont érigées en porte-parole de certains partis politiques. Dans la société traditionnelle des grassfield, l'autorité traditionnelle, en l'occurrence le chef traditionnel, doit dissimuler ses aspirations personnelles pour ne mettre en exergue que les aspirations du peuple. Dans l'exercice de sa fonction, il appartient au peuple et tous les membres de la communauté se reconnaissent en lui et le considère comme un père. La position qui est

---

<sup>10</sup>Grassfield est un mot forgé par les colons anglais, étymologiquement, grassfiels est composé de l'anglais grass signifiant herbes et field qui est relatif au champ, pré prairie. L'autre signification conçoit les grassfields comme une terre de savane. <https://edipremiereslignes.com>, consulté le 30 mars 2023.

développée ici n'est pas celle qui prône la non appartenance politique absolue du chef traditionnel ou d'une autre autorité traditionnelle, mais il est question de montrer que les populations ne sont pas d'accord avec ces autorités qui ne doivent pas publiquement brandir leur chapelle politique. Les populations, dans un schéma affectif des rapports qui les lient à leur autorité locale, commencent à lui trouver des motifs justifiés ou non. Motifs qui généralement vont dans le sens de l'abandon de l'intérêt du village quand il choisit un camp. Car ces populations voient également derrière ce choix une défense des intérêts personnels du chef ou d'un parti. Il faut souligner que tout réside dans la manière d'affirmer son appartenance. A ce propos le chef traditionnel du village Bapa de deuxième degré dans le département des hauts-plateaux Simeu David est clair quand il affirme qu'« un chef qui doit assurer la cohésion de sa communauté ne peut appartenir à un parti politique »<sup>11</sup>. Les indicateurs d'estime des populations pour leur chef ont connu des secousses dans toute l'Afrique subsaharienne à la fin des années 60 mais le retentissement du charme qu'ils exercent encore sur leurs populations malgré tout reste vivace. Ternir cette estime avec les ralliements aux partis politiques est une trahison selon le peuple. Dans les communautés des grassfield, les populations interviewées dans leur majorité ont souhaité non seulement le non affichage politique mais davantage la neutralité de leur chef traditionnel. Jude Fokwang<sup>12</sup> faisant une analyse sur la situation du chef Ganyonga regrette l'engagement politique de ce chef traditionnel du Nord-Ouest alors que les populations l'attendent ailleurs. Sur le statut politique et partisan du chef, l'auteur déclare, « *The chiefs' new status in the CPDM and consequently, their over participation in party politics triggered substantial debate on the role and status of traditional rulers in the new democratic dispensation* ». Il revient selon certains observateurs de la scène politique que le premier des chefs traditionnels à avoir quitté son village lorsqu'éclate la crise est le fon Gnyonga de Bali Nyonga en question. Car ce chef savait pertinemment que ses préférences politiques lui seraient préjudiciables. Il convient de noter qu'en même temps qu'il est membre du comité central du RDPC, il est également sénateur, une fonction qui marche avec l'appartenance à un parti politique. L'intégrité morale des autorités traditionnelles est régulièrement mise en cause par leurs administrés qui estiment qu'ils ont vendu leurs honneurs au plus offrant.

<sup>11</sup> Le chef Bapa l'a affirmé dans un entretien que nous avons eu avec lui en 2017 alors que nous préparions notre master 2 avec pour thématique « la participation des autorités traditionnelles du département des Hauts-plateaux de l'ouest Cameroun à l'inscription des populations sur les listes électorales »

<sup>12</sup> FOKWANG (J), « chieftancy at the cross road : politics, society and customary reform in Bali Nyonga », in J. Fokwang and K; Langmia( EDS), *Society and change in Bali Nyonga : critical perspectives*, Mankon, Bamenda : Langaa Research and Publishing CIC, 2011, pp 147-164

Le Chef Babungo<sup>13</sup> avait posé le problème de l'appartenance et de l'affichage politique comme un véritable embarras. L'autorité traditionnelle de Babungo affirme qu'elle ne saurait se soustraire même si elle le voulait au parti politique RDPC<sup>14</sup> car les élites le lui rappelleraient comme une exigence ou comme une trahison s'il faiblissait. Dans la crise sécuritaire par laquelle les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest passent, les autorités traditionnelles qui se sont officiellement rangées avec le parti au pouvoir, le RDPC, rencontrent toutes les entorses à leur existence personnelle et sociale. C'est le cas du président du conseil des chefs traditionnels, doublé de sa casquette de vice-président du Conseil Régional. Le Fon Yakum Kevin qui avait été enlevé pour son appartenance au RDPC. Il avait été demandé 20 millions de rançon pour sa libération. Ce dernier avait été enlevé alors qu'il procédait le 7 décembre 2021 dans sa chefferie à la préparation d'un festival traditionnel qui ne s'était plus tenu depuis 4 ans. Certaines sources avancent qu'il aurait été enlevé par ses propres sujets. Les populations, avec l'avènement de la crise, ont d'ailleurs demandé à leur souverain de partir des partis politiques pour éviter d'être attaqués. Ceux des chefs qui ne voulaient pas se défaire des partis politiques ont décidé d'aller s'installer dans les capitales politiques et économiques du pays. Tandis que certaines autorités vivent mal leur façon ostentatoire d'afficher leur appartenance politique leur collègues qui sont plus virulents sont accusés ouvertement par l'autorité administrative d'appartenir aux séparatistes. Arguments et bien d'autres faits qui mettent au devant de la scène le péril sur les valeurs ancestrales.

### **1-2 Péril sur les valeurs ancestrales**

Désormais la gestion des chefferies traditionnelles n'est plus si simple comme par le passé. Dans certains cas, le choix et l'application de certaines décisions du chef par les populations sont individuelles non plus collectives (2-1), la multiplication des critiques et revendications plus fréquentes (2-2).

### **1-21- Choix et application personnelle et non collective des décisions par les populations.**

Les choix et applications personnelles et non collectives des décisions du chef sont dus au fait que les populations, avec l'attitude du chef sont simultanément exposées au risque et à l'incertitude. Le cadre théorique de cette approche est exposé par Savage mentionné par Olivier

<sup>13</sup>Zofoa III est chef de deuxième degré du village Babungo dans la région du Nord-ouest,

<sup>14</sup>RDPC: Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais

l'Haridon et Corina Parachiv<sup>15</sup> dans leur article relatif à la théorie de l'utilité espérée. Kahneman et Tversky<sup>16</sup> cités par les mêmes auteurs quant à eux fondent les choix sur les expériences vécues. En fait, face aux difficultés et aux situations qui imposent des choix, les populations, non pas collectivement, s'appuient sur ces approches pour trouver des issues. La parole du chef doit désormais être prudente en toute circonstance, davantage dans un contexte délicat de crise, tel que celui du Nord-Ouest et du Sud-Ouest. Paulette Roulon-Doko<sup>17</sup> relativement au chaos que peut provoquer la parole avance que « Les Yoruba disent que « la parole est un œuf ; si elle s'échappe elle ne peut se reprendre ». Le chef traditionnel qui, en public, invective, menace ouvertement ses fils n'a justement peur de personne.<sup>18</sup> Parce qu'il se fait écouter et respecté. Dans le contexte moderne et surtout celui de la période de crise, le chef doit juger le pour et le contre d'un mot qu'il place, qu'il déplace ou qu'il retranche. Plusieurs membres de communautés des deux régions en crise pensent que le chef devait, à la place de la menace, utiliser la sagesse pour s'adresser aux siens. Ils ont laissé trop de temps passer et la capacité d'affront a pris de l'ampleur pour faire face à une attitude rebelle. Les menaces incessantes des chefs, ajoutées à d'autres facteurs externes, les ont poussés à la rébellion et beaucoup ont suivi les aînés réfugiés dans le maquis qui ne sont pas toujours des exemples. Les populations sont désormais remontées contre les chefs qui n'ont pas utilisé la bonne stratégie pour apaiser surtout qu'ils persistent dans des choix politiques qui divisent. Elles se plaignent davantage parce que ces souverains les ont mises en danger. En voulant défier le chef, les séparatistes ont gagné en confiance. Ils ne se sont pas exclusivement attaqués aux chefs mais à l'ensemble de la communauté. Ces populations cherchent désormais des refuges ailleurs qu'auprès des chefs. Les chefs qui, dans leur discours, demandaient aux populations de rester dans le village, et de résister aux attaques des séparatistes, n'ont pas été entendus. Même si elles le voulaient face aux armes terrifiantes utilisées par les séparatistes, elles deviennent impuissantes.

Les populations ne sont plus unies derrière le chef, étant donné qu'il est désormais dans des meetings et des marches de soutien politiques ce qui accroît sa vulgarité

Les valeurs ancestrales incluent que les décisions soient appliquées par l'ensemble de la collectivité et non pas l'inverse. Sachant que la parole est le déclencheur de toute violence

---

<sup>15</sup>Haridon (O) et Parachiv (C). « choix individuel et décision fondée sur l'expérience une étude expérimentale », *Revue économique*, 4 Vol.60, 2009, p949-978

<sup>16</sup>KAHNEMAN, TVERSKY et SAVAGE cités par l'Haridon (O) et Parachiv (C)

<sup>17</sup>Roulon-Doko(P). « Le statut de la parole. Ursula Baumgardt et Jean Derive. Littératures orales africaines. Perspectives théoriques et méthodologiques », Paris, *Karthala*, 2008, pp.33-45

immonde, Dominique Casajus<sup>19</sup> déclare que « *la parole brute, non contrôlée par les règles d'élaboration ou de codification culturellement admises, représente, une fois émise, une menace, un danger* ». Lorsque débute cette crise, les autorités traditionnelles étaient ambivalentes. Les drapeaux de la République virtuelle d'Ambazonie avaient été implantés dans certaines chefferies du Sud-Ouest et du Nord-Ouest. L'évènement se déroulait d'ailleurs dans une ferveur où certains chefs étaient impassibles ou coopératifs. Ce qui a fait croire aux séparatistes qu'ils avaient l'onction des autorités traditionnelles. Les souverains n'avaient-ils pas eu une courte vision de ces mouvements séparatistes ? La réponse est positive étant donné qu'ils se sont ravisés par la suite, d'où la colère des sécessionnistes. Et quand était venu le moment de s'adresser aux populations, pour qu'elles suivent comme par le passé, beaucoup avaient décidé de s'allier aux séparatistes qu'ils considéraient comme des sauveurs. Une frange de la population considérait d'ailleurs ces chefs comme des traîtres. La désacralisation du pouvoir avait atteint des proportions inquiétantes au point où dans le Lebialemau Sud-Ouest le célèbre séparatiste dit Field Marshall avait occupé le trône se faisant désormais passer pour le chef de cette localité. Dans un contexte où les chefs n'ont pas su gérer les débuts de la crise, la multiplication des critiques et revendications ouvertes sont courantes.

### **1 -2-2 Multiplication des critiques et revendications**

Si le modernisme va avec son lot de modifications des schèmes sociaux, ceux-ci ne sont pas toujours positifs. Dans le contexte traditionnel, les modernistes, philosophes des lumières, comme l'affirme Noah Onana Godefroy<sup>20</sup> vont inciter leur contemporains à se libérer de l'esclavage mental. Dans le contexte des sociétés traditionnelles africaines, il ne s'agit pas d'un esclavage mental dans le sens occidental du terme. Les populations sont conscientes de tous les actes qu'elles posent. C'est pourquoi l'on observe un éveil de ces dernières de temps en temps en cas de trahison des autorités traditionnelles qui faillissent à leur devoir. D'où les critiques et revendications. Un aspect important qu'il convient de souligner dans les traditions africaines est

---

<sup>19</sup>CASAJUS (D). p12 cité par Paulette Roulon Doko, 1987, p. 104 (ibid)

<sup>20</sup> NOAH ONANA (G), *nouveau régime en philosophie : option métaphysique épistémologie, esthétique, sujet : tradition et modernité, quel modèle pour l'Afrique? Une étude du concept tradition dans ses rapports avec la modernité des lumières jusqu'à l'époque contemporaine*, Thèse de doctorat, Paris-Est, dans le cadre de l'Ecole doctorale Cultures et Sociétés (Créteil 201-2015), en partenariat avec Lettre, Idées, Savoirs, année académique 2011-2012, p12,

qu'il existe des modes internes de sanction du chef ou de sa destitution voire, dans de cas extrêmes, de son élimination. Comme pour dire que rien n'est figé comme tentent de le faire croire les modernistes. Les populations ont toujours respecté leur souverain, un rapport de transcendance entre le chef et elles a toujours prévalu. Malheureusement avec la crise qui sévit dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest, les populations n'ont eu de cesse de critiquer leur chef. On a parfois entendu dire « *le chef nous a abandonné, il ne pense qu'à sa propre tête, quand tout est compliqué sur le terrain, les élites l'achètent pour faire des choses contre son peuple* ». Les critiques sont acerbes et les autorités traditionnelles sous pression cherchent à retourner vers l'orthodoxie. Elles sont aussi parfois critiquées sur la question de la gestion des terres, certains chefs traditionnels favorisent l'accès aux terres aux personnes telles les élites qui disposent déjà suffisamment de moyens. En définitive, tout tourne autour de l'intrusion en politique du chef, de son affichage politique et des liens parfois délicats avec l'élite.

Comme autre critique et revendication, l'application des mécanismes de gestion des crises. Cette désacralisation du pouvoir traditionnel par les originaires de la communauté est d'autant plus forte que ces derniers s'en prennent au chef pour avoir laissé faire. Les canaux de gestion des crises, dans les sociétés traditionnelles, sont clairement connus. Le chef s'en inspire pour gérer les conflits. Cette gestion a quelques fois échoué mais généralement, les mécanismes sont tels que des consensus sont trouvés à travers des tractations avec les pairs et le conseil des notables, et même, les populations. Avant que n'interviennent les acteurs exogènes (politiques, partis politiques et autres entités), le chef devait avoir géré suivant les mécanismes communautaires. Les mécanismes de gestion de conflits contemporains (moderne et traditionnels), sans être totalement contradictoires, ne trouvent pas toujours l'accord des communautés. Ces acteurs exogènes qui n'ont pas la stratégie traditionnelle imposent aux chefs leurs approches. Les chefs, voulant protéger leur poste, se voient dans l'obligation de fonctionner suivant certaines exigences. Parce que désormais, il convient de le préciser, les chefs, selon le décret de 1977 relatif au fonctionnement des chefferies traditionnelles, peuvent se voir destituer par l'autorité administrative.

Les originaires des régions en crise revendiquent un retour des souverains à l'orthodoxie. Ils souhaitent que les chefs soient véritablement neutres et qu'ils n'interviennent que minimalement dans des domaines qui ne concernent pas le fonctionnement de leur communauté. Si cette demande est noble, peut-elle seulement prospérer dans un contexte tel que le Cameroun où tout est politisé ? A observer la scène conflictuelle des régions du Sud-Ouest et du Nord-Ouest,

l'on ressent une velléité de retour des autorités traditionnelles dans leur rôle premier bien qu'insuffisant. Le Chef Bambili Afungchwi III Tuba de l'arrondissement de Tuba et le chef Babungo, dans le Nord-Ouest, ont tenu à se rattraper. Pour le premier, après l'assassinat de deux notables et le kidnapping de 18 personnes de son village, pour le deuxième, ces deux chefs ont donné des injonctions aux séparatistes à travers des sorties inhabituelles et à travers une réunion rassemblant les populations pour trouver des solutions en vue de bouter hors de leur communauté les séparatistes. Malgré les vicissitudes dans lesquelles se trouvent les autorités traditionnelles, elles ont conscience qu'elles risqueraient de tout perdre, en l'occurrence leur racine, le soutien de leurs ancêtres et surtout celui de leurs populations. C'est sans doute la raison pour laquelle, il y a de la part des dites autorités un regain en ce qui concerne la survivance de la sacralisation de leur discours qui ici est la motivation de toute action. Car c'est à travers le discours que le chef peut impulser des dynamiques.

## **2- La survivance de la sacralisation du discours de l'autorité traditionnelle dans les communautés dépouillées des ambivalences du chef**

Quel que soit l'aire traditionnelle, le discours du chef reste incontestablement un discours sacré. Ainsi, la sacralisation du discours de l'autorité traditionnelle s'assimile aux discours en contexte d'antériorité à la modernité (2-1). Par ailleurs, l'écoute et l'adhésion par les populations au discours du chef viennent parachever le statut sacré du discours de ce dernier (2-2).

### **2-1- Sacralisation du discours de l'autorité traditionnelle : similarité avec les discours en contexte d'antériorité à la modernité**

La prise de parole du chef est précieuse, raison pour laquelle un intermédiaire agit en son nom pour davantage faire de son contenu un mystère. Les interventions du chef sont rares et pourtant quand elles interviennent, un ensemble de symboles les caractérisent et l'entourent. Nous aborderons donc l'intermédialité, l'animation visuelle et sonore comme construction de la sacralité de l'autorité traditionnelle (2-1-1) et la Prise de parole limitée lors des événements d'envergure et communication avec l'invisible (2-1-2).

*2-1-1-L'intermédialité, l'animation visuelle et sonore comme construction de la sacralité du discours de l'autorité traditionnelle*

Parler des accessoires essentiels à la sacralisation du pouvoir, c'est tout d'abord appréhender la notion même de la sacralisation. Pour Dominique Trimbur<sup>21</sup>, « la sacralisation du pouvoir est aussi un phénomène de restauration du pouvoir, de rétablissement du lien entre le pouvoir et le sacré ». La présence du chef traditionnel à un évènement traduit l'importance dudit évènement. Quand arrive le chef traditionnel dans une grande cérémonie, ce dernier ne passe pas *incognito*. Avant qu'il ne s'installe, un carré spécial décoré aux identifiants propres est préparé. Le sol est tapissé de peaux de panthères (signe de puissance), de tissu Ndop<sup>22</sup>. Son trône revêt des tissus des grands jours et à forte symbolique. Sa loge est nettement différente des autres, d'ailleurs elle trône sur toutes les autres. Il existe tout un cérémonial traditionnel qui annonce son entrée. La résonance des clochettes, retentissement des tambours, des cris de joies ou des applaudissements ininterrompus. C'est une ferveur qui décrit l'ampleur de la place qu'occupe le chef dans sa communauté. C'est cet accueil qui le différencie des autres membres ordinaires de la communauté. Son apparence physique en dit long sur qui il est. Ses bracelets, sa coiffe, sa tenue constituent des marqueurs en tout genre. Il reste celui pour qui il faut créer des particularités, multiplier des possibilités de différenciation.

Il faut préciser que la prise de parole du chef est rare et lorsqu'elle intervient, il y a toujours l'interposition d'un intermédiaire qui de par sa façon de parler rend le chef plus puissant encore. L'intermédiation pratiquée et actée dans la hiérarchisation de la prise de parole est également observée au Bénin. Georges Lanmafankpotin et Pierre André<sup>23</sup> affirment que « le roi rencontre le public (...) Assis en observateur, il intervient par l'entremise de son premier ministre Migan, maître de la séance et modérateur ». La rareté de prise de parole du chef le rend énigmatique. Elle reste attendue et tombe généralement comme une manne longtemps attendue. Beri Awah<sup>24</sup> originaire du Nord-Ouest est nostalgique de l'époque où la parole du chef dans les temps anciens avait une valeur inestimable. Il affirme que la prise de parole du chef était exceptionnelle. Il régnait encore le secret et le sacré. C'est d'ailleurs cet ensemble de secret et de sacré qui créait le mystère autour de la

---

<sup>21</sup>Trimbur (D). « Alain Dierkens, Jacques Marx, la sacralisation du pouvoir. Images et mise en scènes », *Revue de l'histoire des religions*, 2006, PP 239-242

<sup>22</sup> Tissu exclusivement réservé aux personnalités communautaires ayant des titres de notabilité ou appartenant à la descendance de la chefferie

<sup>23</sup>LANMAFANKPOTIN (G)s et Pierre André, « dispositifs endogènes de participation publique au Bénin. Un héritage précolonial ancré dans la contemporanéité » *Cahiers de géographie du Québec*, Volume 61, n° 172, 2017, URI : consulté le 19 novembre 2022, <https://id.erudit.org/iderudit/1042716> ar

<sup>24</sup>Ressortissant du Nord-ouest du village Ndu avec qui nous avons eu un entretien, à Bamenda en 2019

personne du chef et de ses prises de parole. Le chef ne faisait pas de discours dans les lieux publics si ce n'était par le canal de son messager qui retransmettait aux populations son contenu. Il ne prenait la parole en public que lorsque le calendrier du palais le prévoyait. Ce n'était pas tout le monde qui avait le privilège d'écouter la voix du chef. Le messager du chef quand il fallait passer un message sortait sur la place de la chefferie ou au marché avec une plante bien connue chez les grassfield appelée « l'arbre de paix »<sup>25</sup>. Les messagers sont connus de tous et à leur vu les populations savent qu'il y a un message du chef qui est porté. Et que cette parole est valide et doit être respectée. Car c'est le chef qui s'est exprimé. Il faut préciser ici que cette époque dans les deux régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest n'est pas si lointaine que cela, étant donné qu'avant la crise les autorités traditionnelles suivaient la même trajectoire pour régner dans leur communauté. Pour ce qui concerne la prise de parole et son antériorité par rapport à la modernité, il faut dire que la prise de parole publique hisse le chef traditionnel dans sa communauté et les autres sphères où il est reconnu comme tel. C'est donc une prise de parole qui hisse le chef traditionnel, qui n'appauvrit pas son autorité, son pouvoir ou sa puissance. Il s'agit d'une prise de parole qui éloigne la vulgarité de la personnalité du chef. La parole constitue pour Amsata Sene<sup>26</sup> tout un symbole qui doit être maîtrisée, canalisée et cotée. « *Pour le négro africain, la parole est lourde par définition. Elle est en quelque sorte, une force ambiguë qui peut à la fois faire et défaire ; mais également charrier maléfice. Et plus on est en position d'autorité moins on parle en public* ». C'est le cas du chef qui sait en user avec réserve. Ceci implique que seuls les événements d'envergure peuvent contraindre le chef à s'adresser au grand public.

### **2-1-2-Prise de parole limitée lors des événements d'envergure et communication avec l'invisible**

Dans sa formation par les détenteurs des secrets de la tradition, les autorités traditionnelles ont été formées à parler surtout à savoir parler. Parler c'est donc selon Federico Tarragoni<sup>27</sup> « *passer à l'acte, donner à cette vérité une stature et une dimension publique* ». Son analyse permet également de voir qu'il existe habituellement une subjectivation dans la prise de parole c'est

---

<sup>25</sup>plante qui symbolise la paix.

<sup>25</sup> SENE (A). *les structures anthropologiques de l'imaginaire en Afrique noire traditionnelle vers une archétypologie des concepts de pratiques rituelles et de représentations sociales, Sociologie* », Thèse de doctorat en sociologie, Université Pierre Mendès-France -Grenoble II, 2004, p 23

<sup>27</sup>Tarragoni (F), « la prise de parole comme processus de subjectivation politique, une approche sociologique », *Tumultes*, /2(n° 43), 2014, Pp 175-190

d'ailleurs pour l'auteur une subjectivation politique. Cela peut être formulé sous forme de plainte, de constat d'échec d'une politique, ou d'inefficacité ou même de réaffirmation des positions ou valeurs collectives. Le souverain y procède de manière subjective mais pour ramener à lui son peuple. Resserrer le collectif constitue le point central de chacune de ses interventions. La tradition orale reste le canal par lequel le chef s'adresse à son peuple. Il sait que les images ou les références qu'il utilise seront bien comprises par lui (peuple). Quand les occasions l'y obligent, il choisit ses mots. Il sait quelle est la puissance desdits mots. D'après Urenstone<sup>28</sup> dans « La Littérature Orale Africaine: Une Traduction en Transformation », « *La tradition orale . . . est un miroir de la vie. (...) C'est un portrait de tous les aspects de la vie africaine* ». Cela s'applique pour toutes les populations mais davantage pour le chef qui a une forte responsabilité vis-à-vis de son peuple. Cependant, le chef sait se faire attendre et faire entendre. Si l'on se situe du point de vue de la tradition, on dira que plus la parole du souverain traditionnel est rare plus elle est attendue et suscite l'attention du public. Jacques Pilhan<sup>29</sup> en ses mots dira « *plus la parole présidentielle est rare plus elle est attendue et suscite l'attention du public* ». Il parle en ces termes du Président français, mais l'appréciation de la situation sied fort bien au contexte traditionnel pour cet aspect. Ainsi, dit-il économiser la parole pour le Président c'est susciter non seulement l'intérêt mais aussi « *générer une puissance de frappe libérée au moment où le président brise son silence* ». Toute une stratégie mise en place pour séduire et davantage séduire. C'est « *(...) la rareté mais aussi le risque et la surprise sont des éléments clés pour produire une parole sans égale, exceptionnelle, désirée appréciée et dont la puissance est décuplée* ». La comparaison en matière de système de gouvernance est différente mais la construction du discours et les effets produits ont des similitudes aussi bien pour le chef que pour le Président.

Entre autres événements auxquels prend part le chef l'on compte les festivals. Le festival de la communauté est un moment où la tradition est véhiculée auprès de tous les fils qui ont fait le déplacement de par le monde. Ces populations s'imprègnent des réalités communautaires pour ne pas s'en couper malgré la distance. Et le chef est celui-là qui à travers son discours resserre les liens et donne à chacun les clés pour assurer la continuité de la tradition comme berceau de tout

---

<sup>28</sup>URENTSONE (L. O). La Littérature Orale Africaine: Une Traduction en Transformation. *Journal of Arts and Contemporary Society*. 6(1), 2014, pp. 86-93.

<sup>29</sup>Pilhan (J) et Colé (G), 2016, « aux origines de la bonne communication présidentielle ». Consulté en novembre 2022, <https://salle421.eu>,

développement individuel et collectif. Les populations emportent avec elles ses paroles pleines de sagesse et de symboles. Ashu<sup>30</sup>, originaire d'une communauté du Nord-Ouest affirme que son chef « ne fait pas de déclaration hasardeuse lors de grands événements ».

Le chef fait également des sorties pour la cérémonie des jumeaux, la cérémonie de fin d'année pour formuler des bénédictions, pour assurer à la communauté une prospérité en agriculture (pour que la communauté ne connaisse aucune famine). Au cours de ces cérémonies, le rite de purification est conduit et les prières sont élevées pour chasser les mauvais esprits qui planent ou qui pourraient planer sur le village. A ce moment le chef mute en prêtre. A travers son discours aux paroles bien choisies, il invite les populations soit à répéter soit à valider par des paroles ordonnées ce qu'il prononce comme mot. Les populations voient en la personne du chef un surhomme qui communique avec l'invisible. Les leaders traditionnels exerçant de hautes fonctions dans l'institution cheffale, affirment que le chef communique avec des ancêtres, ce qui lui confère une puissance. Cette puissance monte en grade lorsque ce dernier reste toujours attaché aux règles préétablies dans la communauté. Le chef ne règne pas pour lui affirment-ils, il règne pour la communauté. La parfaite connexion entre le chef et les ancêtres doit transparaître convenablement pour espérer voir le chef régner en toute quiétude. De l'avis de Fiomegnon Kokuvi Sewavi et Agban Komlan<sup>31</sup> « la réalité sacrée de la chefferie (...) est rendue observable à travers des événements culturels, spirituels et les interdits ». Dans certaines communautés poursuit-il le pouvoir était plus religieux que politique. L'autorité traditionnelle était alors chargée d'intercéder auprès des divinités au nom de la population. Il existait une cohabitation des pouvoirs mais avec une prépondérance du pouvoir religieux sur le pouvoir politique. C'est ce que l'auteur a défini comme coïncidence du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel. Il y a donc quelles que soient les aires traditionnelles et culturelles, une forte utilisation du verbe pour intercéder auprès des ancêtres, et pour s'adresser à son peuple ou pour accueillir l'étranger. S'adresser aux ancêtres suppose un agencement de mots appropriés pour ne pas offenser ou pour recevoir des ancêtres les bénédictions sollicitées. Cette représentation de l'imaginaire social dans de nombreuses communautés des grassfield confère au chef une place prépondérante supplémentaire. Les

<sup>30</sup>Ashu est un déplacé interne basé à Bafoussam avec qui nous avons eu un entretien en 2022 à Bafoussam

<sup>31</sup>FIOMEGRON KOKUVI SEWAVI et AGBAN (K). « de la délégitimation de la chefferie traditionnelles au Togo à la re-légitimation », *International Journal of Innovation and Scientific Research*, Vol.55 N° 1 jun., 2021, pp.78-85

populations pour adhérer à un quelconque projet ou vision du chef traditionnel d'une communauté doivent tout d'abord l'écouter.

## 2-2 L'écoute et l'adhésion indéfectible de la majorité des populations à la vision du chef

Page | 672

Comme l'un des baromètres d'appréciation de l'autorité d'un chef traditionnel dans sa communauté, il y a l'écoute attentive des populations (2-2-1) et l'adhésion de sa population à sa vision.

### 2-2-1-l'écoute attentive des populations

L'écoute dans le cadre d'une institution cheffale est un processus quasiment inné dans les communautés qui ont appris sur le plan sociologique comment appréhender le discours du chef. Les hommes et les femmes des communautés qui ont des chefs non encore entièrement dépouillés des modèles de pensées traditionnelles accordent une écoute attentive au discours du chef. Cela suppose tout d'abord que pendant l'émission de son discours les populations adoptent une attitude respectueuse. Soit par leur posture soit par leur approbation silencieuse mais approbation perceptible. Le chef revêt diverses casquettes dans sa communauté entre autres celle de philosophe. Annie Hourcade de Sciou<sup>32</sup> ayant travaillé sur la thématique affirme que « *s'il veut (philosophe) que son discours soit un discours réel, un discours de réalité, s'il veut que sa véridiction philosophique soit effectivement de l'ordre du réel, il faut que son discours soit écouté, entendu, accepté par ceux-là même auxquels il s'adresse* ». Comprendre pour les populations c'est interpréter, comprendre et analyser le contenu du discours pour en définir les différentes orientations. Contenus décryptés au travers des références sociologiques. Car les mots représentent des symboles, des garantis, des mises en garde ou sont exprimés à travers des proverbes. Le chef traditionnel qui utilise les mots avec toute la majesté et la sagesse, avec toute la prudence et la dignité les a appris dans des conditions bien définies. L'écoute c'est donc un ensemble de prédispositions physiques et mentales.

Un chef pour ne pas dire n'importe quoi sait écouter. En fait, écouter et se faire écouter, pour le chef est un test qui lui permet de jauger sa légitimité et l'admiration qu'ont ses populations pour lui. C'est également par le biais de cet exercice que l'on peut savoir si le discours lui est

---

<sup>32</sup>Hourcade de Sciou(A). « la question de l'écoute chez FOUCAULT (M) », *Le Télémaque*, /1(n° 47), 2015, PP 97-108

favorable ou pas, s'il est contre les intérêts de la communauté ou pas. Ou encore s'il compromet d'une manière ou d'une autre l'autorité traditionnelle. Comme l'affirme Fiomegnon Kokuvi Sewavi et Agban Komlan<sup>33</sup> il y a un déterminisme dans les conduites individuelles et collectives auquel se soumettent les populations. Les comportements, dans cette analyse, montrent que les stéréotypes sont imposés culturellement par la société et les souverains. Les rois ou les chefs traditionnels n'y échappent pas. Cet arsenal prédispose selon les auteurs « *les chefs traditionnels au respect rigoureux des principes et des valeurs. Le chef traditionnel est tenu d'intérioriser ces valeurs et de les extérioriser* ». C'est donc quotidiennement que l'apprentissage se fait pour les populations et c'est également tous les jours que le chef avec le contexte et avec l'appui de ses conseillers, façonne sa capacité d'écoute. L'écoute dans la réalité communautaire grassfield se traduit donc aussi par des acclamations et des mots qui valorisent le chef « Belong », « Ya Ndé » ou encore Mbê terme générique utilisé dans l'ensemble des chefferies existant dans la région du Nord-Ouest. Spécifiquement dans le Nord-Ouest dans le village Baboungo, l'éloge forte est Fou'en et à Bali et dans les autres villages Nga'h. Ces évocations renforcent sa notoriété et lui donne l'assurance qu'il s'adresse à un peuple qui vibre sur la même longueur d'onde que lui. Ce que les populations feront après l'écoute, le chef ne le sait pas encore mais sur le vif pendant qu'il s'adresse à elles, il peut en tirer une satisfaction première à travers leur attitude.

L'attitude d'écoute des populations est multiple. Ces populations mettent leur sens dans un ordonnancement qui leur permet de capter tout d'abord l'élément sonore qui est ici la voix du chef. A l'entame du discours, la voix du chef ravive non seulement leur sentiment d'appartenance à la communauté dirigée par ce dernier, mais aussi le corps et les autres éléments sensoriels se mettent en accord pour écouter le discours dans le sens de John Cage<sup>34</sup> évoqué par Magali Babin<sup>35</sup>. Ces éléments « *invitent à vivre l'expérience de l'écoute libre et proposent un espace où l'auditeur devient compositeur en raison de ses choix, de son engagement, de sa manière singulière d'entendre* ».

## **2-2-2-l'adhésion des populations comme parachèvement du pouvoir du discours du chef**

---

<sup>34</sup>CAGE (J) cité par BABIN (M). « l'écoute : une expérience esthétique, sensible et critique de l'environnement », *Education relative à l'environnement*, volume 14-1, 2017, mis en ligne le 15 septembre 2017, consulté le 23 novembre 2022

<sup>35</sup> BABIN (M). « l'écoute : une expérience esthétique, sensible et critique de l'environnement », *Education relative à l'Environnement* volume 14-1, 2017, mis en ligne le 15 septembre 2017, consulté le 23 novembre 2022, <https://journalsopenedition.org>

Pour que soit respectées les autorités traditionnelles dans la communauté, des préalables doivent être suivis. L'autorité traditionnelle met permanentement en jeu sa réputation et son honneur lorsqu'il failli aussi bien aux yeux du conseil traditionnel, des ancêtres qu'aux yeux de sa population. Ses actes, plus encore sa parole sonnent comme un révélateur d'espoir, comme une thérapie et une lumière salvatrice. Cette parole n'intervient que pour, encourager le peuple, le dissuader d'agissements dégradants, le persuader de continuer à magnifier « l'idéologie traditionnelle », à défendre et à élever le village au firmament. Le chef traditionnel symbolise la parole agissante, l'assurance, il symbolise aussi le mutisme et la sentence en cas de rupture avec les codes et normes sociales. Au-delà de la parole, le discours du chef est chargé de symbole et empreint de voile enveloppant. L'art oratoire est africain. L'art de parler, de raconter, de conter est africain. Le discours en Afrique, les rois, les reines, les chefs de guerres, les chefs traditionnels et les chefs de famille ou même les populations le manient aisément suivant les contextes qui se présentent. Comprendre cette symbolique du discours veut qu'on se plonge d'abord dans sa définition telle que la présente les différents auteurs avant de la rattacher aux signaux communautaires pas toujours simples. Parler ce n'est pas seulement aligner des mots pour se faire comprendre. Pour Paulette Roulon-Doko<sup>36</sup>, « *Il existe bien sûr un niveau ordinaire de la parole. (...) « Simple parole » (...) pour l'opposer à la parole élaborée dite « parole profonde » (...) dont il faut chercher le sens au-delà des mots* ». Pour l'auteur, il ne faut pas s'attarder aux paroles vides, il est souhaitable d'aller au-delà des mots pour en comprendre le sens. Le faire dans le cadre de l'adhésion suppose, qu'on adhère à un discours parce qu'on le comprend.

L'oralité, la parole ou le langage sont des termes utilisés dans le champ lexical du discours. L'oralité bien qu'en concurrence avec les autres canaux de communication sociétale, reste l'une des plus prisées. Si elle se traduit aujourd'hui à travers le téléphone et d'autres techniques modernes de communication, dans les temps anciens, l'oralité à travers le canal de la bouche était usitée aussi bien dans des familles que dans des lieux publics avec les personnalités du village qui donnait à l'autorité traditionnelle toute sa splendeur et tout son pouvoir. Nous partons de l'analyse des attributs de la parole du membre ordinaire de la communauté pour arriver à l'analyse de

---

<sup>36</sup> Roulon-Doko (P). Le statut de la parole. Ursula Baumgardt et Jean Derive. Littératures orales africaines. Perspectives théoriques et méthodologiques, *Karthala*, 2008, pp.33-45, Tradition orale

l'usage de la parole par l'autorité traditionnelle. L'oralité selon Joseph Mamboungou<sup>37</sup> tire sa compréhension de certains aspects tels le rapport que l'individu entretient avec le langage, le rapport qu'il entretient avec lui-même, le rapport qu'il entretient avec les autres et le rapport qu'il entretient avec l'ensemble du monde extérieur. Selon l'auteur, la parole traduit l'oralité, une force idéologique considérable et dans la plupart des sociétés, on se bat pour la conquérir ou en conserver le monopole. Mamboungou, dans cette approche explicative déduit qu'il y a une forte connexion entre la parole et le pouvoir. Et donc la parole selon Jean Derive<sup>38</sup> est une marque distinctive du pouvoir. Au niveau institutionnel, traditionnel, la salutation à elle seule dans les prises de parole indique bien qui détient le pouvoir. On distingue la parole sociale de la parole institutionnelle formulée par le chef. La parole du chef a force de loi. Paulette Roulon-Doko s'aligne sur cette même idée pour dire que « *Certaines paroles sont par essence puissantes (...)* ». Il faut par ailleurs souligner que la représentation du pouvoir s'exprime aussi par la parole vectrice de l'idéologie communautaire qui permet d'imposer un système de valeurs.

Pour que le chef puisse apprécier l'adhésion de son peuple après l'écoute de ses discours, des mécanismes simples sont mis en place. Le respect strict des interdits, la mutualisation des efforts pour la conduite des projets, les signes de révérences à l'endroit du chef ou encore une forte mobilisation pour son accueil dans la diaspora ou dans d'autres régions du pays, sont entre autres autant d'indicateurs de l'adhésion au discours du chef. Quand les autorités traditionnelles, soit de Babungo, de Bawock ou Bera Bakoko du Sud-Ouest avec lesquels nous avons échangé se déplacent pour d'autres régions les originaires de leur communauté leur réservent un séjour chaleureux. Une organisation et tout un protocole est mis en place pour qu'aucune faille ne soit détectée. Sur les questions d'adhésion toujours, le chef Bawock du Nord-ouest Wanda Quamon explique qu'en vue de l'organisation du grand festival du village qui se tient en 2023. Il a produit une communication à l'endroit de tous ses « fils et filles » du village pour la construction des cases de l'institution cheffale avant l'évènement. Il s'agit de donner plus d'allure à l'institution et surtout permettre que chacun s'y reconnaisse car la chefferie est un bien public. A ce projet toute la population a adhéré. Le chef de Bera Bakoko du Sud-Ouest toujours connecté à sa population

---

<sup>37</sup>Mamboungou( J). « la Littérature orale et civilisation de l'oralité en Afrique : Quelques barrières à lever pour une approche objective de la culture africaine moderne », *Littérature africaine*, S.L : S.N p 250,

<sup>38</sup>Derive (J), « parole et pouvoir chez les Dioula de Kong », *journal des africanistes*, tome 57 fascicule-2. 1987, pp19-30

malgré la crise qui a sévèrement sévié dans sa communauté reste écouté par les siens. C'est d'ailleurs grâce à cette connexion qu'il avait été sauvé quand les séparatistes faisaient des incursions dans sa communauté. En outre, pour soulager ses populations, il avait sollicité l'appui et la bonne tenue de celles-ci pour le réaménagement d'un pont. Des actes comme ceux-ci, il y a en dans les communautés qui restent encore en parfaite connexion avec leur terre et leur autorité traditionnelle.

### **Conclusion**

Les sociétés traditionnelles ont dans le contexte moderne des difficultés à conduire leur institution cheffale aussi facilement qu'elles le faisaient par le passé. Aujourd'hui, la démocratie, la gouvernance républicaine les événements plus anciens tels la colonisation ont plombé leur pouvoir. A cela s'ajoute la crise sécuritaire qui contribue à rendre peu crédible et moins opportun leur discours. Il faut souligner que ces souverains traditionnels sont quelques fois à l'origine de leurs propres maux. Si les populations ne suivent plus avec allégeance leur discours c'est due au fait qu'ils sont engagés en politique et l'affiche, c'est parce qu'ils ne sont plus neutres, c'est parce qu'ils ont souillé les codes et valeurs communautaires. Malgré cette proportion de chefs qui se conduisent de manière inconsidérée, certains d'entre eux tiennent à la survivance de leur discours et donc de leur sacralité en adoptant des comportements respectueux des ancêtres et de leur population. Un challenge rude mais un challenge pas impossible pour nombreux d'entre eux.

**La stratégie des acteurs humanitaires pour la préservation de la paix dans la zone d'intervention humanitaire de MINAWAO à l'Extrême-Nord Cameroun**

*The strategy of humanitarian actors for the preservation of peace in the humanitarian intervention zone of Minawao in the Far North of Cameroon*

Page | 677

Par :

**KAPSENDE ZACHARIE WEFE**

Docteur en Science Politique

Université de N'Gaoundéré

(Cameroun).

**Résumé :**

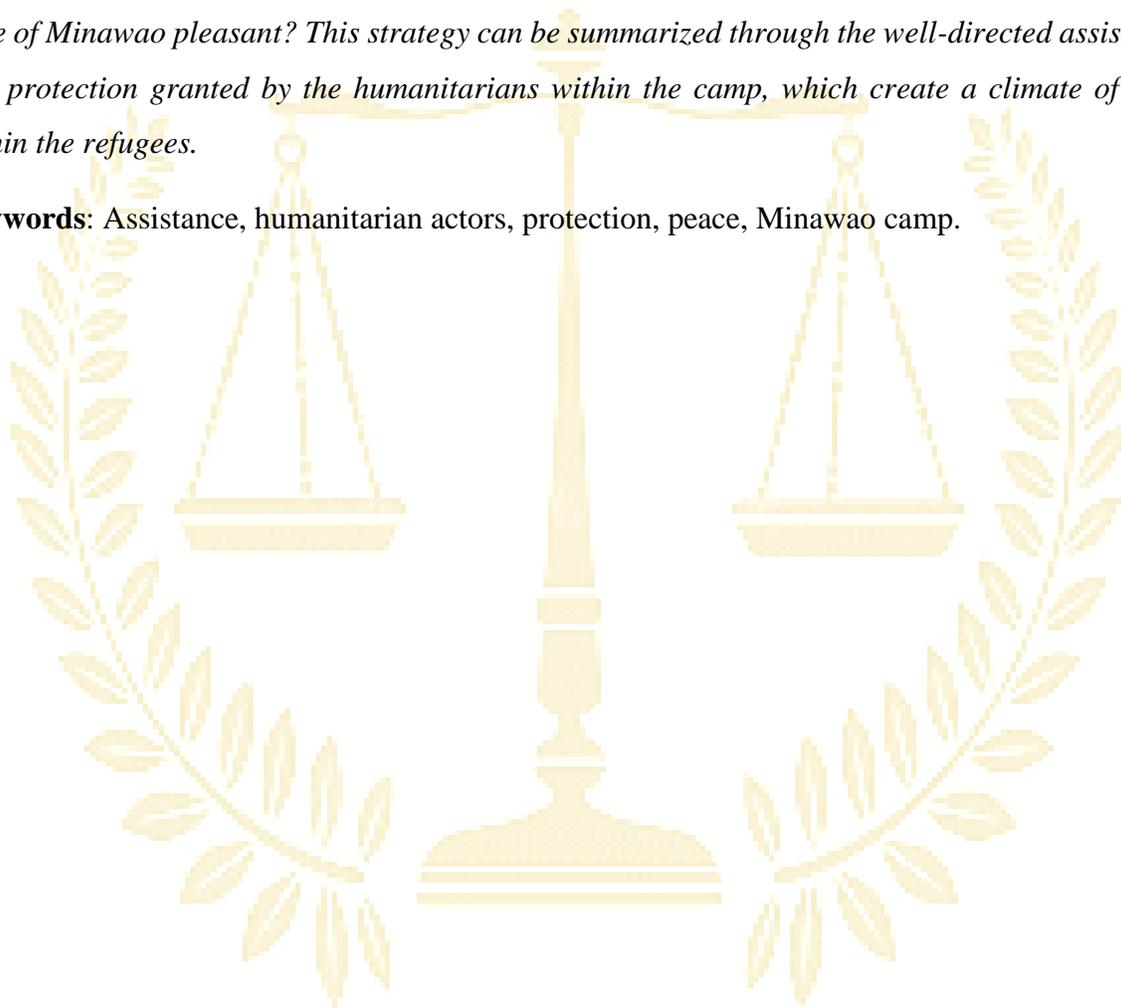
*Cet article examine l'impact de l'assistance humanitaire au sein de camp des indésirables. En effet, il restitue la stratégie mise en œuvre par les acteurs humanitaires pour la préservation de la paix au sein du camp de Minawao. De là, il suscite d'attirer l'attention sur la capacité des acteurs humanitaires a assuré la cohabitation pacifique entre les réfugiés au sein du camp de Minawao à travers les actions humanitaires. Or, sous un angle constructiviste, cet article, s'interroge sur qu'elle est la stratégie mise en œuvre par les acteurs humanitaires pour rendre agréable les séjours des réfugiés au sein du zone d'intervention humanitaire de Minawao ? Cette stratégie peut être résumée, à travers l'assistance et la protection bien diligentées, accordées par les humanitaires au sein du camp de Minawao qui créent un climat de confiances au sein des réfugiés.*

**Mots-clés :** Assistance, acteurs humanitaires, protection, paix, camp de Minawao.

**Abstract:**

*this article examines the impact of humanitarian assistance within the undesirable camp. Indeed, it restores the strategy implemented by the humanitarian actors for the preservation of peace within the camp. From there, it calls attention to the capacity of humanitarian actors to ensure peaceful cohabitation between refugees in the Minawao camp through humanitarian actions. However, from a constructivist angle, this article questions what is the strategy implemented by humanitarian actors to make the stay of refugees in the humanitarian intervention zone of Minawao pleasant? This strategy can be summarized through the well-directed assistance and protection granted by the humanitarians within the camp, which create a climate of trust within the refugees.*

**Keywords:** Assistance, humanitarian actors, protection, peace, Minawao camp.



## Introduction

L'Etat du Cameroun, en tant que le sujet du droit international a signé et ratifié la plupart des textes internationaux portant sur les problèmes des réfugiés à l'occurrence : la convention de 1951<sup>1</sup>, le protocole de 1967<sup>2</sup> et la convention de l'Organisation de l'Unité Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique en 1969<sup>3</sup>. En faisant la rétrospection de l'histoire du Cameroun en matière de l'hospitalité accordée aux indésirables<sup>4</sup>, il ressort que le Cameroun a connu moult vagues des réfugiés depuis son accession à l'indépendance<sup>5</sup>.

La secte islamiste Boko-Haram profite de la porosité de la frontière<sup>6</sup>, pour assurer sa mobilité afin de commettre des exactions dans les pays riverains<sup>7</sup> de la Commission du Bassin du Lac Tchad. Par conséquent, elle est à l'origine de déplacements massifs des populations des zones frontalières vers le Cameroun<sup>8</sup>. Sinon, depuis mai 2013, la secte islamiste Boko-haram a intensifié des incursions et des attaques à l'Extrême-Nord Cameroun qui ont poussé le Président de la République du Cameroun son Excellence Monsieur Paul Biya<sup>9</sup>, à faire une déclaration de guerre

<sup>1</sup> Le Cameroun est partie prenante par succession depuis le 23 octobre 1961. Pays membres de bassin de lac Tchad : Cameroun, Niger, Nigeria, Tchad, République Centrafricaine et Libye.

<sup>2</sup> Le Cameroun est partie prenante depuis le 19 septembre 1967.

<sup>3</sup> Le Cameroun est partie prenante la même année en 1969.

<sup>4</sup> C'est une expression utilisée par Michel AGIER pour désigner les réfugiés.

<sup>5</sup> L'on constate qu'entre janvier 1966 et janvier 1970, durant la guerre du Biafra au Nigeria, le Nord Cameroun a accueilli des milliers des réfugiés nigériens. En 1978, le Cameroun accueillait un afflux de ressortissants équato-guinéens fuyant la dictature de MACIAS NGUEMA. En 1979, le gouvernement camerounais signe une situation qui une déclaration de coopération avec le HCR. En 1982, le gouvernement a signé un accord de siège avec le HCR. Au début des années 1990, plus de cent mille (100.000) réfugiés tchadiens fuyant la guerre civile, sont accueillis dans la partie septentrionale du Cameroun. Entre 1980 et 2000, le Cameroun a accueilli des milliers de congolais fuyant le régime dictatorial de MOBUTU où règne l'instabilité politique malgré les efforts de la démocratie du pays. A la suite de conflits ethniques survenus en janvier 2002, au Nigeria le Nord-Ouest a accueilli près de 20000 ressortissants nigériens. En 2003, plus de 3000 élèves bororos venus de la République Démocratique du Congo se sont réfugiés au Cameroun, suite aux attaques perpétrées par des milices Centrafricaines. En 2004, près de 23000 élèves Bororos venus du Nigeria, à la suite d'un conflit qui les avait opposés aux Communautés Agricoles de l'Etat de Taraba, trouve refuge à Mambila, dans la région de l'Adamaoua, ville frontalière avec le Nigeria. De 2005 à 2010, le Cameroun a accueilli une fois de plus des milliers des réfugiés tchadiens fuyant la guerre civile ; et en 2013, le Cameroun a accueilli les réfugiés Centrafricains dans les régions de l'Est et de l'Adamaoua du pays, et les réfugiés nigériens dans l'Extrême-Nord du fait des attaques multipliées de la secte islamiste Boko haram, dans les régions frontalières du Nigeria.

<sup>6</sup> Cameroun : la porosité de la frontière entre le Cameroun et le Nigeria rend difficile la chasse au Boko-Haram dans la région de l'Extrême-Nord. Disponible en ligne, <https://actucameroun.com/cameroun...>2018/09/04>

<sup>7</sup> La Commission du Bassin du Lac Tchad a été créée le 22 mai 1994 par les quatre pays riverains du Lac Tchad : le Cameroun, le Niger, le Tchad et le Nigeria. La République Centrafricaine a rejoint l'organisation en 1996 et la Libye a été admise en 2008.

<sup>8</sup> KAPSENDE ZACHARIE WEFE, *la gestion des réfugiés au Cameroun : le cas du camp de réfugiés de Minawao à l'Extrême-Nord*, Mémoire de Master en Science Politique à l'Université de N'Gaoundéré, 2017.

<sup>9</sup> L'on rappelle que Son Excellence Monsieur Paul BIYA, avait déclaré la guerre à la secte islamiste Boko-Haram lors de la conférence de presse conjointe des Chefs d'Etats à l'issue du sommet de paris sur la sécurité au Nigeria, à l'ouverture de la conférence le président camerounais prenant la parole nous le citons « Mesdames et Messieurs, je voudrais tout d'abord remercier le Président de la République Française d'avoir pris l'initiative de nous inviter pour

contre cet ennemi de la paix en mai 2014. Cette déclaration de guerre permettra aux humanitaires de se rassurer de la volonté de gouvernement du Cameroun à préserver la paix au Cameroun. Cependant, en gardant la posture de mendiant de la paix<sup>10</sup>, de concert avec le HCR, l'Etat du Cameroun procède donc par créer en 2013 le camp de Minawao<sup>11</sup> pour offrir son hospitalité légendaire aux réfugiés nigériens en matière de la protection et de l'assistance.

Après la création du camp, Michel Agier fait la description de la composition des camps des réfugiés, il souligne que « les camps sont créés sur des espaces vierges comme une incursion soudaine, parfois violente, au sein d'un environnement local quelconque. Après une première installation dans de grandes tentes, les réfugiés construisent, autour des tentes collectives, des cases et des huttes en bois et pisé, au toit de chaume ou de toile plastifiée, avec du matériel généralement fourni par des ONG. Les habitations individuelles ou familiales d'une ou deux pièces entourent la tente centrale qui est retirée lorsque toutes les cases sont construites. En même temps, en quelques mois, jusqu'à une année, se fait l'aménagement progressif des rues de terre, des systèmes d'approvisionnement en eau (puits, citernes, réseaux de tuyauterie et fontaines), des latrines, fosses septiques, ainsi que de quelques bâtiments collectifs (clinique, école, administration du camp)<sup>12</sup>. »

---

nous pencher sur ce problème très sensible de la lutte contre le terrorisme et, en particulier Boko Haram au Nigeria. Je remercie également les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'Union Européenne qui ont montré beaucoup d'intérêt. Nous sommes ici pour affirmer notre solidarité et notre détermination à lutter vigoureusement contre Boko Haram le Président Hollande l'a dit : pendant que je suis ici, ils ont commis un attentat de plus, ils ont attaqué des entrepreneurs et ceci vient après l'enlèvement des otages français. A l'heure qu'il est nous sommes à la recherche de deux prêtres italiens et d'une sœur canadienne. Le problème Boko Haram a donc cessé d'être uniquement un problème nigérian, il est devenu un problème régional, sinon continental. Nous sommes ici pour déclarer la guerre au Boko Haram. On va le poursuivre et on vaincra cette chose terroriste parce que les inconvénients sont nombreux. C'est un groupe qui éloigne les missionnaires, les entrepreneurs, les investisseurs ; appauvrit le pays et veut faire revenir les populations du Nigeria au Moyen-âge. Nous remercions encore une fois le président HOLLANDE d'avoir pris l'initiative de nous réunir, Nous allons prendre des mesures encore des mesures encore plus fortes pour éradiquer le phénomène Boko Haram. Merci » Samedi le 17 mai 2014. <http://www.prc.cm/fr/actualités/discours/1099-declaration-de-s-e-paul-biya-lors-de-la-conference-de-presse-conjointe-des-chefs-d-etat-a-l-issu-du-sommet-de-paris-sur-la-securite-au-nigeria>

<sup>10</sup> Ce concept a été utilisé par le chef de l'Etat du Cameroun lors d'un sommet des chefs pour signifier que la paix est une quête permanente et il est temps pour nous d'agir en collégialité pour faire barrage aux partisans des chaos.

<sup>11</sup> Actuellement le Cameroun compte huit camps des réfugiés à savoir : Minawao dans la région de l'Extrême-Nord, Gam et Borgof dans la région de l'Adamaoua, Gado-Badze, Timangolo, Mobile, Lolo et Ngarisingo dans la région de l'Est.

<sup>12</sup> AGIER(M), *Gérer les indésirables : Des camps des réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, Paris, 2008, P.88

Du coup, par le principe de l'ingérence humanitaire<sup>13</sup>, les acteurs étatiques<sup>14</sup> et non étatiques<sup>15</sup> se sont mobilisés pour apporter protection et assistance aux réfugiés<sup>16</sup> du camp de Minawao<sup>17</sup> afin de préserver la dignité humaine, de soigner les traumatismes psychologiques et de créer le climat de paix au sein des réfugiés pour leurs permettre d'oublier les affres de Boko-Haram. Après, la mise en place du camp de Minawao, les acteurs humanitaires se voient concilier le couloir humanitaire<sup>18</sup> et la préservation de la paix au sein du camp et du pays d'accueil. En fait, comment à travers les actions humanitaires, le HCR et les ONG parviennent-ils à préserver la paix au sein du village humanitaire<sup>19</sup> de Minawao ? et comment l'Etat du Cameroun s'organise au sein de zone d'intervention humanitaire de Minawao afin d'éviter les incidences diplomatiques avec le pays d'origine ?

L'étude entend montrer, sur la base des grilles de lecture largement interactionniste<sup>20</sup> et constructiviste<sup>21</sup> qui prennent en compte également l'observation participante comme outil de recherche, que ces actions des acteurs humanitaires se justifient à travers la mise en place d'une stratégie appropriée par le coordinateur des actions humanitaires qu'est le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés et les exécutant des politiques humanitaires qui sont les ONG qui

<sup>13</sup> L'expression « Ingérence humanitaire » est apparue à la fin des années 1960, au moment de la guerre du Biafra et de l'émergence des ONG dites « sans-frontiéristes ». Elle désigne une immixtion, intervention en faveur d'une population en détresse afin de lui venir en aide lorsqu'elle se trouve confrontée à la violence d'un conflit, à la répression d'un gouvernement ou bien encore à une catastrophe naturelle. Selon le Lexique de Science Politique ; vie et institutions politiques, 2<sup>e</sup> édition Dalloz, 2011, P.268-269

<sup>14</sup> Les acteurs étatiques dans ce cadre désignent l'Etat d'accueil, l'Etat d'origine et les autres Etats qui interviennent dans l'assistance aux réfugiés.

<sup>15</sup> Les acteurs non étatiques désignent le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés et les Organisation Non Gouvernementales qui interviennent dans la protection et l'assistance des réfugiés.

<sup>16</sup> Selon la convention de Genève de 1951, le statut de réfugié doit être attribué à toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...] ».

<sup>17</sup> Selon la situation géographique du camp de Minawao, il est situé dans la région de l'Extrême-Nord, département du Mayo-Tsanaga et l'arrondissement de Mokolo.

<sup>18</sup> L'expression « couloir humanitaire », c'est un couloir d'urgence destiné à faciliter l'acheminement de l'aide médicale et de produits alimentaires qui sont dédiés à la population en détresse. Selon le Lexique de Science Politique ; vie et institutions politiques, Op. Cit, P.107

<sup>19</sup> L'on emploie comme synonyme de camp des réfugiés, de zone d'intervention humanitaire.

<sup>20</sup> BECKER (S. H) définit deux niveaux d'analyse de l'approche interactionniste : - au premier niveau, il est nécessaire d'examiner minutieusement les activités effectives, en tenant de comprendre les circonstances dans lesquelles agissent tous ceux qui sont concernés, et de prendre au sérieux l'interprétation de sens commun ; - au second niveau l'approche interactionniste montre aux sociologues l'importance primordiale(...) de l'imposition de définitions, que celles-ci concernent les situations, les actes ou les catégories de personnes. Dans le lexique sociologique 2<sup>e</sup> édition Dalloz, 2007, p.164.

<sup>21</sup> BERGER(P) et LUCKMANN(Th) ; *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986

s'opèrent au sein du village humanitaire de Minawao(I) d'une part et la stratégie mise en œuvre par l'Etat du Cameroun pour encadrer, assurer la sécurité et préserver le lien diplomatique entre le pays d'origine de ces réfugiés d'autre part(II) afin de garder l'image de l'hospitalité légendaire.

## **I- LE HCR ET LES ONG : DE COULOIR HUMANITAIRE A LA PRESERVATION DE LA PAIX AU SEIN DU VILLAGE HUMANITAIRE DE MINAWAO**

Notre démarche consiste ici, à démontrer que les actions humanitaires concourent largement à la préservation de paix au sein de zone d'intervention humanitaire de Minawao. Certes, ces actions humanitaires se manifestent sous forme d'aide d'urgence<sup>22</sup> pour assister et protéger les déplacés externes dans le pays d'accueil, il ressort par ricochet que ce sont des facteurs déterminants de la préservation de paix au sein d'espace humanitaire<sup>23</sup> de Minawao. C'est pour cette raison que ces acteurs humanitaires<sup>24</sup> mettent les stratégies pouvant à travers le couloir humanitaire<sup>25</sup> préservé une cohabitation pacifique entre les réfugiés nigériens au sein du camp de Minawao. Or, dans ce cadre le HCR et les ONG<sup>26</sup> procèdent par l'identification de problèmes des réfugiés au sein du camp de Minawao (A) et apportent également la réponse aux attentes des réfugiés au sein du camp qui constituent les facteurs de la préservation de la paix dans le pays d'accueil (B).

### **A- L'identification et la mise sur agenda des problèmes des réfugiés par le HCR et les ONG au sein du camp de MINAWAO constituent une stratégie pour la préservation de la paix au sein du camps**

<sup>22</sup> Cette expression « Aide d'urgence » désigne une assistance à caractère humanitaire financée et mise en œuvre par des Etats, des organisations internationales et les ONG en faveur de la population en détresse, victime de catastrophes naturelles, de guerres ou d'exactions. Le Lexique de science politique : vie et institutions politiques, op.cit. P.9

<sup>23</sup> Selon François Audet, le concept d'« espace humanitaire » est complexe mais fondamental à l'intérieur du mouvement humanitaire. Il peut se comprendre comme un espace de liberté d'intervention civile, caractérisée par certains principes et normes, tels que ceux contenus dans la Charte humanitaire.

<sup>24</sup> AUDET (F), « L'acteur humanitaire en crise existentielle : Les défis de nouvel espace humanitaire » Revue d'Etudes Internationales, Vol 42, numéro 4, décembre 2011, p 447-472

<sup>25</sup> C'est un couloir d'urgence destiné à faciliter l'acheminement de l'aide médicale et des produits alimentaires qui sont dédiés à une population en détresse. Le Lexique de science politique : vie et institutions politiques, op, cit, p.107.

<sup>26</sup> Cet acronyme ONG est appréhendé comme une association de droit privé, à but non lucratif, justifiant d'une « utilité internationale » et exerçant son activité dans plusieurs pays. Le Lexique de science politique : vie et institutions politiques, op, cit, p.377.

Il y a un adage africain qui dit qu'« une fois les problèmes identifiés, les solutions sont déjà trouvées à cinquante pourcent<sup>27</sup> ». C'est dans cette logique que le gouvernement humanitaire procède par identifier les besoins urgents des réfugiés afin d'assurer la sécurité au sein du village humanitaire de Minawao. La philosophie du projet sphère se focalise sur « deux convictions essentielles : la première est que toutes personnes touchées par une catastrophe naturelle ou un conflit armé ont le droit de vivre dans la dignité et, par conséquent, de recevoir l'assistance dont elles ont besoin ; la seconde est que tout ce qui est possible doit être fait pour alléger la souffrance humaine résultant d'une catastrophe ou d'un conflit armé »<sup>28</sup>.

En effet, toutes les actions des acteurs humanitaires sont diligentées par le respect de ces deux convictions ci-dessus. Car elles permettent aux humanitaires de légitimer leurs actions auprès de leur cible. En appuyant sur cette philosophie du projet sphère, les acteurs humanitaires se voient leurs actions définies dans une charte humanitaire qui consiste donc à un ensemble de standards minimum dans les secteurs clés visant à sauver des vies<sup>29</sup>. C'est pour cette raison que les acteurs humanitaires<sup>30</sup> qui opèrent dans l'espace humanitaire de Minawao procèdent, pour atteindre sa cible par l'identification de besoins des réfugiés (1) afin de créer un climat de confiance entre eux et inscrit en même temps sur agenda ces besoins multisectoriels (2).

### **1- L'identification des problèmes des réfugiés comme facteur de la préservation de la paix au sein du camp de MINAWAO**

En travaillant sur l'implication des ONG dans la protection et l'assistance aux réfugiés dans l'Extrême-Nord Cameroun<sup>31</sup>, KHALIMAT RACHIDA BENAZIR, fait savoir que les acteurs humanitaires identifient et inscrivent sur agenda les problèmes des réfugiés. Chose faite quotidiennement aux préalables aux réfugiés dans le pays d'accueil. L'on note que en identifiant ces problèmes d'urgences humanitaires, les acteurs humanitaires visent à garantir deux choses à

<sup>27</sup> C'est un adage de la communauté de Tchouvouk qui signifie la nécessité d'identifier les problèmes accroît également une chance de solutionner ces problèmes.

<sup>28</sup> Le Projet Sphère, 2011, disponible en ligne ([www.shereprojet.org](http://www.shereprojet.org)) consulté le 07 Mars 2023

<sup>29</sup> Ibid

<sup>30</sup> Le terme « acteur humanitaire » sera employé pour faire référence aux organisations non gouvernementales transnationales et occidentales qui œuvrent dans l'espace humanitaire afin de porter assistance aux populations victimes des crises. Cf, DUFFIELD(M), *Development, Security and Unending War. Governing the World of peoples*, Cambridge, Polity Press 2007.

<sup>31</sup> KHALIMAT (R. B), *l'implication des ONG dans la protection et l'assistance aux réfugiés dans l'Extrême-Nord Cameroun : le cas de camps Minawao*, Mémoire de Master recherche en Science politique à l'Université de N'Gaoundéré, 2017.P 20

savoir : le traitement dignement des réfugiés sans se sentir discriminer et la préservation de la paix au sein du camp.

Pareillement dans une analyse approfondie de la charte Humanitaire et les standards minimums de l'intervention humanitaire précise que « l'intervention humanitaire est planifiée et mise en œuvre en coordination avec les autorités compétentes, les agences humanitaires et les organisations de la société civile engagées dans une action humanitaire impartiale, tout travaillant ensemble pour atteindre un niveau d'efficacité et d'efficience et une couverture maximum »<sup>32</sup>. En appuyant, sur cette coordination avec les autres agences humanitaires, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, étant le coordinateur<sup>33</sup> du camp de Minawao procède par identifier les besoins urgents de ces déplacés externes au sein de leur zone d'intervention humanitaire afin de préserver la cohésion sociale des réfugiés au sein du camp. C'est pour cela qu'ils mettent les stratégies adoptées en fonction de la situation d'urgence et des besoins :

La première stratégie en situation d'urgence est celle de prise de contact avec les donateurs : « Le HCR, en collaboration avec le pays d'asile, établit une stratégie de relation avec les donateurs dès les premiers jours d'une situation d'urgence et la maintient pendant toute la durée de l'opération. Les besoins à couvrir d'urgence, les progrès et les contraintes sont portés à la connaissance des donateurs, principalement par le biais des appels d'urgence, qui sont publiés par le siège du HCR après consultation avec ses bureaux extérieurs et le pays d'asile. Les donateurs sont régulièrement informés de l'évolution de la situation.<sup>34</sup> »

Dès lors, que le mouvement des réfugiés se manifeste, la question des besoins s'impose, d'où la deuxième stratégie qui consiste à se conformer aux principes de protection internationale. Mais une protection sans le minimum d'assistance alimentaire et nutritionnelle est vaine. D'où, l'identification des problèmes<sup>35</sup> pressants de la protection, de la nutrition ainsi que la sécurité alimentaire par les acteurs humanitaires au sein du Camp de Minawao. C'est-à-dire que dans la

---

<sup>32</sup> Le Projet Sphère, op.cit. 66

<sup>33</sup> Le rôle du coordinateur du camp est de « garantir que les services et l'assistance humanitaires sont fournis de manière cohérente et efficace à la population du camp, de sorte que le niveau de vie dans le camp est maintenu et qu'un accès complet et égal aux droits de l'homme de base est assuré aux résidents du camp » selon Conseil Norvégien des Réfugiés, *Manuel de gestion de camp*, 2008, P. 109.

<sup>34</sup> UIP, HCR, *Op cit*, p.115.

<sup>35</sup> Les besoins des réfugiés se résument en quatre activités visant à sauver des vies au sein du camp à savoir : approvisionnement en eau, assainissement et promotion de l'hygiène ; sécurité alimentaire et nutrition ; abris, habitat et articles non alimentaires ; et action sanitaire. Selon Manuel Sphère, op cit.p.7

politique de protection et d'encadrement des réfugiés, l'accès à l'éducation, à l'eau et la promotion d'hygiène et assainissement doivent être pris en compte par les ONG ainsi que les besoins en abri et articles non vivres<sup>36</sup> presque qu'au même titre que les besoins dits prioritaires. L'on note que ces stratégies des acteurs humanitaires consistant à identifier les besoins des réfugiés au préalable contribue largement à la préservation de la paix au sein de zone d'intervention humanitaire car les indésirables recouvrent leur droit de vivre dignement comme les autres dans le pays d'accueil. Après l'identification des besoins, le coordinateur inscrit donc ces besoins sur agenda.

## **2- L'inscription sur agenda du HCR et des ONG des problèmes des réfugiés contribue à la préservation de la paix au sein du camp de MINAWAO**

De prime abord, il faut noter que le coordinateur qu'est le HCR et les exécutants des politiques humanitaires qui sont les ONG avant de se manifester sur le terrain de la protection inscrivent les problèmes des réfugiés sur leur agenda. En effet, le lexique de science politique définit l'agenda comme « l'ensemble des problèmes publics qui déterminant, à un moment donné, l'attention et/ou l'actions des pouvoirs publics<sup>37</sup>.» En paraphrasant cette définition, l'agenda humanitaire est appréhendé comme l'ensemble des problèmes des déplacements humains qui acquièrent à un moment donné l'attention des acteurs humanitaires.

Nonobstant, l'agenda pour la protection a pour but de mettre l'accent sur les éléments de protection pouvant bénéficier d'une coopération multilatérale et d'une responsabilité collective renforcée. Bien que les Etats soient naturellement responsables au premier chef de la protection, le partenariat dans l'action, articulé sur le concept du partage de la charge, constitue une caractéristique centrale de l'agenda. Dans ce contexte, le rôle du HCR en tant que catalyseur et facilitateur, agissant sur la base de son mandat, est souligné. L'agenda met également en exergue le rôle et la contribution d'autres partenaires, sur la base des avantages comparatifs, des mandats, de l'expérience et du statut.<sup>38</sup> On comprend dès lors la nécessité d'une coopération renforcée avec les ONG. Ceux-ci avant d'agir en synergie avec l'Etat sur le terrain de l'aide, adoptent le programme d'aide et élaborent un plan d'action.

---

<sup>36</sup> Les articles non alimentaires renvoient aux vêtements, aux matériels de couchages, les fourneaux, combustible et l'éclairage.

<sup>37</sup> Le lexique de science politique, op cit.p.8

<sup>38</sup> Comité exécutif du programme du Haut-Commissaire, op cit, p.1.

Les ONG<sup>39</sup> intervenants au sein du village humanitaire de Minawao ont leurs propres mécanismes de fonction et les secteurs phares dans lesquels elles interviennent. C'est donc en fonction de leur domaine d'activités respectives qu'elles décident d'observer un problème de près et de l'inscrire sur leur agenda. Les ONG humanitaires sont des organisations très spécialisées et très attachées à leur image de compétence et de responsabilité. Elles vivent dans un monde très concurrentiel et doivent constamment faire la preuve de leur sérieux et de leur efficacité auprès de leurs principaux bailleurs de fonds. L'adoption du programme d'aide dépend donc de l'ampleur de la situation. Chaque ONG se fixe des objectifs à atteindre. Ceux-ci constituent les grandes lignes de leur plan d'action.

D'ailleurs les ONG pensent à leur plan d'intervention bien avant la planification, bien que le plan d'action doit être ultérieurement bien défini dans les activités de planification<sup>40</sup>. Le plan d'action bien préparé souligne les activités importantes qui mèneront au succès de la phase de mise en œuvre d'un projet. En effet, l'élaboration du plan d'action des ONG est fonction des objectifs fixés. Mais, étant donné que les ONG dépendent fortement, pour leur existence, des dons privés et pour une partie d'entre elles, de financement des États et des organisations internationales, elles interviennent en situation d'urgence en fonction des moyens dont elles disposent. Leur plan d'action sur le terrain est conçu en rapport avec le financement qu'elles obtiennent des bailleurs de fonds. En effet, très souvent, les lacunes de leurs actions sont dues aux problèmes de financement. Après l'inscription des besoins des réfugiés sur agenda humanitaire, il revient donc pour les acteurs humanitaires d'apporter une solution urgente à ce problème.

### **B- La réponse aux attentes des réfugiés comme facteur de la préservation de la paix au sein du camp de MINAWAO**

La réponse aux attentes des réfugiés constitue pour les acteurs humanitaires un maillon essentiel pour la préservation de la paix dans la zone d'intervention humanitaire. Chose qui contribue à l'apaisement des tensions au sein du village humanitaire. C'est dans cette logique que

<sup>39</sup> RYFMAN, (P.), « *Les organisations non gouvernementales (ONG): un acteur incontournable de l'aide humanitaire* », Revue Internationale de la Croix-Rouge, Vol. 89, N°865, mars 2007, p. 41.

<sup>40</sup> KHALIMAT (R.B), *L'implication des ONG dans la protection et l'assistance aux réfugiés dans l'Extrême-Nord Cameroun : le cas de camp de Minawao*. Op. Cit. p 28

le camp des indésirables est bien structuré, aménagé et sécurisé par les forces armées du pays d'accueil.

Pour les réfugiés, tous partis précipitamment pour fuir une menace réelle, l'arrivée au Cameroun est non seulement un dépaysement mais aussi une rupture. Partis dans l'espoir d'un retour que seul le temps qui s'écoule estompe progressivement, ces individus sont troublés par la rupture généralement définitive qu'accompagne l'exil<sup>41</sup>.

La réponse stratégique doit s'effectuer par rapport aux besoins des réfugiés. C'est l'évaluation de la situation qui détermine la stratégie qu'on adopte. Les ONG dans leur plan de réponse stratégique tiennent en compte celui de l'Etat généralement élaboré par l'Equipe Humanitaire Pays (EHP). Ainsi, de façon conjointe, l'intervention auprès des réfugiés intègre un certain nombre des stratégies. La réponse aux problèmes des réfugiés est au préalable leur regroupement anthropologique autour des secteurs qui sont dans la zone d'intervention humanitaire de Minawao (1) et puis envisager la protection et assistance proprement dites (2).

### **1- Le regroupement anthropologique autour des secteurs dans la zone d'intervention humanitaire de MINAWAO contribue à la préservation de la paix au sein du camp**

La volonté des acteurs humanitaires de préserver la paix au sein du village humanitaire de Minawao se concrétise dès la création de cette zone d'intervention humanitaire car selon Michel Agier, le camp doit comprendre certaine logique « les distributions de maïs ou boulgour américains, d'huile et de sel sont faites mensuellement par des ONG sous contrat avec le Programme alimentaire mondial de l'ONU; des « leaders de secteur » apparaissent parmi les chefs de tente initiaux; des églises ou des vidéo shops sont construits en terre et recouverts à l'aide des bâches plastifiées du HCR ou des ONG; des places de marché et des terrains de football sont sommairement aménagés, etc. Même s'il est entendu que les camps n'ont pas de durée programmée, tout le monde édifie un espace de vie, certes précaire, mais relativement vivable<sup>42</sup>. »

Le Manuel de gestion de camp prescrit aux humanitaires de regrouper les personnes qui ont des besoins spécifiques afin de répondre valablement à leur prise en charge au sein du camp. Les acteurs humanitaires implantés au sein du camp de Minawao répondent aux attentes des

<sup>41</sup> Vasquez, 1983, « L'exil. Une analyse psychosociologique » in *l'information psychiatrique*. Vol. 59, p76

<sup>42</sup> *ibid.*

réfugiés qui ont des besoins spécifiques, car les personnes faisant partie de ces catégories peuvent avoir des besoins spécifiques de protection qui doivent être pris en compte. Dans de nombreux cas, la famille ou la communauté fournit le soutien dont ces personnes ont besoin. L'on note que le fait de protéger les personnes aux besoins spécifiques contribue à la préservation de la paix au sein de zone d'intervention humanitaire de Minawao, ils évitent aux humanitaires de tomber dans le piège de la discrimination. Certaines ONG comme ALDEPA et l'Intersos opèrent dans ce domaine. Le tableau récapitulatif des personnes à besoins spécifiques au sein d'un camp des réfugiés dans le pays d'accueil.

Catégories de population	Groupe ayant des Besoins Spécifiques
Garçons et filles	Enfants Non Accompagnés et Enfants séparés, Enfants précédemment associés à des groupes ou forces armées. Enfants chefs de Ménage.
Jeunes	Jeunes désolidarisés et sans emploi
Femmes	Femmes chefs de ménage, veuves y compris Femmes sans le soutien d'un homme Femmes précédemment associées à des groupes ou forces armées Femmes survivantes de violence sexuelle et sexiste
Personnes âgées	Personnes âgées sans soutien familial ou communautaire Grands-parents chefs de ménage
Personnes atteintes d'une maladie, d'un handicap ou d'un traumatisme	Personnes malades sans soutien familial ou communautaire Personnes handicapées physiques Personnes handicapées mentales Personnes atteintes ou encourant un risque de VIH/SIDA Survivants de la torture

Source : Le Manuel de gestion de camp, 2008, p.333

Le gestionnaire du camp de Minawao qu'est la Première Urgence Internationale, a regroupé les réfugiés autour de quatre secteurs<sup>43</sup> afin de faciliter la distribution des vivres au sein du camp. Ce regroupement permet également de préserver la paix au sein du camp et de rétablir les liens familiaux au sein du camp afin de faciliter une relation pacifique dans le pays d'accueil. Les acteurs humanitaires ont procédé au camp par regroupement des réfugiés par famille, dans le même secteur ; même bloc afin de faciliter une cohabitation pacifique et de leur permettre une meilleure insertion sociale au sein du camp des réfugiés de Minawao ; l'on prend à titre d'illustration le cas de la famille Boukar, une famille kanuri, regroupé dans le secteur quatre et bloc 6 « *nous vivons dans le camp de Minawao en famille et les partenaires ont désigné un chef de bloc pour assurer et renforcer notre cohabitation avec les autres réfugiés non kanuri et nous mangeons ensemble avec les frères et sœurs réfugiés dans le camp de Minawao* »<sup>44</sup>

Page | 689

S'agissant de regroupement des réfugiés par ethnie, le souci majeur des partenaires est de faire cohabiter pacifiquement cette ethnie sans enfreindre la loi des pays d'accueil. En plus de faire aussi cohabiter avec les réfugiés des autres ethnies vivant dans le camp de Minawao. A titre d'exemple le cas de l'ethnie Mafa au sein du camp de Minawao, les réfugiés de l'ethnie Mafa sont regroupés dans le secteur 2 bloc2. Ces stratégies de regroupement des réfugiés par famille et par ethnie sont l'une des solutions pour la régulation pacifique des rapports entre eux. Afin d'éviter la marginalisation « dans un nouvel espace où son insertion sociale est plutôt génératrice de contradictions et conflits et où le phénomène de cohabitation ou de coexistence peut être considérée comme l'expression d'une forme limite des rapports sociaux : la ségrégation. »<sup>45</sup> L'on note que la réponse aux attentes des réfugiés par regroupement n'est qu'une partie de la solution aux besoins des réfugiés car la protection et l'assistance sont des facteurs importants pour la préservation de la paix.

---

<sup>43</sup> Selon l'entretien que l'on a eu avec le Manager de Camp de Minawao le 17/08/2017, le camp de Minawao est constitué des quatre secteurs qui sont : le Secteur 1 constitué de 14 Blocs, le Secteur 2 constitué de 19 Blocs, le Secteur 3 constitué de 27 Blocs et le Secteur 4 est constitué de 22 Blocs. Il précise que chaque Bloc est composé de douze communes.

<sup>44</sup> Selon notre entretien menait avec cette famille de Kanuri le 08 /08/2017 à 11h00.

<sup>45</sup> AKAM (M), 1996, « Pluriculturalisme et coexistence en milieu défavorisé », *Cameroun. Pluriculturalisme culturel et convivialité*, Paris, Editions Nouvelles du Sud, 211p, pp : 57-75

## 2- La protection et l'assistance accordées aux réfugiés au camp de MINAWAO par les acteurs humanitaires contribuent à la préservation de la paix au sein du village humanitaire de MINAWAO

Tout d'abord, avant de parler de la protection des réfugiés, la protection est définie par le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) comme : « Toutes les activités destinées à obtenir un respect total des droits d'un individu selon la lettre et l'esprit des organismes publics concernés (c'est-à-dire les droits de l'homme internationaux, la loi humanitaire internationale et la loi internationale sur les réfugiés)<sup>46</sup> ». En effet, il existe deux types de protection : La protection nationale et la protection internationale.

La protection nationale est pourvue par l'état de nationalité. Elle inclut la reconnaissance et le respect des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine. Elle est en principe permanente. La protection internationale, elle, elle est pourvue par la communauté internationale à travers le pays d'asile. Elle est mise en place lorsque la communauté internationale reconnaît une lacune ou un manque de protection nationale. Elle est un substitut temporaire à la protection normalement accordée par l'Etat de nationalité. Toutes les actions visant à garantir l'accès équitable aux droits, des personnes relevant de la compétence du HCR, et la jouissance de ces droits en vertu des conventions internationales s'y rapportant. Elle commence par l'admission dans un pays d'asile sûr, l'octroi de l'asile, le respect des droits fondamentaux, et ne s'achève que lorsqu'une solution durable a été trouvée. C'est de cette protection dont il s'agit en ce qui concerne les réfugiés.

La protection internationale a des principes fondamentaux. Lorsqu'un Etat s'engage à accorder la protection internationale, il s'engage par conséquent à respecter ces principes. Il s'agit des principes : de non refoulement (tel qu'édicté dans l'article 33 al 1 de la convention de Genève) ; de, pas de sanction pour entrer illégale des demandeurs d'asile (tel observé à l'article 31 al 1 de la convention de Genève) de, pas d'expulsion (tel mentionné à l'article 22 de la convention de Genève). Tous les Etats partis à cette convention sont tenus de respecter ses principes et tous autres dispositifs y afférentes.

<sup>46</sup> Le Manuel de gestion de camp, op cit.p.239

Ainsi, c'est au nom du respect de ce dits principes que la communauté internationale s'est engagée à venir en aide aux réfugiés nigériens. Depuis les attaques perpétrées par Boko Haram, l'insécurité s'est installée dans les zones touchées. En effet, au-delà de la situation dans le Nord-Est du Nigéria, « La situation sécuritaire à l'Extrême-Nord demeure préoccupante. L'insécurité persistante accentue les violations des droits de l'homme et les victimes les plus exposées demeurent les femmes, filles et garçons. Les conséquences immédiates de cette insécurité ont un impact tant sur les réfugiés, les déplacés internes que les communautés hôtes, nécessitant une assistance rapide et immédiate. »<sup>47</sup>. Cette situation montre la nécessité de la protection de ces personnes. Tout réfugié est déjà par définition une personne vulnérable car étant en situation de besoin qui ne peut être comblé qu'à travers une aide. L'aide dont ils bénéficient est le concours des efforts de l'Etat, de la communauté internationale à travers le HCR et des ONG. La protection est le premier des besoins des réfugiés. Elle fait partie de leurs droits fondamentaux tels énoncés dans la convention de Genève. C'est une protection d'abord physique. C'est à dire protéger les réfugiés de tout danger portant atteinte à leur vie. Ensuite, il s'agit aussi d'une protection légale. C'est à dire s'assurer qu'ils jouissent des droits fondamentaux inhérents à tout être humain. Et enfin, il est question de leur protection matérielle. Elle renvoie à tout type d'assistance, que ce soit en vivres, en produit non vivre, en santé, l'éducation, en abri et autres. Mais, l'assistance la plus urgente en situation de crise reste la sécurité alimentaire, nutritionnelle et sanitaire.

La sécurité alimentaire et nutritionnelle fait partie des besoins prioritaires des réfugiés. En effet, « La protection, l'assistance en vivres et les soins de santé font partie des besoins prioritaires pour l'ensemble de la population dans le besoin. »<sup>48</sup>. Il est donc clair que ces besoins sont plus accrus en ce qui concerne les réfugiés. L'assistance, notamment : « l'assistance d'urgence vise la fourniture de vivres aux populations les plus vulnérables (réfugiés, déplacés, populations hôtes et celles en situation d'insécurité alimentaire) avec une attention particulière sur les femmes, les enfants et les jeunes »<sup>49</sup>. Cette assistance doit être portée aux populations vulnérables dans le respect des standards essentiels et minimums. D'ailleurs, les standards minimums sur la sécurité alimentaire et la nutrition sont une expression concrète des convictions et des engagements que partagent les agences humanitaires, et des principes communs qui régissent l'action humanitaire

---

<sup>47</sup> *Ibid*, p.22.

<sup>48</sup> *Ibid*, p.9.

<sup>49</sup> EHP, « *plan de réponse stratégique-Cameroun* », 2015, p.10.

tels qu'ils sont formulés dans la Charte humanitaire. Fondés sur le principe d'humanité et repris dans le droit international, ces principes sont notamment le droit de vivre dans la dignité, le droit à la protection et à la sécurité, et le droit à une assistance humanitaire fournie selon les besoins.<sup>50</sup> Après, l'assistance et la protection accordées par le coordinateur et les exécutants des politiques humanitaires dans la zone d'intervention humanitaire de Minawao, il revient donc au pays d'accueil d'assurer la protection nationale à ces déplacés forcés.

## **II- L'ORGANISATION DE L'ETAT DU CAMEROUN AU SEIN DU CAMP DE MINAWAO POUR ENCADRER ET PROTEGER LES REFUGIES AFIN D'EVITER LES INCIDENCES DIPLOMATIQUES AVEC LE PAYS D'ORIGINE.**

En se conformant à la charte humanitaire, l'Etat du Cameroun dès l'arrivée des réfugiés nigériens au village humanitaire de Minawao a tenu à leur offrir leur hospitalité légendaire. Cette hospitalité légendaire permettra au pays d'accueil d'offrir un cadre propice pour l'épanouissement de ces derniers afin de vivre dans la dignité humaine et sans discrimination possible<sup>51</sup>.

Pourtant, le pays hôte a mis à son tour un arsenal juridique lui permettant de garantir les séjours paisibles des réfugiés nigériens afin d'éviter l'incidence diplomatique. Cet arsenal juridique consiste donc à régulariser les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun<sup>52</sup>, C'est dans cette même ordre d'idée, qu'il crée le camp des réfugiés nigériens en collaboration avec le HCR en 2013, il assure en même temps la sécurité des humanitaires, des réfugiés au sein du camp et de la population autochtone.

En effet, pour analyser la situation des réfugiés et éviter toute de même la déstabilisation du pays d'accueil, l'Etat du Cameroun décide par créer au sein du camp des réfugiés l'administrateur du camp qui joue le rôle de courroie de transmission entre les autorités camerounaises et les acteurs humanitaires(A), le détachement d'une brigade de gendarmerie au

---

<sup>50</sup> LE PROJET SPHERE, La Charte humanitaire et les standards minimums d'intervention humanitaire, édition 2011, p.163.

<sup>51</sup> La charte humanitaire précise que les populations qui ont fui les catastrophes naturelles ou les exactions des guerres ont droit de vivre à la dignité, l'impartialité et la non-discrimination pour leur permettre d'oublier leur traumatisme psychologique.

<sup>52</sup> Lire la loi du 10 Janvier 1997 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun, modifiée et complétée par le décret du 04 Septembre 2007, décret du 04 Août 2016 et le décret du Mars 2023.

sein du camp et le détachement de poste de police de sécurité publique au sein du camp de Minawao(B).

#### **A- L'administrateur du camp : représentant des pouvoirs publics au sein de zone d'intervention humanitaire de MINAWAO**

Page | 693

Pour rester dans la ligne des pays protecteurs des déplacés externes, le Cameroun conclue un accord de siège entre la République Unie du Cameroun et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés<sup>53</sup>. Le Cameroun en accueillant les réfugiés sur son territoire a mis sur pieds les mécanismes pour permettre à la population camerounaise environnante du camp des réfugiés à mieux cohabiter avec les réfugiés afin de permettre au Cameroun d'être terre d'hospitalité. Le gouvernement Camerounais procède par l'identification des problèmes et son inscription sur agenda (1) et la réponse aux problèmes des réfugiés au sein du camp par l'administrateur (2).

#### **1- La stratégie de l'état du Cameroun : la prise en compte de problèmes des refugies au sein du village humanitaire de MINAWAO par l'administrateur du camp**

Pour comprendre, connaitre et analyser les problèmes des réfugiés au Cameroun, l'Etat du Cameroun a procédé à la création d'un comité interministériel ad hoc chargé de la gestion des situations d'urgence concernant les refugies au Cameroun<sup>54</sup>. Ce comité est placé sous l'autorité du ministre de l'Administration Territoriale et de la Décentralisation, il est chargé d'examiner les défis humanitaires, socioéconomiques, sanitaires, et sécuritaires découlant de la présence massive des refugies au Cameroun,[.....], de servir de cadre de concertation entre le gouvernement et les institutions internationales pour une gestion harmonieuse de la situation des réfugiés, tenant dûment compte des préoccupations légitimes des communautés locales d'accueil<sup>55</sup>.

Le Ministre de l'Administration Territoriale en tant que président dudit comité, il a créé dans chaque camp des refugies au Cameroun un administrateur du camp pour évaluer les besoins des refugies au sein du village humanitaire. Afin de permettre à l'Etat du Cameroun de faire aux défis humanitaires qui se présentent au camp de Minawao. Selon MBASSA A KEDI JOEL administrateur assistant du camp de Minawao, précise que le rôle de l'administrateur du camp est

<sup>53</sup> Lire l'accord de siège conclue le 08 Mai 1982.

<sup>54</sup> Lire l'arrêté No 269 du 13 Mars 2014, portant création d'un comité interministériel ad hoc chargé de la gestion des situations d'urgence concernant les réfugiés au Cameroun.

<sup>55</sup> Lire l'article 2 de l'arrêté du 13 Mars 2014.

de : « protéger et d'assister les réfugiés dans le camp de Minawao, de collaborer avec les acteurs humanitaires opérant dans ce camp, de veiller à l'application scrupuleuse des textes nationaux en matière de la protection des réfugiés et de jouer le rôle de facilitateur des actions des partenaires<sup>56</sup> ».

Dans ce cadre, d'identification des problèmes des réfugiés permet à l'Etat d'accueil de préserver la paix au sein de zone d'intervention humanitaire de Minawao. Car, il permet de comprendre les problèmes réels des indésirables qui sont dans le camp de Minawao. Ces problèmes se résument au niveau de l'assistance et de la protection au sein du camp. Après la phase de l'identification des problèmes, le gouvernement Camerounais procède par la phase d'inscription de ces problèmes sur l'agenda.

Dès lors, on constate que l'inscription sur agenda du gouvernement camerounais du problème des réfugiés nigériens est l'émanation de la volonté propre de l'Etat camerounais et non d'une quelconque contrainte extérieure. Elle se manifeste à travers tout d'abord l'octroi du statut de réfugiés aux nigériens ayant fui l'insécurité par le biais d'une commission d'éligibilité. En effet, la commission d'éligibilité a été instituée au Cameroun suite au décret N° 2011 /389 du 28 novembre 2011. Ainsi, selon l'article 8 de ce décret aux alinéas 1,2,3 et 4, : « La commission d'éligibilité est saisie de toute demande en éligibilité et décide en premier ressort de l'octroi ou du refus du statut de réfugié au demandeur d'asile. Toute demande d'asile est adressée au président de la commission d'éligibilité et elle est reçue par le secrétariat technique. Les demandes déposées auprès des bureaux du HCR sont transmises au secrétariat technique. Lorsque le HCR est saisi d'une demande d'asile, il peut assister le demandeur d'asile dans l'accomplissement des formalités y relatives. »<sup>57</sup>

La mise sur pieds de cette commission est relativement récente et a été impulsée par la crise des réfugiés à travers le monde. La prise en compte se manifeste ensuite par la mise sur calendrier des différents ministères le problème des réfugiés. Ainsi pris en compte, la protection et l'assistance dont bénéficient les réfugiés nigériens au sein du camp est observable dès son ouverture. Par ailleurs, si l'Etat est tenu de protéger les individus, la situation se complique lorsque

<sup>56</sup> C'était lors de notre entretien tenu au camp de Minawao le 17/08/2017.

<sup>57</sup> CAMEROUN TRIBUNE, « Organisation et fonctionnement des organes de gestion du statut des réfugiés au Cameroun », Novembre 2011, p.4

le contrôle sur une population est ambigu, en l'occurrence dans les camps des réfugiés. La prise en charge des réfugiés dans les camps n'est pas sans équivoque et les rôles joués par l'État sur le territoire duquel est établi le camp et le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés ainsi que celui des ONG devient loin d'être clairement distincts. Les fonctions que les ONG exercent se rapprochent de celles généralement réservées à l'Etat. Cela entraîne confusion lorsqu'il faut déterminer qui exerce le contrôle effectif dans les camps. Les ONG avant de se lancer dans la gestion des cas de vulnérabilité, adoptent donc un programme et dessinent le plan à suivre. Ceci dit, après les préalables de la conception des programmes de protection des réfugiés dont l'identification de leurs problèmes et leur mise sur agenda, vient la conception à proprement parler des programmes de protection des réfugiés.

## **2- L'administrateur protège et assiste les réfugiés au sein du camp de MINAWAO.**

D'entrée de jeu, à travers le principe de la souveraineté étatique, le gouvernement du Cameroun joue son rôle régalien en assistant et protégeant tous les individus et leurs biens sur son territoire. C'est pour cette raison qu'il accueille les réfugiés sur son territoire et garde également l'image de l'hospitalité légendaire. Certes, à travers le ministère de l'Administration Territoriale le gouvernement du Cameroun intervient au sein du camp de Minawao, il procède par la création d'un administrateur du camp<sup>58</sup> et assisté des deux adjoints au sein du Camp qui ont pour mission d'assister et de protéger les réfugiés au sein du Cameroun. Par ailleurs, le souci de l'Administrateur du Camp est de préserver la paix au sein du camp et au sein de la population environnante du camp de Minawao.

En analysant, l'aspect protection, il révèle que l'administrateur agisse en conformité aux normes internationales de la protection des réfugiés. En effet, il faut comprendre que, « dans le régime de protection internationale des réfugiés, la solidarité devrait permettre d'améliorer la qualité et l'efficacité de la protection. Trois principes fondamentaux sous-tendent les efforts que déploie le HCR pour promouvoir la coopération et la solidarité internationales. Premièrement, la coopération internationale vient compléter les responsabilités des États et ne s'y substitue pas ; les États ne peuvent pas transférer leurs responsabilités à des organisations internationales. Deuxièmement, l'objectif fondamental des accords de coopération doit être le renforcement de la

---

<sup>58</sup> Selon l'entretien avec l'administrateur assistant du camp de Minawao le 17/08/2017, il révèle que M. BAYANG BOUBA, Administrateur du camp et MBASSA A KEDI JOEL administrateur assistant du camp de Minawao.

protection des réfugiés et les perspectives de solutions durables. Troisièmement, les accords de coopération doivent toujours être guidés par les principes fondamentaux d'humanité et de dignité et être conformes au droit international relatif au statut des réfugiés et aux droits humains. »<sup>59</sup>.

Toujours, dans le cadre de l'assistance, au-delà de cette aide conventionnelle, le gouvernement octroie également des dons aux réfugiés selon sa bonne volonté : « Le 25 septembre, le Préfet du département du Mayo-Tsanaga a remis officiellement aux réfugiés nigériens du camp de Minawao, un don du Chef de l'Etat camerounais constitué de 4529 sacs de farine de blé et 4482 cartons d'huile végétale, 840 sacs de farine de blé et 304 cartons d'huile. Ce don représente une valeur de 142, 920,700 FCFA. Ce n'est pas la première fois que les réfugiés bénéficient d'un geste de solidarité du Président Paul Biya. Auparavant, des dons similaires ont été faits, à plusieurs reprises, aussi bien aux réfugiés nigériens que centrafricains. »<sup>60</sup>. Ce geste traduit la solidarité de l'Etat du Cameroun envers les réfugiés nigériens et rentre dans les voies d'assistances possibles.

Une fois le camp ouvert et aménagé, « Les autorités fournissent des escortes armées pour les réfugiés et les acteurs humanitaires dans les zones opérationnelles, et facilitent l'accès des réfugiés aux écoles et aux centres de santé locaux, avec l'appui du HCR. C'est ainsi que le Gouvernement a signé avec le HCR, le 23 août 2016, une convention pour la prise en charge sanitaire des réfugiés. Le Cameroun va désormais supporter 30% de frais médicaux des réfugiés et le HCR paiera les 70% autres. D'après le système des Nations Unies, le Cameroun avait besoin en 2015 de 95,32 milliards FCFA pour intervenir efficacement en faveur des réfugiés. Cet argent devrait aider à résoudre les problèmes liés à l'accès à l'eau potable, à l'hygiène, à l'assainissement des abris des réfugiés et aux problèmes de santé. »<sup>61</sup>. Ainsi, on constate que divers secteurs appellent l'intervention des structures concernées. Dès lors, au sein du camp, plusieurs ministères<sup>62</sup>

<sup>59</sup> DORMAGEN (J-Y.) et MOUCHARD (D.), *Introduction à la sociologie politique*, 3<sup>e</sup> édition, 2014, p.31.

<sup>60</sup> «Rapport inter agences sur la situation dans l'Extrême-Nord »,2015. P.1. Disponible en ligne <http://data.unhcr.org/NigeriaSituation>

<sup>61</sup> DOSSIER DE PRESSE, « 71e session ordinaire de l'assemblée générale de l'ONU, New-York 18-26 septembre 2016 », p.10.

<sup>62</sup> La liste des ministères camerounais intervenant dans le camp de Minawao en 2017 sont : Le Ministère de l'Administration Territoriale et de la Décentralisation, le Ministère des Affaires Sociales, Ministère de l'Eau et de l'Energie, le Ministère de la Promotion de la Femme et de Famille, le Ministère de la Santé, le Ministère de l'Education du Base, le Ministère de l'Enseignement Secondaire, le Ministère de la Forêt et de la Faune, le Ministère de l'Environnement, de la Protection de la Nature et de Développement Durable, le Ministère de la Défense, le Ministère de l'Emploi et de la Formation Professionnelle, le Ministère de la Justice, la Délégation Générale à la Sécurité Nationale, le Ministère de l'Enseignement Supérieur et le Ministère de l'Agriculteur et de Développement Rural.

interviennent. Cela montre que l'Etat du Cameroun a inscrit le cas des réfugiés nigériens dans son plan d'action. La sécurité au sein du zone d'intervention humanitaire de Minawao est aussi assurée par les Forces de Maintien de l'Ordre et les comités de vigilances.

### **B- La coproduction de la sécurité : les forces de maintien de l'ordre et les comités de vigilances veillent à la préservation de la paix au sein du camp de MINAWAO.**

Page | 697

Dans le cadre de la gestion des réfugiés dans l'Extrême-Nord Cameroun, KAPSENDE ZACHARIE WEFE, fait découvrir que la prise en charge des réfugiés commence de la frontière du Cameroun, en passant par le centre de transit de Gourounguel jusqu'au camp de Minawao<sup>63</sup>. Cette prise en charge est sécurisée par les forces de Maintien de l'Ordre du pays d'accueil afin d'éviter les incidences diplomatiques avec les pays d'origine des réfugiés.

La Bible Humanitaire<sup>64</sup> permet aux acteurs humanitaires d'agir en collaboration dans leur zone d'intervention humanitaire de Minawao afin de permettre aux populations en détresse de retrouver le droit de vivre dans la dignité et dans l'impartialité. Pour arriver à cette charte, le gouvernement du Cameroun met sur pieds une stratégie lui permettant de préserver la cohésion sociale au sein du camp et de garantir la sécurité pour tous. Dès lors, pour l'efficacité de la sécurité au sein du camp de Minawao, l'Etat du Cameroun déploie pour éviter les incidences diplomatiques, toute une batterie des mesures en impliquant, les forces de l'ordre (1), les comités de vigilances (2).

#### **1- Les rôles des forces de maintien de l'ordre dans la préservation de la paix au sein du village humanitaire de MINAWAO.**

En réponse à l'afflux des réfugiés dans la zone d'intervention humanitaire, le Cameroun a mis à disposition des terres pour l'aménagement de sites dans les régions aussi bien de l'Est, de l'Adamaoua et celle de l'Extrême-Nord. En effet, le mécanisme d'intervention de l'Etat au sein du camp de Minawao n'est pas chose aisée à expliquer. Il se fait selon un réseau d'enchevêtrement des ministères et représentants. L'intervention indirecte des différentes institutions étatiques camerounais au sein du camp et la présence des FMO (Forces de Maintien de l'Ordre) permet

<sup>63</sup> KAPSENDE ( Z. W), *La gestion des réfugiés au Cameroun: le cas de camp de Minawao à l'Extrême-Nord Cameroun*. Op cit.p.98

<sup>64</sup> C'est une expression qui désigne la charte humanitaire.

d'assurer la sécurité autour des réfugiés car le manuel de gestion de camp nous le rappelle ici la protection a trois dimensions physique, légale et matérielle. Ces dimensions garantissent aux réfugiés les jouissances, sans discrimination, de la : Sécurité physique – protection contre les violences physiques ; sécurité juridique – y compris l'accès à la justice, un statut juridique et des papiers le prouvant, et le respect des droits de propriété et sécurité matérielle – le même accès aux biens et aux services de base<sup>65</sup>

Le HCR<sup>66</sup> leur a fourni 6 détecteurs de métaux pour leur permettre de fouiller les bagages des arrivées spontanées et de contrôler tout autre regroupement de personnes (distribution, enregistrement). Un autre détecteur de métaux a été mis en place à l'entrée du centre de santé de Minawao. En outre, deux miradors de surveillance et d'observation ont été construits par le HCR et mis à la disposition des agents de la sécurité du camp en vue de mieux contrôler les mouvements des personnes et les entrées dans le camp. En effet, depuis, la création du camp de Minawao en 2013, le gouvernement du Cameroun à travers son ministère de la défense a créé un poste de la gendarmerie pour assurer la sécurité des réfugiés et des acteurs humanitaires dans leur zone d'intervention de Minawao. Ce poste de gendarmerie se trouve à l'entrée du camp de Minawao, cette gendarmerie se charge de patrouiller chaque matin au sein du camp pour assurer la sécurité au sein du camp et autour du camp de Minawao. En première ligne la gendarmerie nationale qui patrouille le long de corridor de camp de transit au camp des réfugiés en fouillant systématiquement les voitures, les hommes et tout le monde qui passe est fouillé à titre d'illustration lors de notre stage académique dans ce camp nous étions contrôlés, allés et le retour par les gendarmes au poste de contrôle. Ils vous soumettent à un interrogatoire : ils vous demandent, vous partez où et pour quel travail ? C'était question pour eux d'avoir une idée de ce que vous allez faire au sein du camp de Minawao.

En plus, la Délégation Générale à la Sûreté Nationale a créé un poste multifonctionnel de sécurité publique au sein du camp, les policiers patrouillent chaque matin au sein du camp pour évaluer le niveau de la sécurité au sein de camp. Par ailleurs, selon le commissaire de police de sécurité publique de Minawao, précise que « les policiers jouent les rôles de la répression des actes de vandalismes commis par les réfugiés au sein du camp et le rôle de la prévention<sup>67</sup>. » La police

---

<sup>65</sup> Idem, p.239

<sup>66</sup> Rapport Inter-Agences sur la Situation dans l'Extrême Nord – Cameroun 2015

<sup>67</sup> C'était lors de notre entretien en 2017 au sein du camp, avec le Commissaire qui souhaite garder l'anonymat.

est là aussi pour le contrôle et les fouilles de la population locale afin d'assurer la sécuritaire pour tout le monde le passant et le non passant au camp des réfugiés de Minawao et elle patrouille le long de corridor toute la journée pour assurer la sécurité. Ces Forces de Maintien de l'Ordre agissent synergie avec les comités des vigilances constitués des réfugiés qu'ils jouent le de dénonciation au près des forces armées.

## **2- Les rôles des comités de vigilance au sein du camp de MINAWAO dans la préservation de la paix au sein du camp**

Les comités de vigilance sont donc des groupes d'autodéfense populaires, organisés dans le but d'assurer la sécurité au sein du camp et autour du camp de Minawao. L'on note que dans le village humanitaire de Minawao les comités de vigilances sont les réfugiés eux-mêmes et hors du camp, c'est la population environnante qui se constitue en groupe d'autodéfense, l'on les identifie à travers leurs tenues floquées au nom de comité de vigilance. Ils mènent leurs activités en conformité aux standards humanitaires de la protection des réfugiés dans un pays d'accueil. Dès lors les comités de vigilance au sein du camp de Minawao jouent plusieurs rôles à savoir : la surveillance du camp et la dénonciation des actes compromettants la paix au sein du village humanitaire de Minawao.

Le rôle de la surveillance du camp par les comités de vigilance consiste donc à : fouiller les bagages des nouveaux arrivants au centre de transit ; organiser des rondes nocturnes au sein du camp de Minawao ; à surveiller les espaces dédiés aux distributions et à assurer l'ordre pendant les différentes distributions et événements organisés dans le camp.

Les comités de vigilance dans le camp de Minawao jouent également le rôle de la dénonciation auprès de Forces de Maintien de l'Ordre. C'est pour cette raison qu'ils dénoncent tous les actes compromettants la quiétude au sein du camp, tout cas de violation des droits humains ; d'intervenir en cas de bagarre ou dispute entre réfugiés ; de surveiller les cas de vol ; de repérer les nouvelles personnes jugées suspectes et les dénoncer auprès des FMO pour interpellation ; d'assurer la mise en pratique et le respect des règles sécuritaires instituées au niveau du camp ; de participer à des réunions qui sont convoquées à son intention ; de remonter et partager les informations nécessaires, liées à la sécurité, à l'équipe de camp management ; d'appuyer la police dans le maintien de l'ordre public (enregistrement, distribution, manifestation culturelle...) ; de contribuer au maintien de l'ordre public dans le camp et informer la police, le MINATD, le

gestionnaire du camp, sans mettre en danger aucun membre du comité ; de prévenir et dénoncer les atteintes à l'ordre public et au règlement intérieur du camp et orienter les réfugiés vers des services d'assistance, de veiller aux biens de la communauté ; de sensibiliser la communauté du camp à la prévention des incendies, en coordination avec le gestionnaire du camp et le MINATD. Chose qui contribue largement à la préservation de la paix dans la zone d'intervention humanitaire de Minawao.

### **Conclusion**

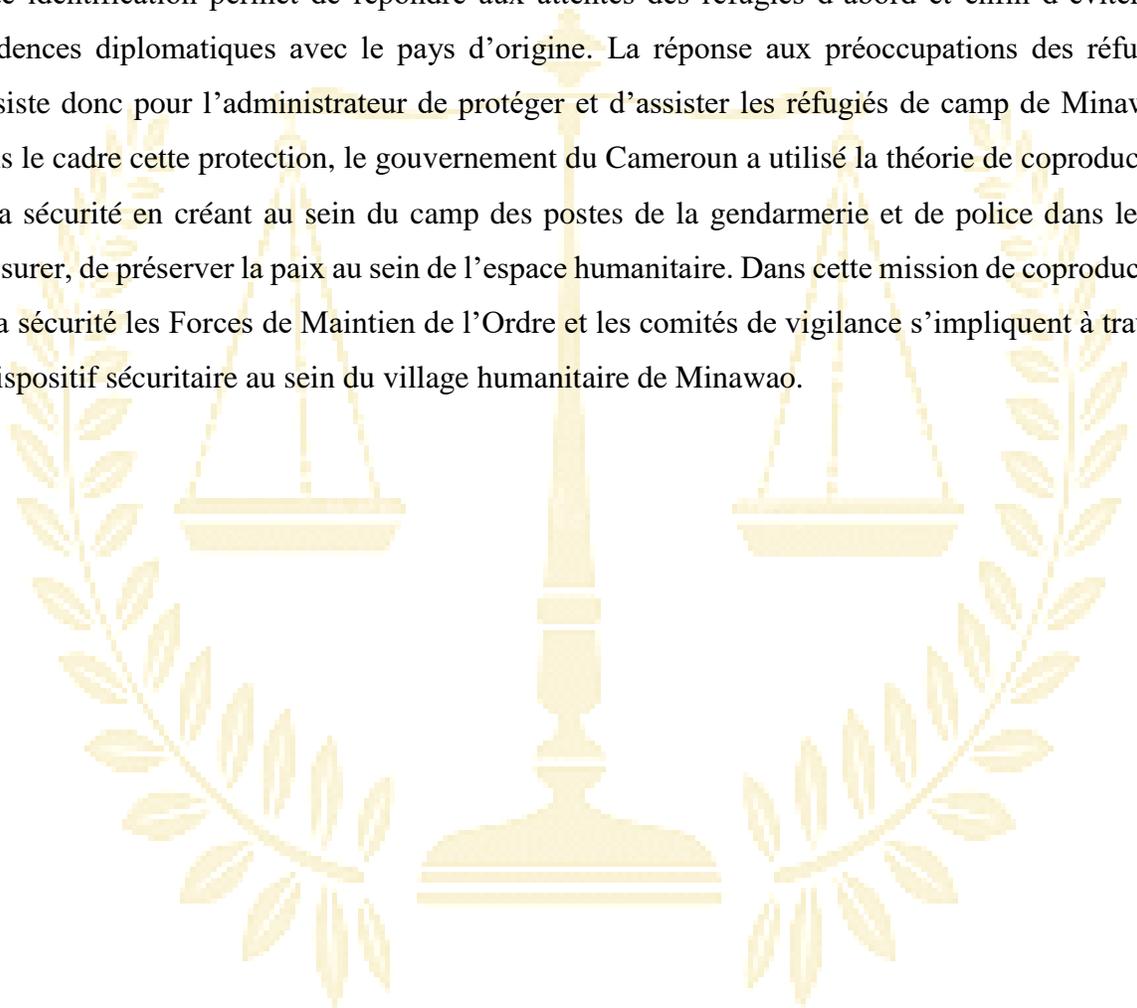
La question d'intervention humanitaire dans le pays hôte répond aux exigences humanitaires qui se présente dans un camp des réfugiés. C'est dans cette logique que la stratégie mise en œuvre par les acteurs humanitaires contribue largement à la préservation de la paix dans leur zone d'intervention humanitaire de Minawao. Il ressort qu'avec l'arrivée massive des réfugiés dans le pays d'accueil, les besoins s'installent et les acteurs humanitaires se mobilisent pour protéger et assister ces indésirables. Cette mobilisation se fait dans la zone d'intervention humanitaire de Minawao entre le coordinateur humanitaire(HCR) et les exécutants des politiques humanitaires(ONG) et l'Administrateur du camp (Etat du Cameroun).

En faisant allusion au coordinateur humanitaire et aux exécutants des politiques humanitaires, l'on se rend compte de la transformation de couloir humanitaire à la préservation de la paix au sein de zone d'intervention humanitaire de Minawao car ils traitent les réfugiés dignement en les accordants la protection et l'assistance. Ces acteurs humanitaires agissent en conformité à la charte humanitaire qui précise que les refugies ont droit de vivre dignement dans le pays d'accueil. Par-delà, le coordinateur et les exécutants des politiques humanitaires commencent par identifier les besoins prioritaires et secondaires des réfugiés afin de l'inscrire sur leur agenda humanitaire pour une intervention avec la promptitude. Après, cette phase de l'identification et de la mise sur agenda des humanitaires, vient la période de feedback aux attentes des réfugiés par les acteurs humanitaires.

La réponse aux problèmes des réfugiés sur le plan de protection et d'assistance permet aux réfugiés de ne pas se sentir discriminer au sein de leur espace humanitaire. Cette réponse crée également un climat de confiance entre ces refugies et les humanitaires afin de préserver non seulement la paix au sein du camp mais aussi la stabilité du pays d'accueil. Cette assistance est diligentée vers un cadre propice à la paix et à l'autonomisation progressive des réfugiés au sein de

l'espace humanitaire. C'est pour cette raison que le Président des réfugiés de Minawao disait que « le but pour les humanitaires n'est pas de nous donner les poissons à manger mais de nous apprendre à comment pêcher les poissons ? ». C'est-à-dire que les vivres que les humanitaires distribuent aux réfugiés, c'est pour les permettre de créer les activités génératrices des revenus.

Pour le Cameroun en tant qu'administrateur de l'espace humanitaire de Minawao a procédé par l'identification et la mise sur agenda des pouvoirs publics des problèmes des réfugiés. Cette identification permet de répondre aux attentes des réfugiés d'abord et enfin d'éviter les incidences diplomatiques avec le pays d'origine. La réponse aux préoccupations des réfugiés consiste donc pour l'administrateur de protéger et d'assister les réfugiés de camp de Minawao. Dans le cadre cette protection, le gouvernement du Cameroun a utilisé la théorie de coproduction de la sécurité en créant au sein du camp des postes de la gendarmerie et de police dans le but d'assurer, de préserver la paix au sein de l'espace humanitaire. Dans cette mission de coproduction de la sécurité les Forces de Maintien de l'Ordre et les comités de vigilance s'impliquent à travers le dispositif sécuritaire au sein du village humanitaire de Minawao.



**Décentralisation face à la gouvernance***Decentralization in the face of governance*

Par :

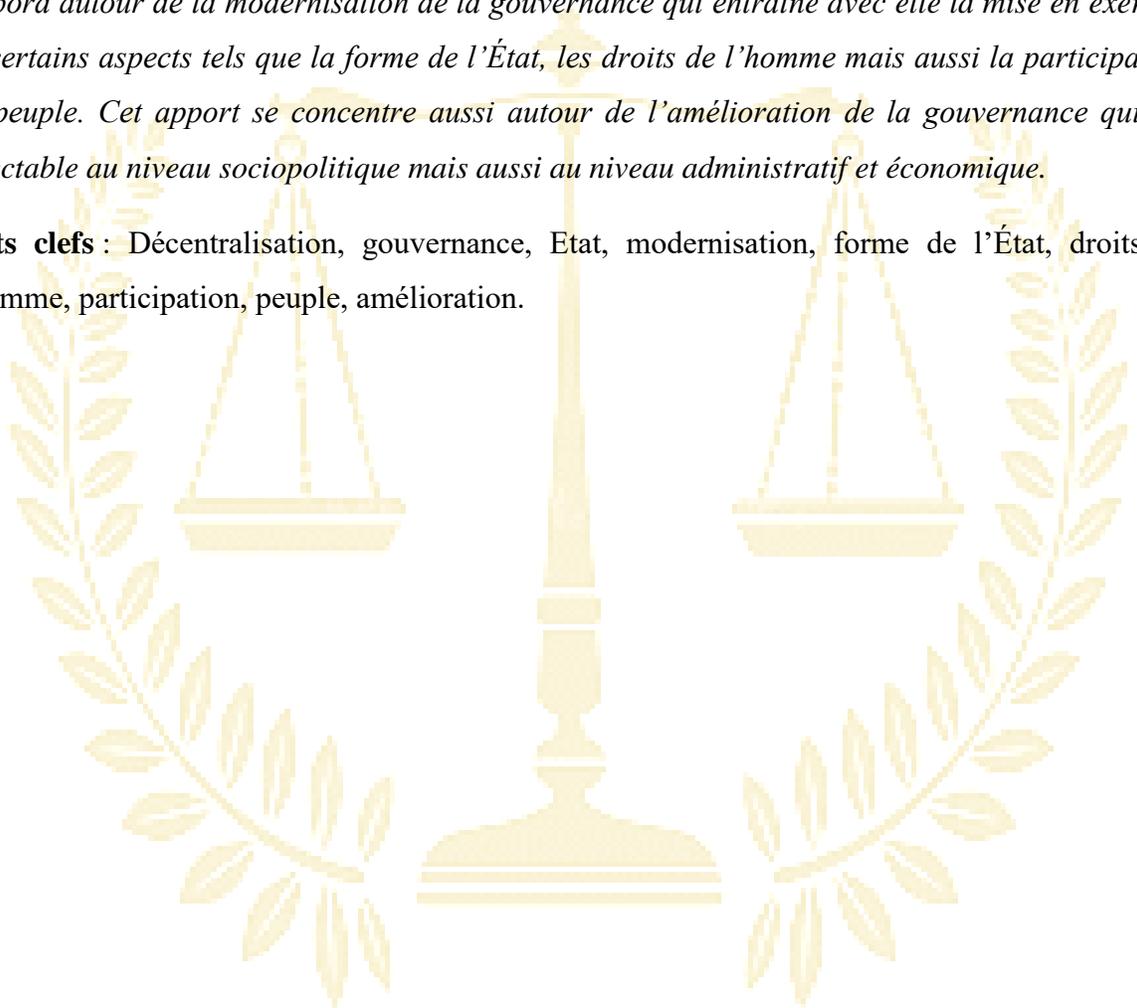
**Dr. MBARGA Mathurin Désiré**

Page | 702

**Résumé :**

*La décentralisation apporte des aspects positifs à la gouvernance. Cet apport se concentre d'abord autour de la modernisation de la gouvernance qui entraîne avec elle la mise en exergue de certains aspects tels que la forme de l'État, les droits de l'homme mais aussi la participation du peuple. Cet apport se concentre aussi autour de l'amélioration de la gouvernance qui est détectable au niveau sociopolitique mais aussi au niveau administratif et économique.*

**Mots clés :** Décentralisation, gouvernance, Etat, modernisation, forme de l'État, droits de l'homme, participation, peuple, amélioration.



**Abstract :**

*The decentralization brings positive aspects when it is analyzed in the context of state governance. These aspects concern first of all the modernization of governance. This one takes into account the form of state , the humans rights and the participation of people. These aspects concern also the improvement of the governance in many domains such as sociopolitical domain , economic and administratif domains.*

Page | 703

**Key words :** Decentralization governance, modernization, humans rights, participation , people.improvement



## Introduction

La décentralisation peut apparaître aujourd'hui comme une évidence à cause de l'ampleur de son évolution dans le monde. Lorsqu'on regarde les pratiques de divers pays on constate que la mise en œuvre de la décentralisation évolue en même temps que l'émergence de nouveaux défis. Elle est un sujet qui ne cessera de susciter la curiosité du juriste lorsque on commence à prendre en compte les exigences qu'elle entraîne et la divergence de sa pratique. Elle apparaît comme une nécessité du simple fait qu'elle a été l'objet de réflexion de plusieurs séminaires.

Page | 704

La décentralisation intègre avec la gouvernance les notions délicates comme le pouvoir qui est un enjeu important pour la compréhension des termes qui constituent l'objet de notre sujet. La gouvernance renvoie à un « terme de prestige... qui, interférant avec les notions de pouvoir dans l'État et au sein de l'entreprise, nourrit une réflexion en vogue sur une certaine façon de prendre les décisions et d'harmoniser les intérêts, moyennant un renforcement de la concertation et de la négociation entre partenaires sociaux et, pour le bien commun, de la \*transparence et du contrôle »<sup>1</sup> La décentralisation quant à elle renvoie au « mode d'aménagement des structures de l'administration dans lequel, la personnalité juridique ayant été reconnue à des communautés d'intérêts ou à des activités de service public, le pouvoir de décision est exercé par des organes propres à ces personnes agissant librement sous un contrôle de simple légalité. »<sup>2</sup>

La gouvernance a ceci de particulier qu'elle s'applique sur les hommes dotés et capables de réflexion. Le résultat qui se dégage est la possibilité constante de son appréciation voir de sa réfutation. Lorsqu'elle se trouve confrontée à la décentralisation l'on s'intéressera à la coexistence pacifique des deux notions. Lorsque celle-ci est établie l'on se pose la question suivante. Qu'est-ce que la décentralisation apporte de concret à la gouvernance ? Cet apport qui s'accompagne des effets bénéfiques et transformateurs pour la gouvernance nous autorise à nous intéresser sur l'étude de la décentralisation comme un élément de modernité pour la gouvernance (I) De plus nous verrons l'étude de la décentralisation comme un élément d'amélioration de la gouvernance (II).

---

<sup>1</sup> CORNU(G), Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant (12eme édition mise à jour),Puff, 2018

<sup>2</sup> Ibid.

## I- DECENTRALISATION ET MODERNISATION DE LA GOUVERNANCE

L'on parle aujourd'hui de modernisation parce que la décentralisation apporte des aspects qui riment avec le droit constitutionnel moderne. La décentralisation porte en elle-même les germes de modernité avant d'être une source de modernisation face à la gouvernance. Pour étudier le processus de modernisation de la gouvernance par la décentralisation nous présenterons la décentralisation comme un aspect de la forme de l'Etat considéré dans son aspect moderne. Nous verrons par la suite comment la décentralisation conduit avec elle certaines valeurs comme les droits de l'homme. (A) Nous terminerons l'étude de ce premier point par celle du peuple comme une notion dont la décentralisation prend nécessairement en compte dans sa mise en œuvre. (B)

### A- La forme de l'Etat et les droits de l'homme

La forme de l'Etat constitue le premier point sur lequel nous nous appesantirons pour parler de la modernisation de la gouvernance par le phénomène de décentralisation. L'idée que nous voulons présenter ici est que la décentralisation entre dans le cadre des formes modernes de l'Etat. Le juriste aujourd'hui peut parler avec précision du phénomène étatique dans sa modernité. Ce phénomène vu dans son aspect moderne constitue un terrain favorable à l'expansion de la gouvernance. Nous parlerons de la forme de l'Etat comme un élément moderne favorable à la modernisation de la gouvernance. (1) Par la suite nous verrons les droits de l'homme qui sont véhiculés par la décentralisation et qui eux-mêmes constituent un élément dont la gouvernance ne peut se passer.<sup>3</sup> (2)

#### 1- La forme de l'Etat et la gouvernance

L'Etat, faut-il le rappeler dans son aspect moderne, trois formes aujourd'hui reconnues l'aspect unitaire, comme c'est le cas en France, fédéral, comme c'est le cas aux Etats Unis et autonome ou régional comme c'est le cas en Italie ou en Espagne.<sup>4</sup> La décentralisation apparaît comme un aspect de l'Etat unitaire.

En tant qu'aspect de l'Etat unitaire la décentralisation apparaît comme un système moderne. Elle est moderne parce que reconnue comme un système moderne et pratiqué par les

<sup>3</sup> Atelier gouvernance et décentralisation, Niamey, Niger 20 au 22 nov, <https://www.alliance-sahel.org/conference-decentralisation/>

<sup>4</sup> Cf Gicquel (J) et Gicquel (J.E), *Droit constitutionnel et institution politique*, Paris, LGDJ, 32eme édition, 2018/2019, p83

grandes démocraties. La décentralisation est donc un facteur de modernité pour la gouvernance parce que cette dernière épouse les aspects du milieu dans lequel elle se trouve. La décentralisation, il faut le dire précise le cadre de l'Etat dans lequel la gouvernance se déploie. Ceci constitue la raison pour laquelle le simple fait de parler de la décentralisation dans un Etat oriente le lecteur sur le type de gouvernance qui est exercée dans l'Etat en question. Si la forme de l'Etat participe à la canalisation de la gouvernance, il est aussi vrai que la décentralisation véhicule certaines valeurs comme les droits de l'homme qui sont fondamentaux pour la réalisation d'une bonne gouvernance.

## 2- Les droits de l'homme et la gouvernance.

La décentralisation dans sa définition met en exergue plusieurs droits de l'homme notamment la liberté et l'égalité. Avec la décentralisation la liberté n'est plus réservée seulement à une caste de personne appartenant au pouvoir central comme c'était le cas dans les sociétés féodales. Cette manifestation de la liberté apparait au niveau des autorités avec le principe électif. Les autorités des collectivités locales sont par principe élues et différentes des autorités nommées par le pouvoir central. La liberté devient une valeur partagée aussi bien par les autorités centrales que locales. Précisons également qu'avec la décentralisation on n'assiste plus à une abstention de l'Etat comme on pouvait le constater dans le droit constitutionnel classique. L'Etat qui transfère certaines compétences garde un certain contrôle à l'égard des collectivités locales.<sup>5</sup>

La décentralisation entraîne également avec elle l'idée d'égalité qui est un « *principe ...d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de \*sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit* »<sup>6</sup>. L'égalité est observable de manière explicite dans le traitement réservé aux collectivités locales. Ainsi par exemple dans le contexte français le principe des rapports entre les collectivités territoriales veut qu'aucune collectivité territoriale n'exerce une

<sup>5</sup> En France par exemple la constitution de 1958 nous précise dans son article 72<sup>5</sup> l'action du représentant de l'Etat. Suivant cet article : le représentant de l'Etat est le représentant de chacun des membres du gouvernement. A ce titre il a la charge au sein des collectivités territoriales de la République, des intérêts nationaux, du contrôle administratif, et du respect des lois.

<sup>6</sup> CORNU(G),Ibid

tutelle sur une autre.<sup>7</sup> La décentralisation qui met en exergue les droits de l'homme met également l'action du peuple au cœur de la gouvernance.

## B- La participation du peuple

Page | 707

La décentralisation favorise pour les citoyens l'accès aux affaires publiques. L'on ne peut parler de décentralisation sans faire allusion au peuple. L'on peut même dire à cet effet que c'est parce que l'intervention du peuple est mise en exergue que l'on parle davantage de décentralisation. Concernant le peuple, il faut dire que si cette composante sociale est déjà pris en compte dans la genèse du droit constitutionnel, on assiste au maintien de cet élément dans le droit constitutionnel pratique aujourd'hui. La participation du peuple se fera par l'étude de la décentralisation comme vecteur de la souveraineté nationale (1) mais aussi de la souveraineté individuelle (2)

### 1- La décentralisation : vecteur de la souveraineté nationale.

La décentralisation est un vecteur de la souveraineté nationale qui, comme nous le verrons constitue un ensemble homogène<sup>8</sup>. Elle représente un système efficace pour mettre en exergue l'idée selon laquelle le pouvoir réside dans la nation. La nation à laquelle nous faisons allusion ici est considérée comme collectivité qui englobe l'ensemble du peuple c'est à dire les autorités et les citoyens. La décentralisation contribue ainsi à maintenir la mise en œuvre des formes modernes de gouvernance. La gouvernance de l'Etat dans l'une de ses formes modernes exige que la nation n'ait que la jouissance de la souveraineté. Cela signifie que l'exercice est réservé à des représentants<sup>9</sup>. Si comme nous venons de le démontrer, la décentralisation est un vecteur de la

<sup>7</sup> Article 72 de la constitution du 4 octobre 1958

<sup>8</sup> Elle constitue un ensemble homogène parce qu'elle est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Il faut noter que l'indivisibilité peut concerner aussi bien la souveraineté que l'Etat. C'est ce que pense F Luchaire lorsqu'il affirme ; « La souveraineté est dans la conception traditionnelle un attribut caractéristique de l'Etat ; il en résulte que l'indivisibilité de la souveraineté est aussi celle de l'Etat ... » Luchaire (F), *Les fondements constitutionnels de la décentralisation*, RDP, 1982, p1552

<sup>9</sup> Cette idée de représentation rappelle la théorie de la représentation développée par Maurice Hauriou en même temps que celle de la souveraineté nationale. Suivant ce dernier les représentants peuvent émaner non seulement de la constitution, mais également du corps électoral. Cf Hauriou (M), *Précis élémentaire du droit constitutionnel*, Recueil, Sirey, 1930, p57 Au sujet de la théorie de la représentation face à celle de la souveraineté nationale, l'on peut également se référer à Esmein. Cf Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Librairie de la société du recueil, général des lois et des arrêts et du journal du palais, Paris, 1896, p227

souveraineté nationale , il ne faut pas négliger le fait que elle est également vecteur de la souveraineté individuelle

## 2- La décentralisation : vecteur de la souveraineté individuelle

Page | 708

La décentralisation, est vecteur de la souveraineté individuelle parce que elle permet au citoyen de participer à la gouvernance. Ceux-ci peuvent participer non seulement parce qu'ils sont des sujets libres comme nous l'avons déjà précisé, mais aussi parce qu'ils ont la capacité d'exercer certains droits civiques. Au-delà de l'exercice de ces droits civiques la décentralisation permet aux citoyens de participer à l'exercice du pouvoir par la voie électorale.

Si l'élection est collective comme le pense Maurice Hauriou , le suffrage est individuel  
<sup>10</sup>La décentralisation, telle que nous venons de l'étudier participe à la modernisation de la gouvernance. Ce phénomène est possible parce que elle-même est d'abord un système moderne. En tant que système moderne, elle constitue un terrain favorable au déploiement de la gouvernance. Mais elle est davantage un vecteur qui canalise la gouvernance grâce aux valeurs qu'elle dégage. Mais la décentralisation ne saurait se focaliser sur la modernisation de la gouvernance. Elle contribue également à l'amélioration de la gouvernance.

## II- DECENTRALISATION ET AMELIORATION DE LA GOUVERNANCE

Pour parler d'amélioration il faut nécessairement respecter certaines conditions<sup>11</sup> sur lesquelles nous n'insisterons pas ici. L'amélioration de la gouvernance sera étudiée sous plusieurs angles tirées des aspects de la décentralisation que de la gouvernance. Nous verrons ainsi tour à tour l'amélioration sur le plan politique (A) mais aussi administratif et économique (B)

### A- Amélioration sur le plan socio politique.

La décentralisation sur le plan politique renvoie au «transfert des pouvoirs d'élaborer les politiques et de légiférer de l'échelon central aux assemblées et conseils locaux élus

<sup>10</sup> *Ibid*

<sup>11</sup> Au sujet des conditions la décentralisation devrait s'accompagner d'un certain nombre d'opérations efficaces pour son opérationnalisation. La décentralisation ne doit pas simplement être théorique ou mimétique. Chaque Etat a le devoir de songer à son effectivité et de mettre à ce sujet des mécanismes d'appui pour cet effectivité. Cf SEMINAIRE DE HAUT NIVEAU III DECENTRALISATION ET GOUVERNANCE URBAINE Document de réflexion Date: 13 mai 2008 Lieu: Salle de réunion 3 Centro Internacional de Conferências Joaquim Chissano (CCH) <https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/GenericDocuments/30717783-fr-shn-3-decentralisation-et-governance-urbaine.pdf>

démocratiquement par leurs administrés »<sup>12</sup> Ce transfert de pouvoir amène une amélioration observable au niveau de l'équilibre des pouvoirs . Cet équilibre est visible dans la relation entre l'État et les collectivités locales mais aussi entre l'État et les forces de l'opposition. (2).

### **1- Equilibre entre le centre et les zones périphériques**

Page | 709

Il est clair qu'avec la décentralisation le pouvoir n'est plus seulement l'apanage des autorités centrales. En effet l'un des mobiles de la mise sur pieds de la décentralisation est justement la volonté de plusieurs Etats de corriger les extrémités et les dégâts que l'extrême centralisation apportaient

Le pouvoir d'élaborer les politiques et de légiférer est partagé entre le centre et les zones périphériques. Ce partage même s'il inclut un certain contrôle reste un fait constatable qui ne peut être nié par les populations qui ne sont point considérés comme des automates ou des animaux qui doivent simplement obéir aux ordres qu'ils reçoivent de la hiérarchie. Ici l'on constate que les élus ont plus de pouvoir de décision et d'influence dans le choix des politiques d'une administration. Ces décisions sont plus équilibrées et répondent aux besoins de la société par opposition à celles prises par les autorités centrales. En réalité il s'opère une relation (entre les élus locaux et les électeurs) favorable à la compréhension des besoins de la population locale la gouvernance peut donc être améliorée parce que elle va répondre aux problèmes ponctuels et concrets d'une population donnée. Elle n'est point superficielle.

### **2- Equilibre entre le pouvoir central et l'opposition**

La décentralisation favorise également l'émergence de l'opposition. En réalité la compréhension de cette fonction est facile lorsque on admet que la vision d'un peuple sur des questions précises ne peut pas être identique. Le peuple est nécessairement composé des personnes qui adhèrent à la vision politique du gouvernement dans lequel ils vivent mais aussi de ceux qui contestent et qui classes parmi les opposant.

De plus avec la décentralisation, les leaders de l'opposition ont la possibilité de rester au pouvoir au niveau local et d'avoir un œil vigilant sur la gouvernance de l'État surtout lorsque celle-

---

<sup>12</sup> *Ibid*

ci a des tendances centralisatrices. Dans cette optique la décentralisation vient restaurer l'équilibre. La décentralisation peut dans la même optique contribuer à la stabilité politique. Ce phénomène s'explique par le fait que les agents de l'opposition ne vont point exceller dans le sens du désordre social puisqu'ils sont impliqués dans la gestion du pouvoir. Il faudrait dire de façon simple que la décentralisation contribue non seulement à prévenir les conflits, mais à maintenir la paix.

## **B- Amélioration sur le plan administratif et économique**

La décentralisation administrative renvoie à l'octroi « ...des responsabilités importantes en matière de planification et de réalisation aux fonctionnaires locaux qui dépendent des autorités élues, ... » et a la possibilité pour ces dernières «... de recruter et de licencier le personnel, d'élaborer les grilles de salaires, ...»<sup>13</sup> La décentralisation améliore ainsi la gestion administrative des collectivités locales. Cette première approche du rôle de la décentralisation sera complétée par celle basée sur l'économie.

### **1- Amélioration sur le plan administratif**

Sur le plan administratif, il faut d'abord préciser que la fourniture des services publics <sup>14</sup> peut relever aussi bien de la compétence de l'administration centrale que des administrations infranationales. L'échelon infranational est donc celui qui se prête le mieux à la fourniture des services et des biens<sup>15</sup>. La décentralisation face à cette fonction peut engendrer la possibilité d'inventer et d'implémenter de nouveaux modes de régulation et de gestion participative légitime des affaires publiques<sup>16</sup>. Au niveau local par exemple il peut s'agir de éclairage public, , l'assainissement, l'aménagement du territoire ou l'enseignement.

Il faut préciser que l'un des mobiles de la progression de la décentralisation a été également la volonté des Etats de rendre plus efficace les services publics. La décentralisation s'effectuait

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> La fonction de fourniture de services renvoie à la fonction d'allocation qui est l'une des tâches publiques. En plus de cette fonction il existe la stabilisation et la redistribution qui sont davantage les fonctions appartenant à l'administration centrale par opposition à l'allocation qui peut être exercée aussi bien par l'administration centrale, qu'infranationale.

<sup>15</sup> CFOates, W. (1972), *Fiscal Federalism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York., présente sur le site <https://www.oecdilibriary.org/sites/6b0b3a02fr/index.html?itemId=/content/component/6b0b3a02-fr>

<sup>16</sup> Décentralisation, gouvernance et développement territorial [https://www.afriquegouvernance.net/bdf\\_axe-11\\_fr.html](https://www.afriquegouvernance.net/bdf_axe-11_fr.html)

ainsi en même temps que la réforme des services publics. Au-delà de ce mobile, il faut ajouter le fait que la décentralisation vient corriger l'extrême centralisation qui se basait sur l'autocratie.

En disant que la décentralisation engendre la responsabilisation des membres concernés. Cela signifie en d'autres termes que les élus locaux ont la pleine responsabilité de rendre compte de leurs activités. Suivant le système étatique dans lequel ils se trouvent ils vont rendre compte soit à leur supérieur hiérarchique ou aux populations qui leur ont fait confiance. Ces derniers deviennent plus attentifs soucieux aux tâches qui leur sont confiés comme par exemple la gestion du personnel.

## 2- Amélioration sur le plan économique

La décentralisation a un impact ou une incidence sur la croissance économique.<sup>17</sup> Celle-ci peut être perceptible au niveau des entités locales ou de l'ensemble de l'État. En ce qui concerne les entités locales il faut dire qu'elle offre la possibilité d'améliorer l'économie à travers une adaptation de la fourniture des services aux besoins diversifiés des populations locales. Cela signifie que dans un Etat les besoins des populations sont identifiés suivant le type de population et la localisation des groupements appartenant à cette population. Le développement ne pourra être conséquent que s'il ya adaptation de la politique publique aux besoins de la population concernée. Cependant, il se trouve qu'il est difficile pour l'État de connaître dans les détails les besoins des populations locales éloignées de la capitale. L'Etat dans cette perspective doit converger avec les autorités infranationales pour connaître les besoins véritables des populations éloignées.

La décentralisation peut également avoir un impact sur la croissance économique globale d'un Etat surtout lorsque celle-ci est évaluée au niveau national. Dans ce cas l'on va s'intéresser aux facteurs indicateurs tel que le PIB d'un Etat, ou simplement au budget de cet Etat. La décentralisation des recettes et des revenus évalués sur le plan national a une incidence sur l'appréciation de la gouvernance au niveau national. Cette appréciation pourra donner des résultats

---

<sup>17</sup> Il faut préciser à cet effet que la décentralisation est pris comme modèle pour remettre a jour le développement de certains Etats. Le contexte du Sahel est particulièrement intéressant à prendre comme un exemple. A titre de rappel le Sahel est une zone marquée par une extrême pauvreté qui touche 40 à 50 pour cent de la population. Des séminaires ont donc été mis en place afin de voir comment ressortir la Zone nomme Liptako Gouma de ce désastre. Cf Atelier gouvernance et decentralisation ,Niamey , Niger 20 au 22 nov in <https://www.alliance-sahel.org/conference-decentralisation/>.Consulte le 14 /03/2023

négatifs ou positifs suivant le respect des canevas de la gouvernance aux différents échelons de l'administration de l'État.

La décentralisation a enfin la possibilité de réduire les disparités régionales surtout lorsqu'elle concerne les recettes. En effet la production de recettes propres pourrait stimuler la croissance en particulier dans les régions les plus pauvres, et favoriser ainsi leur convergence vers les régions les plus performantes.<sup>18</sup> Le cas du Chili est particulièrement intéressant à relever. En effet ce pays a entamé un processus de régionalisation, avec des régions autonomes et des gouverneurs élus<sup>19</sup>. En plus du Chili il faut ajouter la Corée où la décentralisation a permis la correction des déséquilibres qui existaient entre Seoul et les régions voisines.

### Conclusion

Au terme de notre analyse, nous retenons que la décentralisation constitue d'abord un élément de modernité pour la gouvernance. En tant qu'élément de modernité, la décentralisation est rattachée à une forme de l'État appliquée dans les démocraties modernes. Elle véhicule les valeurs et des actions qui cadrent avec les exigences de la gouvernance. Elle est donc favorable à l'apport des éléments dont la gouvernance a besoin pour se déployer dans un État. La décentralisation dans son principe contribue à l'amélioration de la gouvernance. Cette amélioration est perceptible au niveau socio politique à travers l'équilibre entre l'État et les zones périphériques mais aussi l'équilibre l'État et l'opposition. Sur le plan administratif, nous avons souligné que parmi les influences possibles de la décentralisation sur la gouvernance se trouve la responsabilisation des membres de l'administration locale. Sur le plan économique enfin, nous avons par exemple souligné le fait que la décentralisation permet d'adapter les services aux besoins des populations hétérogènes.

<sup>18</sup> Blöchliger, H., D. Bartolini et S. Stossberg (2016), *Does Fiscal Decentralisation Foster Regional Convergence in* <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/6b0b3a02-fr/index.html?itemId=/content/component/6b0b3a02-fr>

<sup>19</sup> OCDE (2017), *Making Decentralisation Work in Chile : Towards Stronger Municipalities*, OECD Multi-level Governance Studies, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264279049-en>



## Private prosecution: practicability, challenges and reliability before the courts in Cameroon

*La poursuite à l'initiative des particuliers: enjeux et défis devant les juridictions camerounaises*

By: Page | 713

**Mbongwe Julius Palle**

Ph.D Fellow,

University of Dschang

### **Abstract:**

*The Criminal Procedure Code in its sections 60 and 157 has provided for the right of private persons to institute criminal proceedings in their own name. The right of private persons to commence and carry out criminal prosecutions as provided under the Criminal Procedure Code is intended to bring justice closer to the people while making it more expedient and less costly. Though private prosecution has been in the Cameroonian criminal procedure for a long time, its utilization in seeking criminal justice has been, and is still disproportionate between the English Speaking and the French Speaking part of the country. While the English Speaking part of the country is still grappling with its practical application, it is in regular use in the French Speaking part of the country. Nonetheless, no matter the extent of its application either in the French Speaking or English Speaking part of the country, the practicability of this concept is fraught with problems due to its ill-conceived nature in the Criminal Procedure Code. This paper seeks to examine the practicability, the impediments to the effective utilization of the concept before the Courts, and seeks to answer the question whether it is a reliable mechanism for seeking criminal justice in Cameroon.*

**Key words:** Private, Prosecution, Criminal, Procedure.

**Résumé:**

*Les articles 60 et 157 du code de procédure pénale prévoient le droit pour les particuliers de mettre l'action publique en mouvement. Le droit des personnes privées d'engager et de mener à bien des poursuites pénales, tel que prévu par le code de procédure pénale, vise à rapprocher la justice du peuple tout en la rendant plus rapide et moins coûteuse. Bien que les poursuites à l'initiative des justiciables fassent partie de la procédure pénale camerounaise depuis longtemps, leur utilisation dans la recherche de la justice pénale a été, et est toujours, disproportionnée entre la partie dite anglophone et celle dite francophone du pays. Alors que la partie anglophone du pays est encore aux prises avec son application pratique, cette modalité de mise en mouvement de l'action publique est régulièrement utilisée dans la partie dite francophone du pays. Néanmoins, quelle que soit l'étendue de son application dans la partie francophone ou anglophone du pays, la mise en mouvement de l'action publique par les justiciables pose de nombreux problèmes en raison de sa nature (mal conçue dans le code de procédure pénale). Cet article cherche à examiner les enjeux et les défis de la mise en mouvement de l'action publique par les justiciables.*

**Mots clés :** prive, poursuite, procédure pénale, action publique

## Introduction

Providing equal access to justice and curbing delays in the administration of justice is essential to protecting human rights and fostering economic development.<sup>1</sup> To improve on the accessibility of justice, to curb delays in legal proceedings, to enhance economic development, and to protect human rights in the Country, the State of Cameroon enacted Law N0. 2005/007 of 27 July 2005 on the Criminal Procedure Code (CPC) as the principal piece of legislation on criminal procedure. By virtue of this law, private persons have been empowered to initiate criminal proceedings against persons who cause them harm through the commission of a criminal offence.<sup>2</sup> This initiative of private persons to institute criminal proceedings before the Courts is simply causing the bailiff to issue a direct summons against an accused person ordering him to appear before the court to answer to charges preferred against him.<sup>3</sup>

While this mechanism of seeking criminal justice is common in the French Speaking part of Cameroon, it is relatively rare in the English Speaking part of the country. The reasons for this disparity are not really obvious but it can be pinned on the fact that while the concept was well vulgarized and developed in Ordinance of 14 February 1838 on the 'Code d'Instruction Criminelle', (CIC),<sup>4</sup> it was sparingly provided for in the Criminal Procedure Ordinance, CAP 43 of the laws of Nigeria (CPO)<sup>5</sup> that used to apply in the French and the English Speaking parts of Cameroon respectively during the colonial and post-colonial periods. Another plausible explanation why the concept is lagging behind in application in the English Speaking part of Cameroon is that most practitioners see the procedure being unreliable with the methods of obtaining evidence seen as 'self-serving' with a high potential to orchestrating a miscarriage of justice.

The presence of the concept of private prosecution in the CPC is to bring justice closer to the people while making it expedient and less costly. Unfortunately, apart from the right expressly

---

<sup>1</sup> A. Deseau et al., (2019), A ccess to Justice and Economic Development: Evidence from an International Panel Dataset, Institut de Recherches Economiques et Sociales de l'Universite Catholique de Louvain, Discussion Paper 2019-9 retrieved from sites.uclouvain.be>IRES on the 09/02/2023.

<sup>2</sup> Chimontoh Z. Akomandoh, (2020), The Department of Public Prosecution and Judicial Police in Cameroon, Miraclaire Publishing, Kansas City, p.169.

<sup>3</sup> T.A Nzouedja, (2022), Principles and Practice of Criminal Litigation in Cameroon, Optimist Press Nig. Coy, Calabar, p.140.

<sup>4</sup> section 158 of the Ordonnance du 14 Fevrier 1838 Portant Code d'Instruction Criminelle.

<sup>5</sup> sections 59 and 89 of the Criminal Procedure Ordinance, CAP 43 of the laws of Nigeria, 1958.

given to private individuals to institute criminal actions before the Courts under section 60, and 157, and loosely using the adjective, 'private prosecution' in section 42 of the CPC, nowhere again in the CPC has the concept featured. Even these sections of the CPC making allusions to private prosecution don't provide any details with regard to the procedure to be followed by private prosecutors. One would have expected, given its importance of making justice faster and bringing justice closer to the people, that even a sub-chapter would have been dedicated to detailing its nature and content. A further reading of other laws ancillary to the criminal law and procedure have not also mentioned or described its details in our criminal justice system.<sup>6</sup> The sketchy nature of the concept has made its practice problematic and embroidered into many practical difficulties<sup>7</sup> thereby making Courts to arbitrarily apply the procedure. This has led to the ineffectiveness in the procedure as a mechanism of curbing delays in the administration of criminal justice and providing equal access to our criminal justice. However, despite the shortcomings in the utilization of the concept in seeking criminal justice, it can be reliable as a mechanism for seeking criminal justice if the concept is well-defined and its arbitrary application halted by ensuring good ethics, transparency, accountability, corruption free environment amongst others in the practicability of the concept.

### **1- THE NATURE AND PRACTICABILITY OF THE RIGHT OF PRIVATE PROSECUTION BEFORE THE COURTS**

In Cameroon, there is no characterization, definition or orientation given to the right of private prosecution. The only indication given as concerns the right is that any injured person may institute criminal proceedings in court.<sup>8</sup> In other democracies, private prosecutions can only be instituted where the Legal Department has issued a 'certificate of Non-Prosecution' of an offence to a private individual.<sup>9</sup> This implies that private prosecutors can only institute criminal actions in

---

<sup>6</sup> For example; Law N0. 2006/15 of 29 December 2006 on Judicial Organisation as amended and supplemented by Law N0. 2011/027 of 14 December 2011.

<sup>7</sup> For example, the requirement to make a deposit prior registration when there is no law guiding judges on how to fix this deposit has left each judge to demand any amount he desires and these amounts can be exorbitant at times leading litigants to abandon their suits. Again, public prosecutors are statutorily required to lead the prosecution by virtue of section 128 of the CPC but since they didn't participate in the evidence gathering or investigated the matter, they usually find it difficult to prosecute such matters especially when they doubt the credibility of the evidence.

<sup>8</sup> Section 60 of the CPC states that, criminal proceedings shall be instituted and prosecuted by the Legal Department. They may also be instituted by any government department or by the injured person under the conditions laid down by law.

<sup>9</sup> Agaba J. Atta, (2017), Practical Approach to Criminal Litigation in Nigeria, Bloom Legal Temple, 3<sup>rd</sup> Ed., Abuja-Nigeria, p.380.

court after seeking and obtaining authorization from the Legal Department.<sup>10</sup> It is only upon seeking and obtaining this certificate that the private individual can institute a criminal action in court absent which there will be no private prosecution. Unfortunately in Cameroon, the institution of private criminal proceedings is not conditioned on the prior acquisition of a 'certificate of non-prosecution' issued by the Legal Department and it remains the sole initiative of the private prosecutor.

### **1.1 The nature of private prosecution**

It is a private criminal action instituted by an individual or a corporate entity who has suffered loss or injury as a result of a commission of a criminal offence. The exercise of this right before the court can be by the individual who has suffered loss or the injury seising the court directly with a direct summons under section 60 of the CPC<sup>11</sup> or him laying a complaint with a civil claim attached with the competent Examining Magistrate under section 157 of the CPC.<sup>12</sup>

#### **1.1.1 Private Prosecution by Direct Summons under Section 60 of the CPC**

It is generally recognized that criminal proceedings are usually instituted by the Legal Department and though provided by the law under section 60 of the CPC for private persons to institute criminal proceedings in simple offences and misdemeanours,<sup>13</sup> few persons have knowledge of this possibility to seeking criminal justices. Instituting private proceedings by way of direct summons simply entails the complainant causing the bailiff to issue an act of accusations against an accused person ordering him to appear before a particular court on a particular day to answer to the charge contained in the act. In the South West Court of Appeal case of Mafany Teke George & 2 others v. The People & 1 other, it was held that the instrument of accusation in a direct summons proceeding is a bailiff's product.<sup>14</sup> In the case of Akenji Nde Christopher v. The People, it was amply stated that the direct summons issued by the bailiff at the request of the complainant

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Section 60 of the CPC states that criminal proceedings shall be instituted and prosecuted by the Legal Department. They may also be instituted by any government department or by the injured person under the conditions laid down by law.

<sup>12</sup> section 157 of the CPC states that, any person who alleges that he has suffered injury resulting from a felony or misdemeanour may when lodging a complaint with the competent Examining Magistrate, file a claim for damages. The complaint in which a victim claims damages shall set the criminal action in motion.

<sup>13</sup> T.A Nzouedja, (2022), *Op.cit*, p. 140.

<sup>14</sup> Suit N0. CASWR/06c/2019; Mafany Teke George & 2 others v. The People & 1 other, in SLR 8, (2020), p. 5.

and served on the alleged offender and forwarded to the registry of the court that gives the latter jurisdiction to hear and determine the matter.<sup>15</sup> Private prosecution therefore by way of direct summons is a prompt notice of the nature and cause of the criminal charges against the offender requesting him to appear before a court.<sup>16</sup>

The statutory recognition of the right of private prosecution in the CPC is that natural and juristic persons can initiate criminal actions in court without prior authorization from the Legal Department. A private person who proves injury and a peculiar interest in the issue arising out of the injury which he has individually suffered in consequence of the commission of the said offence may institute criminal proceedings in respect of such offence in any court competent to try that offence. The right to private prosecution just like any actionable right before the court must satisfy certain conditions for its proper adjudication and since this takes the form of a public prosecution, all conditions for a criminal trial must be met.

### **1.1.2 Private Prosecution by Way of Complaint with a Civil Claim under Section 157 of the CPC**

Another mechanism of seeking criminal justice by way of private prosecution is by seising the Examining Magistrate with a complaint with a civil claim attached provided under section 157 of the CPC.<sup>17</sup> The complaint with a civil claim attached automatically sets the criminal action in motion but the criminal action here is a preliminary inquiry which is not a trial before a criminal court.<sup>18</sup> Though it is not a trial per se, it nevertheless puts the burden of a criminal prosecution on the defendant. Impliedly, It is a private prosecution whereby the complainant solicits the Examining Magistrate to gather evidence on his behalf to build a case against the defendant and the Legal Department may participate in the process and where enough evidence is gathered against the defendant he will be committed before a court for trial but where there is not enough evidence to warrant the defendant to be put to trial, a no-case ruling will be entered in favour of the defendant.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Suit N0. CASWR/60c/ 2012; Akenji Nde Christopher v. The People, (unreported).

<sup>16</sup> Suit N0.CANWR/; John Keban Atanga v. The People & 4 others, SLR 6, (.....), at p.74.

<sup>17</sup> Michael A. Yanou, (2014), Crminal Law and Procedure in Cameroon, Yanou Law Series, Excel Publishers Nigeria, p.23.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Yohanes Mbunja, (2011), Les Revenants: Le Juge d’Instruction, Editions Pro, Tome I, P.34.

While private prosecution by way of direct summons under section 60 of the CPC puts the accused person directly before a trial court, private prosecution by way of complaint with a civil claim under section 157 of the CPC merely opens an investigation against the defendant. However, the two procedures have the aim of instituting criminal proceedings against the criminal offender thereby warranting that certain conditions be met obligatorily otherwise the matter may or may not find favour with the Examining Magistrate or the court.

## 1.2 Prerequisites for Private Prosecution

### 1.2.1 The Identification of the Offender

Private prosecution is a procedure against a named individual or corporation which implies that accused person must be properly identified by the court before any action can be taken against that person. It cannot therefore be undertaken when the identity of the offender is not known with exactitude. In the Court of First Instance Dschang, in the case of *The People of Cameroon & Tchinda Joseph V. Kemngne Christian & 3 Ors*,<sup>20</sup> the Court discharged two of the four accused persons for lack of proper identification. The non-identification of accused persons or defendants in criminal proceedings is very common with private prosecutions due to the lack of means to carry out private investigations, for fear of going harm's way, contravening the law, or due to other circumstances independent of the will of the victim of the offence.

### 1.2.2 Allegations of Injury or Loss Suffered.

The basis of a private prosecution is that someone alleges that he has suffered injury as a result of the commission of an offence. It is therefore incumbent on the private prosecutor to show that he suffered actual damage or direct injury. If all that the private prosecutor can say amounts to little more than that his feelings have been outraged and his good name injured, it should be interpreted restrictively.<sup>21</sup> In the Court of First Instance Tombel, in the case of *The People of Cameroon & Mbonte Yvette Ntube V. Nkumbe Irine Mejang*,<sup>22</sup> the civil party could not show proof of injury from the assault that she alleged caused her some fourteen days of incapacity to

<sup>20</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0. 283/COR of 09/04/2021, (Unreported).

<sup>21</sup> Siphonkosi, (2021), Exploring Statutory requirements for Private Prosecutions under the Criminal Procedure Act, de reus. Seen at [www.derebus.org.za](http://www.derebus.org.za) on 27/04/2022.

<sup>22</sup> Court of First Instance Tombel, suit N0. CFIT/26c/2022, The People & Mbonteh Yvette Ntube v. Nkumbe Irine Mejang, (Unreported).

work because the medico-legal certificate was never presented before the court as it remained the only means to show injury following the circumstances of the case. The Court held that the civil claimant could not prove that she suffered any injury and discharge the accused person under section 365(3) of the CPC.<sup>23</sup> If the complainant has suffered no actionable wrong then he has suffered no prejudice. In the case of *The People of Cameroon & Monthe Leon Paul v. Dongmo Mathilde*,<sup>24</sup> the Court after a full hearing of the matter declared the accused person, not guilty by stating that, the private prosecutor was inapt to produce elements to prove that an offence was committed and consequently discharged her.

The bulk of discharges of accused persons in matters brought by private prosecutors is based on this section 365 (3) of the CPC apparently because the matters are not investigated and private prosecutors don't usually have counsel as in most cases initiated by way of private prosecution, thus, they would not know the type of evidence to adduce in a particular case and even when they have the evidence it might not pass the test of admissibility of evidence in a criminal trial due to the manner by which it was obtained.

### 1.2.3 Direct Interest

Section 75 of the CPC makes this condition mandatory when it states that a civil claim made in a criminal action shall be entertained only where it is based on a direct, certain and actual damage. The private prosecutor must show a desire to gain an advantage or profit from the suit. This desire must be directly connected to the issue subject of the trial. In other words, the direct interest must be derived from and on the issue in trial. In the Court of First Instance Dschang, in the case of *The People of Cameroon & Tsamo Madeleine v. Sopjeu David*,<sup>25</sup> the court held that since the civil claimant could not prove any direct injury and establish by any means whatsoever what it wanted, it could not hold the accused person responsible and liable to any claim.

---

<sup>23</sup> Section 365(3) of the CPC states that if after the hearing the witnesses, the submissions of the Legal Department and, where necessary, the observations of the civil party, the court finds that the evidence adduced does not sustain the offence or that the facts do not constitute any offence, it shall discharge the accused.

<sup>24</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0. 473/COR of 03/07/2020; *The People of Cameroon & Monthe Leon Paul v. Dongmo Mathilde*, (Unreported).

<sup>25</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0.642/COR of 09/10/2020, *The People of Cameroon & Tsamo Madeleine v. Sopjeu David*, (Unreported).

There has been a lot of controversy as to at what time a claim should be made in private prosecutions. While some practitioners argue that it can be made at any time before the end of proceedings per section 385(4) of the CPC, others maintained that it should be made at the time of registration of the suit for private prosecutions brought by direct summons under section 60 of the CPC or at the time of lodging the complaint with the Examining Magistrate for private prosecutions brought by complaint with a civil claim under section 157 of the CPC because it is the civil claim that confers the status of private prosecutor. We side with this second argument because the purpose of a private action is damages though some practitioners argue that the private prosecutor may only be interested in usurping the powers of the Legal Department to prosecute without requesting for compensation. The provisions of section 157(2) of the CPC<sup>26</sup> have settled this debate because it expressly indicates that it is the claim for damages that sets the criminal action in motion. Thus, the practice where as soon as the court is seised with a direct summons under section 60 of the CPC, or the Examining Magistrate seised with a complaint with a civil claim attached under section 157 of the CPC, the deposit paid, the matter registered, and listed for hearing or preliminary inquiry commenced is bad practice that goes contrary to the intention of the legislator. In the case of *The People & 1 other v. Ndogohboh Sonyie Mazou*,<sup>27</sup> the purported civil party paid his deposit fixed by the Examining Magistrate on his complaint with a civil claim attached and never made a civil claim before the Examining Magistrate. The preliminary inquiry was carried out and the defendant was committed for trial. At the end of the proceedings the court adjourned the matter to permit the civil party to make his civil claim. The defense objected maintaining that the civil claim ought to have been made before the Examining Magistrate since he was seised with a complaint with a civil claim attached under section 157 of the CPC and that all the proceedings are conditioned on the civil party gaining that status through making of the civil claim and the payment of the 5% deposit on it as required by the law. That the proceedings have been a sham as there have never been and will never be a civil party before the court especially as the proceedings have ended. The civil party contended that they paid the deposit fixed by the Examining Magistrate and consequently they are civil party to the suit.

---

<sup>26</sup> Section 157(2) of the CPC states that the complaint in which a victim claims damages shall set the criminal action in motion.

<sup>27</sup> Court of First Instance Tombel, suit N0. CFIT/06PI/21/05c/2022; *The People & 1 other v. Ndogohboh Sonyie Mazou*, (unreported).

While deposit is an amount deposited at the registry of the court to defray the costs of the proceedings paid by the victim who sets the criminal action in motion against the risk of his complaint being inadmissible,<sup>28</sup> a civil claim is a demand for monetary compensation for loss or injury to a person or property. (Black's at p. 445). Deposit to defray the cost of proceedings should therefore not be confused with civil claim by the civil party. The CPC has not mentioned clearly anywhere that this 5% deposit be paid on civil claims in criminal actions but practice, though to the contention of most practitioners of the Common Law extraction as was observed in the case of *Meme Lawyers Association v. Court Registrars*,<sup>29</sup> is still in practice. Though the insistence on the payment of a 5% deposit on all civil claims is looked upon as an imposition of French civil law from francophone Cameroon on Anglophone Cameroon<sup>30</sup>, the harmonization of criminal procedure has rendered this perception obsolete.

The practice by the courts of not requesting that a civil claim be made at the time of instituting the suit is propagating the erroneous belief that private prosecutions are free thereby causing our courts to be flooded with frivolous and vexatious suits. The practice has divested the state of a vital source of income because since courts don't request individuals to make civil claims at the institution of a criminal action, the 5% deposit on the civil claim required by the law is never paid thereby causing enormous loss to the state treasury.<sup>31</sup>

If the private prosecutor has no civil remedy and has suffered no actionable wrong then he has no title to prosecute.<sup>32</sup> All victims of criminal offences must show that they have a direct interest from the suit which must be shown by some advantage to be gained or some profit made usually measured in monetary terms otherwise they have no cause of action.

#### 1.2.4 Jurisdictional Requirements

The decision by the private prosecutor to initiate criminal proceedings against an individual must be accompanied with his capacity to meet the jurisdictional requirements put in place for a fair criminal trial. The jurisdictional requirements imposed by the CPC are a condition *sine qua*

---

<sup>28</sup> Section 158 of the CPC.

<sup>29</sup> (2001), 1 CCLR 11.

<sup>30</sup> Nelson Enonchong, (2007), The Harmonization of Business Law in Africa: Is Article 42 of the OHADA Treaty a Problem?, Journal of African Law, N0.51, Issue 1, pp.95-116 retrieved from [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net) on the 11/02/2023.

<sup>31</sup> Circular N0. 00012/MJ/SG/DAG of 13 May 1996 of the Minister of Justice.

<sup>32</sup> Siphon Nkosi, (2021), op.cit.

*non* for any criminal prosecution. However, there are some specific conditions to be fulfilled by the private prosecutor before he can obtain title to prosecute and this will depend whether the private action is initiated by way of direct summons or by way of a complaint with a civil claim attached. These include but not limited to the general condition of service of legal notifications and the specific condition of payment of deposits to defray the cost of the proceedings during registration of the matter in Court or seizure of the Examining Magistrate.

## 2. THE PROCEDURE FOR PRIVATE PROSECUTION

The Criminal Procedure Code has not defined the procedure to be followed by private individuals when seeking criminal justice by way of private prosecution. This is because the procedure is identical to that for public prosecutions. What differs is only the initiator of the action. Once initiated, the procedure to be followed is the same as if the action was commenced by the State Counsel.<sup>33</sup> In court, the private prosecutor takes a back seat while the Legal Department leads the criminal prosecution, albeit not commenced by them. They have the obligation to prosecute as if the action was commenced by them.<sup>34</sup> At the level of Preliminary Inquiry, once the action is declared admissible, the normal preliminary Inquiry procedure ensues.

Though some scholars and practitioners seem to agree with the legislator for not providing or defining a separate procedure for private prosecution on the pretext that it will be superfluous since the procedure is already hinged on that provided for public prosecutions and preliminary inquiry, we contend that hinging the procedure on that of the Legal Department and on the preliminary inquiry procedure is exactly what has put the effectiveness of private prosecutions as a mechanism for seeking criminal justice to question. Hinging procedures with different interests, and different personalities to pursue a common goal can be nothing but counterproductive. What the private prosecutor is looking for is his independence and control over his action. Hinging his action to that of a person he has been avoiding all along is going directly against his desires and he doesn't realize this until he is already before the court. There is therefore the need for the legislator to define an independent procedure for private prosecution detailing issues such as

---

<sup>33</sup> Philippe Keubou,(2021), La Procedure Penale au Cameroun, l'Harmattan, Paris, p.78.

<sup>34</sup> *Ibid.*

gathering evidence, credibility of the evidence, the parties to the suit and their respective roles, service of summonses and court processes, amongst others.

However, it is a fundamental human right of persons to a fair trial that an accused person be informed of his accuser and the nature of the accusations against him. A criminal prosecution, private or public, has consequences potentially invasive and destructive of an accused's substantive rights to, amongst others, personal freedom and security and the rights to a fair trial, of which the right to be informed of one's accuser and the nature of the accusations are paramount.<sup>35</sup>

To prevent abuse of the right to a fair hearing, the bringing to the knowledge of an accused all the necessary information for him to prepare his defense is a condition *sine qua non* for the institution of any criminal action before the Courts. It is therefore imperative on the private prosecutor to give direct summons to the accused person through a bailiff before the matter can be listed for hearing.

## 2.1 The Content and Service of Summons

A summons is an order in document requesting a person to appear before a court and it must be brought to the knowledge of the person summoned. The establishment of the document, its content, and the manner by which it is brought to the knowledge of the person summoned are well circumscribed by the law and any derogation is an abuse of due process of law.

### 2.1.1 The Content of Summons

Summons is a formal document through which the Criminal Court is seised of the matter as it contains the charge, counts of the charge, the facts or constituent elements of the offence or offences committed, the laws violated and proof that the accused and witnesses have been served of these facts and law and that the parties have been warned of the consequences of failure to come to court, allowed the required time to prepare their defense and evidence; notified of the cost of

---

<sup>35</sup> High Court of South Africa, KwaZulu-Natal Division, Pietermaritzburg, Judgment N0.AR723/2014; Arnold Denzil Nundalal v. The Director of Public Prosecutions KZN & 03 others, delivered on the 08<sup>th</sup> of May 2015, retrieved from [www.lawlibrary.co.za/may](http://www.lawlibrary.co.za/may).

the act and date of place and date of hearing”.<sup>36</sup> It was held by the South West Court of Appeal in *Loh Emmanuel & 2others v. The People of Cameroon & 1 other*,<sup>37</sup> that, to be competent, all these prerequisites must feature in the direct summons.

At the diligence of the private prosecutor, the bailiff prepares the direct summons with details of certain prerequisites;

- The date of service, the full name, affiliation, date and place of birth, occupation, address, residence, and where necessary, the address for service on the complainant, the full name and address of the bailiff. It shall state the full name, affiliation and the full address of the addressee and particularly his residence or his place of work,
- It must contain the facts of the case and provisions of the law under which the defendant is charged. It must also state, as the case may be, the Examining Magistrate or the Court seised of the matter, the place, date and hour of hearing, and must specify whether the person has been summoned as defendant, accused, civil party, person vicariously liable, witness, or as insurer, and
- This summons served on a witness must in addition mention that non-appearance, refusal to testify or giving of false evidence is punishable by law.<sup>38</sup>

The preparation, issuance and service of a summons as a jurisdictional requirement to institute a private prosecution must be taken seriously because any defect in the process might have serious repercussions on the entire procedure or case. In the case of *Arnold Denzil Nundalal v. The Director of Public Prosecutions KZN & 03 others*, (*supra*) the court in addressing the procedural challenges to summons stated that,

*The statutory requirements for a private prosecution ... seek to avoid frivolous and vexatious prosecutions for the same reasons discussed above that public prosecutors may decline to prosecute. Usually they must be adhered to strictly to ensure a fair trial. A criminal prosecution, private or public, has consequences potentially invasive and destructive of an accused's*

---

<sup>36</sup> Court of First Instance Tiko, Judgment N0.CFIT/131c/2011; The People v. Ngulefac Ernest, Judgment N0. CFIT/123c/2011; The People v. Fritz Musi Mutale, and judgment N0. CFIT/166c/2011; The People v. Kom Mispá Bam, all (Unreported).

<sup>37</sup> SLR, vol.6, p.54.

<sup>38</sup> Section 41, CPC.

*substantive rights to, amongst others, personal freedom and security and the rights to a fair trial, of which the right to be informed of one's accuser and the nature of the accusations are paramount. As a general proposition the obligation to provide an accused with the name, description and signature of the private prosecutor would be fundamental to the rights of an accused to a fair trial, not least because the CPA prescribes them.*

The obligation to provide an accused with the name, description, and signature of the private prosecutor is fundamental to the rights of an accused person to a fair trial. A court faced therefore of a direct summons with defects that are prejudicial to the rights of the accused and which cannot be cured by the judge, for example, failure to provide the proper identity of the accused person, failure to state the facts and the law under which the accused has been charged, will certainly declare the procedure a nullity under section 365 of the CPC. In the case of *The People of Cameroon & Zoyin Rosaline v. Kenfack Therese & 02 others*,<sup>39</sup> the court discharged all the accused persons because they were charged under the wrong section of the law as the facts and evidence adduced didn't constitute a criminal offence under section 239 of the Penal Code.

The satisfaction of jurisdictional requirements as a precondition for the institution of private prosecutions is not only fundamental to the rights of an accused person to a fair trial but serves a basis for the proper administration of criminal justice. A well prepared, issued and served summons makes the job of the judge easy and expedient. It permits the judge to clearly identify the parties, understand the facts and the law under which a person is charged, to know whether any party is assisted by counsel, whether the accused has been duly informed of the charges against him, and whether he has had sufficient time to prepare for his defense.

### **2.1.2 Service of Summons**

Service of summons is the delivery of a court process or judgment by the bailiff to the addressee and though expressly stated that it is executed at the instance of the Legal Department,<sup>40</sup> in private prosecution it is at the instance of the private prosecutor in accordance with the provisions of sections 40 to 55 of the CPC.

<sup>39</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0.276/COR of 06 April 2021; *The People of Cameroon & Zoyin Rosaline v. Kenfack Therese & 02 others*, (unreported).

<sup>40</sup> Section 56 of the CPC.

In a country like Cameroon where people don't usually have known residences or abodes, personal service of summonses can be very challenging. To circumvent the difficulties associated with personal service, service on persons who have no known residence, abode, or place of work can be served by the bailiff by causing the State Counsel to visa the original and the copies of the summons and leave a copy with him to post at the entrance of the court hall.<sup>41</sup> The State Counsel, where it is established that the person summoned has not received the registered letter addressed to him by the bailiff or where the summons was served on the Legal Department or the mayor's office, a Judicial Police Officer may be requested by the State Counsel to undertake another search with a view to effectively notifying the person concerned. The Judicial Police Officer shall then draw up a report of the action he has taken and forward it without delay to the State Counsel and where he has effectively served the summons on the person cited therein, this shall be deemed personal service.<sup>42</sup>

## **2. 2 Registration of the Matter**

When the direct summons is issued, an original copy is sent to the Registry of the Court of First Instance and upon receipt of the direct summons, the judge fixes the cost of the proceedings to be paid as deposit at the Registry of the Court. After registering the matter, with proof of payment of the deposit, a copy of the direct summons initiated by the civil party is forwarded to the Legal Department for them to open their administrative case file.<sup>43</sup> A date is then fixed for hearing of the matter and communicated to the parties including the Legal Department.

Incurring cost in a criminal proceeding doesn't begin with the payment of deposit to the registry of the court to defray cost of the proceedings. Invariably, a litigant starts spending money for his action as soon as he contacts counsel or meets a bailiff for the initiation of his private prosecution. While what a litigant contracts with the counsel and what he pays the bailiff is less of a concern because they are private arrangements, the payment of court fees or deposits prior to the registration of the matter in court is a cause for concern because it impacts on the public administration of justice. Court fees in criminal matters must be defrayed in one way or the other

---

<sup>41</sup> Ibid, section 48.

<sup>42</sup> Ibid, section 49.

<sup>43</sup> Fonkwe J. Fongang et al., (2019), Cameroon Criminal Procedure and Practice in Action, Editions Veritas, Douala, p. 289.

by one of the parties to the proceedings.<sup>44</sup> A court is said to be properly seised in private criminal proceedings only when a deposit is paid at the registry of the court and the direct summons registered at the General Taxation Department.<sup>45</sup>

If the exigency of the payment of a deposit is well spelt out in the CPC with regard to complaint with a civil claim, such is not the case with direct summons. Even though the obligation of stamp duty is mandatory throughout the national territory per the General Tax Code,<sup>46</sup> in practice, Courts don't usually insist on the fulfillment of this legal requirement. The practice is the continuous arbitrary application of article 151 of decree of 5 October 1920 on the regulation of court fees in felonies, misdemeanours and simple offences that was in use in the francophone part of the Cameroon whereby each judge fixes the deposit to be paid by the litigant. The practice is justified on the fact that the special instrument hinted by the CPC is still to be enacted.<sup>47</sup>

In public prosecutions, costs incurred by the Legal Department for commencing and carrying out criminal prosecutions and preliminary inquiries as well as the execution of judgments are advanced by the Public Treasury and they are borne by the party who fails except in cases where the court in its reasoned decision rules otherwise and this is exactly what obtains in our courts. All costs incurred by the Legal Department are advanced by the Public Treasury and where the prosecution secures a conviction, the cost is imputed on the convict and he is ordered to pay the cost of the proceedings.<sup>48</sup> On the contrary, in private prosecutions, the private prosecutor is required to make a deposit not only to defray the cost of the proceedings but to guarantee the eventual payment of any civil award and to discourage frivolous and vexatious suits. This stance has created so much controversy around the requirement of payment of deposit prior to the

---

<sup>44</sup> Sections 400 of the CPC states that an accused who is acquitted shall not be required to pay cost. Such costs shall be defrayed by the Public Treasury where the prosecution was initiated by the Legal Department. They shall be borne by the civil party where prosecution was initiated by him. However, the court may, by a reasoned judgment exempt the civil party who acted in good faith from the payment of all or part of the costs. Section 745 of again states that costs incurred by the Legal Department for commencing and carrying out criminal prosecutions and preliminary inquiries as well as the execution of judgments shall be advanced by the Public Treasury. The costs shall be borne by the party who fails except in cases where the court in its reasoned decision rules otherwise.

<sup>45</sup> Fonkwe J. Fongang et al., (2019), op. cit., p. 290.

<sup>46</sup> Section 358 of the General Tax Code states that under pain of a fine of 2,000 francs, notaries and bailiffs shall be prohibited from receiving an instrument without registering it.

<sup>47</sup> Section 744 of the CPC states that a special instrument shall fix court fees in respect of felonies, misdemeanours and simple offences by specifying the amount to be paid, the conditions of payment and recovery.

<sup>48</sup> Section 391 of the CPC states that where the court finds an accused guilty of a simple offence or of a misdemeanour, it shall sentence him to the penalties provided by law. It shall, where applicable, decide on the civil claim. In addition, the court shall order the convict to pay costs.

registration of the matter. While some practitioners hold that the task undertaken by the private prosecutor to institute criminal proceedings is also beneficial to the state, others contend that its benefits to society are minimal. In his submissions relating to the investigations and disclosure stage of a private prosecution, a key part of the proceedings and where failings can have a significant impact on the case, Simon Davison, Director of Investigations, AnotherDay submitted that,

*some private prosecutors claim that given the gap left by the limited resources of public bodies, private prosecutions provide the public benefit of ‘allowing law enforcement and state prosecution bodies’ to focus on other areas of crime freeing up vital and stretched resources to focus on other priority crimes.*<sup>49</sup>

Private prosecutions are initiated in Cameroon with little consideration as to what the state will benefit or not but rather with the consideration for the huge financial gain that might result from the suit. It is a self-serving suit that serves no other interest but the financial interests of the private prosecutor. However, though the institution of a private prosecution is not usually in the interest of the state, the state indirectly benefits to an extent from the action. It is therefore our contention that the advantage given to public prosecutions by the state that the Public Treasury advance the cost of the proceedings and to later recover it from the party that failed in the suit should also be accorded to the private prosecutors. The arguments advanced for the imposition of this cost on private prosecutors should be considered peripheral for the following reasons;

- That the state has the power and means to coerce any defaulting litigant into honouring his obligations towards it. Thus, a criminal action can be heard and determined by the Court and the cost of the proceedings paid at the end of the proceedings by the party who fails.
- That frivolous and vexatious suits can be checked and controlled if all private prosecutions are made to pass the ‘test for prosecution’ under standards set and monitored by the State.

This to borrow from Siphon Nkosi who contends that,

*The decision to institute a private prosecution...is entirely that of the private prosecutor to be properly taken only when he is able to meet the jurisdictional requirements for a private*

---

<sup>49</sup> Simon Davison, Director of Investigations, AnotherDay, written submissions to the UK Parliament, 2<sup>nd</sup> October 2020, available at [committees.parliament.uk](https://committees.parliament.uk/committees/100/anotherday/)>Pdf.

*prosecution. A certificate is issued for a specific offence. It has a lifespan of three months after which it lapses. This helps to enhance certainty and prevent abuse of private prosecution.*<sup>50</sup>

Some scholars contend that seeking and obtaining a “certificate of non-prosecution” from the Legal Department will be an obstacle to private prosecution and that it is tantamount to conditioning the initiation of private prosecution to the fulfillment of an administrative formality by the Legal Department when the state has already put in place a mechanism for controlling unwarranted actions through a *nolle prosequi* under section 64 of the CPC and section 6 of the CPC that remedies issues of multiplicity of actions. These scholars lose sight of the fact that a *nolle prosequi* is the absolute powers of the Minister of Justice and Keeper of the Seals exercised mostly when serious issues affecting the interests of the state or public order arise or may arise in the cause of a criminal action.<sup>51</sup> If these power is to be used to control frivolous suits or multiplicity of suits arriving in courtrooms in the country then we want to ask how feasible will *nolle prosequi* be in controlling frivolous suits considering the fact that it is exercised only by one individual; the Minister of Justice and Keeper of the Seals? How long will a decision to enter a *nolle prosequi* take to reach the courtrooms considering the administrative bottlenecks involved in the process?

A frivolous suit might not be a suit that necessarily disturbs social interest or public order but it may be one that simply abuses the court process. Do we need a *nolle prosequi* as defined by the law to control simple abuses of court process? What we need is a system that will provide efficient and pragmatic solutions to abuse of court process. It is in that guise that we are suggesting that the initiation of private prosecutions should be contingent upon seeking and obtaining a “certificate of non- prosecution” from the Legal Department because it always has the opportunity to appreciate the facts at the early stages of the case due to its status of principal party to all criminal matters.<sup>52</sup>

- That the civil awards in criminal matters are eventualities with little certainty as to their actual occurrence. Holding a litigant responsible for an uncertain future event is holding the litigant already liable to the civil claim. We therefore suggest that the idea of

<sup>50</sup> Siphonkosi, (2021), Op.Cit.

<sup>51</sup> Dashaco J. Tabutoh, (2007), *Nolle Prosequi* under the Cameroonian Criminal Procedure Code; In Readings in the Cameroon Criminal Procedure Code, Presses Universitaires d’Afrique, Yaounde, p.81.

<sup>52</sup> Christelle NDJOUVO ep. Hapi, (2022), *Le Parquetier sur les Sentiers des Constatations*, In *Le Parquetier: L’Office du Magistrat du Parquet et quelques Varietes*, Editions Lupeppo, Yaoundé, pp. 115-132.

computation of eventual civil award as sums to be paid by the private prosecution as part of the deposit or cost to be paid prior to registering the suit in court should be jettisoned. However, if any amount has to be paid by the civil party then it should be the statutory fee for the registration of criminal judgments and probably some miscellaneous registry charges because the private prosecutor (in the case of direct summons) solicits the services of a Bailiff to serve the accused. Thus, the cost for summonses cannot be included in the assessment of costs.

The demand for payment of deposits from private prosecutors is not helping the cause of criminal justice as it turns away litigants from the criminal justice system. The amount to be paid as deposit is not determined in advance by any law, thus, it remains at the discretion of the judge.<sup>53</sup> It is our humble submission that a law fixing in advance the cost of the proceedings, as it is the case in France where article 1018 A of the General Taxation Code fixes the cost of proceedings for misdemeanours at 127 Euros and that for simple offences at 31 Euros be passed or the CPC and the General Tax Code be amended to that regard. This submission is premised on the fact that these amounts can be sometimes exorbitant and the litigants may not even have knowledge of that requirement. In the case of *The People & Essembong Athanase v. Nfontam Bernard & 1 other*, and also in the case of *The People & Dame veuve Naoussi nee Dongmo Madeleine v. Anouboussi Joseph & 1 other*, the judge after ascertaining the non-payment of the deposit declared the suit inadmissible.

We further submit that it should be made mandatory for the Court to remind litigants of the possibility of obtaining legal aid from the Legal Aid Commission of the Court as it is made mandatory under section 300 of the CPC for the Court to inform the accused of his right to apply for three days to prepare his defense.<sup>54</sup>

Though section 391(3) of the CPC has mandated the courts to reimburse the sums of moneys deposited by the civil party, litigants are reticent to pay the deposit for fear of the possibility of

---

<sup>53</sup> Chimontoh Z. Akomandoh, (2020), op.cit. pp. 170-171.

<sup>54</sup> Per section 300 of the CPC, when an accused person appears at the first hearing for offences committed flagrante delicto, the President of the court must inform him of his right to apply for three days to prepare his defense. We think that it will be a good administration of justice if the law imposes a similar obligation on the president of the court on matters brought by way of private prosecution to inform the accused person that he has the right to seek legal aid from the legal aid commission if he needs it.

losing it when the suit fails because the recovery of these sums of monies, where paid against the Public Treasury is difficult due to administrative bottlenecks and corruption. Litigants resent the possibility of an accused that has been discharged and acquitted to proceed against them by virtue of section 162 and 398 of the CPC.<sup>55</sup>

*At the close of the matter, where the court finds the accused guilty, he shall be sentenced according to the provisions of the law and shall be ordered to pay damages to the victim. The cash deposit paid in by the private prosecutor to defray the costs of the proceedings shall be refunded to him, for the cost shall now be imputed on the convict. Where the accused is acquitted, the victim who set the criminal action in motion bears the costs of the proceedings. In addition, an accused who has been acquitted may bring a civil action for damages against the claimant for malicious prosecution.<sup>56</sup>*

There is need to maintain the integrity of our criminal justice system. Encouraging litigants to sue for malicious prosecution is opening a floodgate for ‘vindictive litigations’ that don’t necessarily serve the course of justice.<sup>57</sup> At times, even where the private prosecutor has paid the deposit, its recovery through the civil award is problematic. While in a public prosecution the convict who is ordered to pay the cost is immediately taken into custody until he pays the cost, in private prosecution, the civil party must engage a whole new procedure under section 558(2)(c) of the CPC<sup>58</sup> to cause a stubborn defendant to make good on the civil award. It would be cost effective and expedient to the private prosecutor, for the court to order the Legal Department to take the convict/defendant immediately into custody until he honours his obligations towards the civil party as it obtains in matters of costs and fines under section 558(2)(b) of the CPC. In that manner,

---

<sup>55</sup> Section 162 of the CPC states that where a complaint involving a civil claim results in a no-case ruling, the defendant may bring a civil action for damages against the complainant for malicious prosecution. Also, section 398 of the CPC provides that an accused who has been acquitted may proceed against the civil party who instituted the criminal action.

<sup>56</sup> Fonkwe J. Fongang et al., (2019), op.cit., p. 291.

<sup>57</sup> Byrd, G. Robert, (1969), Malicious Prosecution in North Carolina, North Carolina Law Review, Vol. 47, Issue 2, p. 285. Retrieved from <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol47/iss2/1> on the 12/02/2023.

<sup>58</sup> Section 558(2)(c) of the CPC states that where the award is for the civil party and the judgment has become final, an imprisonment warrant shall issue at the instance of the civil party who has not been satisfied while paragraph 2(b) of the same section states that where the pecuniary award is made to the state, an imprisonment warrant shall immediately be prepared and signed at the time of delivery of the judgment and forwarded for execution to the Legal Department.

coercive force of criminal law will be maintained and the integrity of our criminal justice system will remain intact.

The numerous controversies and the difficulty the payment of deposits to institute a private criminal action present to litigants are only distancing them away from our criminal courts. There is no gainsaying that the lack of a prosecution can present injustice just as much as a prosecution wrongly brought. In modern criminal justice systems, whether an offence is prosecuted or not should not depend on whether the victim has financial resources to conduct a prosecution but on other issues independent of any financial considerations.<sup>59</sup> It is in consideration of these wider principles that the Legal Department is made principal party in all criminal proceedings. As principal party, one would have expected that they partake in the cost of the proceedings and absolve the private prosecutor of the obligation to pay cost at least to an extent but this is not the case. This is a proceeding wherein the Legal Department enjoyed his rights and privileges as principal party with the private prosecutor playing a subjugate role. Why would the legislator not then impute the cost of the proceedings on the Legal Department or at least cause them to share in it in case of acquittal of the accused person? Or, why would the accused person sue but the private prosecutor in case of his acquittal and not the Legal Department or both of them jointly or severally? Does the simple reason that the prosecution was initiated by the private prosecutor absolve the state of its responsibility to curb crime in society? Is the initiative of the private prosecutor not supposed to be that of the state? The state is assuming the status of principal party in all criminal matters because it knows exactly what benefits it gets from the proceedings. It is therefore absurd for the legislator not to have caused the state to take some financial responsibility in cases where prosecution was initiated by private individuals. May be state is withholding financial support from private prosecutions for purposes of control and as it is known, states are always jealous of their powers and this might be a means to discouraging persons from meddling in its powers but the question is why would the state delegate its prosecutorial powers if it wasn't ready to allow persons to use it? Whatever justifies the desire of the state to share its prosecutorial function has shown to impact on our criminal procedure in an admirable manner though some of its aspects are still wrapped in controversy.

---

<sup>59</sup> UNDP, (2013), Strengthening Judicial Integrity through Enhanced Access to Justice: Analysis of the national studies on the capacities of the judicial institutions to address the needs/demands of persons with disabilities, minorities and women, p. 5. Retrieved from <http://europeandcis.undp.org> on the 09/06/2022.

### 3. THE ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF DELEGATION OF PROSECUTORIAL FUNCTION OF THE STATE

The functions of the State Council are perceived through the exercise of sovereign powers conferred upon him by law. Sovereign powers are unique rights possessed by the state that enables it to carry out its official functions for the public benefit.<sup>60</sup> These rights are exercised as a matter of supreme dominion through the agency of the State Council with tremendous impacts on individuals and institutions. He ensures the enforcement of laws, regulations and judgments and may, in the interest of the law, make submissions it considers necessary before the Court.<sup>61</sup> In criminal matters and without prejudice to the rights of the civil party, he searches for offences, institute and carry out prosecutions, and issues all warrants or detention orders as provided by the law.<sup>62</sup> He directs and controls the operations of the officers and agents of the judicial police and can at any time and place, act as a judicial police officer.<sup>63</sup>

Page | 734

The impact of the actions of the State Council can have devastating consequences on an individual or institution. An individual may be sentenced to prison or to pay a fine through a prosecution initiated by the State Council and this can impact greatly on the liberty or finances of that individual. This individual might lose employment due to this tainted criminal record resulting from the criminal actions taken by the State Council. In a similar manner, a corporation may be dissolved, temporarily or permanently closed, or caused to pay a fine through the actions of the State Council. These are few examples of the kind of power wielded by the State Council and the possible impacts it might have on the society. The possible impacts from the exercise of prosecutorial powers of the state are so great that it has been questioned whether it is prudent to delegate it to private actors? This question can be answered by looking at the advantages and disadvantages of delegating prosecution function of the state to private actors.

#### 3.1 Advantages

Proponents for the delegation of prosecutorial function argue that the State has much to benefit from the delegation. They contend that public good is achieved through the wide spread

---

<sup>60</sup> Bryan A. Garner, (2009), 9<sup>th</sup> Ed., op.cit., p. 1523.

<sup>61</sup> Section 29(1) of Law N0. 2006/015 of 29 December 2006 on the Judicial Organisation.

<sup>62</sup> Ibid, Paragraph 2.

<sup>63</sup> Section 137 of the CPC.

deterrent effects from criminal prosecutions and provides some avenue for government to save up some valuable time and resources that can be diverted to other areas of development.

### 3.1.1 Deterrence

All criminal actions must have the effect of discouraging an act or an event by instilling fear of the consequences of the criminal action. A well-managed successful private prosecution sends out a strong deterrent message in the society. This is because criminal litigation carries the threat of a custodial sentence and a criminal record, acting as a further deterrent to wrongdoers. The fundamental reason for having a criminal law backed by sanctions is deterrent or preventive: so long as its provisions are enforced with some regularity, it constitutes a standing disincentive to crime and reinforces those social conventions and other inhibitions which are already in place.<sup>64</sup> Criminal law provisions are generally enforced by criminal prosecutions with the purpose of discouraging certain behaviours, particularly by fear, in the society. The general goal of deterrence is to reduce the need for immediate actions to create deterrent and dissuasion effects that become so ingrained that hesitation to commit an offence becomes habitual.<sup>65</sup> The delegation of prosecutorial function will invariably orchestrate an increase in the number of criminal prosecutions and consequently the fear of the criminal sanctions will be widespread. A society where there is fear of the law is susceptible to causing the reign of peace and tranquility in the society. States are therefore better interested in delegating their prosecutorial function to private actors to achieve the more scarce peace in the world today through the deterrent effect of its criminal law.

### 3.1.2 Savings in Time and Resources

Victims supported by public prosecutions will endure a case progression timeline dictated by an overstretched and under-funded police force and Legal Department; especially if the case is regarded by these organisations as low priority.<sup>66</sup> Private prosecutions can provide a far faster route to conclusion, with shorter proceedings with often less overall costs in comparison to protracted, publicly-run criminal cases.<sup>67</sup> This is one of the most significant advantages of private

---

<sup>64</sup> Andrew Ashworth et al., (2013), 7<sup>th</sup> Ed., op. cit., p. 13

<sup>65</sup> Information culled from [www.rand.org](http://www.rand.org) as seen on 07/08/2022

<sup>66</sup> Information culled from [www.rahmanravelli.co.uk](http://www.rahmanravelli.co.uk) as seen on 16/04/22.

<sup>67</sup> *Ibid.*

prosecutions; timeliness and immediacy of legal proceedings.<sup>68</sup> Government supported services may have long waiting lists and you could end up waiting months for proceedings to be dealt with. This is especially true if your case is not classed as high priority, which is a common occurrence in criminal and civil proceedings.<sup>69</sup> Saving time in many cases often means saving money. The procedure is fast and expedient thereby limiting wastage of time that characterises public prosecution and ultimately providing the private prosecutor with gains in time. When the State delegates its prosecutorial function to private actors, it might be aiming to ease up some resources that might have been wasted in the long and time consuming public prosecutions. These extra gains from the privatization of the prosecutorial function can work the public good of providing extra resources that might have been chopped up in a public prosecution. States are therefore better interested in delegating their prosecutorial function to private actors to gain more resources that can be employed in other development projects in society.

### 3.1.3 Increase Publicity

Private prosecutions can also act as an effective deterrent as a consequence of the powers and sanctions at the disposal of the criminal courts, including custodial sentences, confiscation proceedings and a criminal record following a conviction. Successful prosecutions can also result in a high level publicity and severe reputational damage following a conviction, in addition to acting as a deterrent in many cases.<sup>70</sup>

### 3.1.4 The Protection and Promotion of Human Rights

States are the primary duty-bearers of human rights obligations according to the standards of international law. It is for this reason that international human rights treaties and customary law imposes three obligations on the states: the duty to respect; the duty to protect; and the duty to fulfill.<sup>71</sup> While the balance between these obligations may vary according to the rights involved, they apply to all civil, political, economic, social and cultural rights and the states must provide a remedy at the domestic level for human rights violations.<sup>72</sup> It is on this basis that states, generally speaking, however, create 'the legal, institutional and procedural conditions that rights holders

---

<sup>68</sup> Information culled from [www.wilfordsmith.com](http://www.wilfordsmith.com) as seen on 16/04/22.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Inter-Parliamentary Union, Human Rights, Handbook for Parliamentarians,(2016), N0. 26, p. 31

<sup>72</sup> *Ibid.*

need in order to realise and enjoy their rights in full'.<sup>73</sup> In the furtherance of these widely accepted principles of international human rights, states are readily divulging some segments of its sovereignty for the common good of the population. Prosecutorial discretion, being sovereign power, can be delegated to private actors by state to enhance access to justice and the respect for human rights of persons in general.

### 3.1.5 Economic Development Benefits

Justice is the bedrock of all civilized societies and citizens must have a sense of protection from the justice system wherein their rights can be ascertained without prejudice. A healthy justice system must ensure that contracts are enforced, property rights are protected, and investments secure. A judicial system with a doubtful integrity, independence, and impartiality cannot be a catalyst for economic development. Economic development, the duty of the state, hinges on the rule of law through which the integrity, independence, and impartiality of the judiciary must be perceived and equal access guaranteed to all citizens. States therefore strive to ensure the rule of law in its society by making sure that laws are enforced and criminal law enforcement is part of the broader judicial power that seeks to curtail behaviours that undermine the rule of law. This intricate relationship between the rule of law and economic development makes it incumbent on the state to guarantee the rule of law by inviting more participants in the exercise of its prosecutorial discretion.<sup>74</sup> The extension of prosecutorial discretion to private actors that means more criminal offences will be prosecuted, the rule of law ensured, the integrity of the judiciary guaranteed, and investments secured with a likelihood of encouraging economic development.

### 3.1.6 Circumventing the 5% Deposit on the Civil Claim

One of the major advantages of private prosecution of a private prosecution is that where the victim suffers economic loss as a result of the act of the accused, and there is a criminal connotation of the act of the later, although the rights can be vindicated through a civil claim, bringing by way of private prosecution permits the victim to circumvent the 5% of the claim deposit requirement in civil actions. It is therefore a means provided by the law in certain circumstances for men of straw to obtain damages. This is usually a panacea in environmental litigations by communities against corporate bodies who are pollutants. The claim made is usually hundreds of millions or

---

<sup>73</sup> *Ibid*, at p. 33.

<sup>74</sup> A. Deseau et al., (2019), op.cit. p. 4.

billions, but thanks to private prosecution, the victims who may not be able to deposit 5% of their claim, may obtain justice.

### **3.2 Disadvantages**

States, since time immemorial, have been delegating its prosecutorial functions to private actors but at what cost? The delegation of prosecutorial functions to private actors has been heralded for providing public good and multiplying the deterrent effects of criminal prosecutions, yet it can generate the opposite effect on the criminal justice system as it is encumbered with inconveniences that impact negatively on the image of the whole procedure. These inconveniences may stem from concerns raised pertaining to the entire procedure with regard to due process considerations such as fairness in the process, moral rectitude of the private actors, productivity in terms of results, and the degree of transparency and accountability of the stakeholders.

#### **3.2.1 Fairness Concerns**

Any crime represents a threat to stability and it is society's interest, through its government, to maintain order through punishment of any misdeeds.<sup>75</sup> However, it is also in the interest of the community to abide by the requirements of fairness in its search for truth and justice, bearing in mind that human rights are owed by the state to all individuals within their territory.<sup>76</sup> A series of questions have been raised as to whether the process is balanced between the private prosecutor and the defendant. In private prosecutions, the gathering of evidence by the victim/investigator is entirely the handiwork of a private entity, and most often, the defendant is not even aware of the investigations being conducted against him. The defendant has no knowledge of the evidence against him thereby putting the defendant in an already disadvantaged position to validly defend himself. The prosecution is led by the private prosecutor or lawyer hired by him who is interested in the proceedings as the victim of the offence. Under such circumstances, it is difficult to comprehend fairness when an organisation investigating a case, and prosecuting it, while it is the same organisation that is the alleged victim of the offence. The prosecutor is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a

---

<sup>75</sup> Roza Pati, (2009), *Due Process and International Terrorism*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden-Boston, p. 5.

<sup>76</sup> *Ibid.*

criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done.<sup>77</sup> This responsibility carries with it the specific obligations to see that the defendant is accorded procedural justice and that guilt is decided upon the basis of sufficient evidence.<sup>78</sup> A public prosecutor must remain focused on the impartial administration of justice – a goal that is inconsistent with single-minded focus required of the attorney representing a private party.<sup>79</sup> The fact of having the victim of the criminal offence as the prosecutor already raises conflict of interests' issues that invariably affect due process standards in a criminal proceeding.

### 3.2.2 Ethical Concerns

Private individuals can rely on the services of counsel to initiate and prosecute criminal matters in court. In the exercise of his duty as private prosecutor, the counsel still retains his right of defence counsel to his client. This representation in private prosecutions imposes a dual function on the counsel, prosecutor and defense counsel simultaneously.<sup>80</sup> The question arises therefore whether the private prosecutor can serve both the client's interest in pursuing the accused person and the public's interest in the case? Some scholars hold that the fact a lawyer can serve the dual function of prosecutor and private practitioner can be a source of conflicts of interests and potential corruption. They contend that It does not take much imagination to envision the potential for corruption and conflicts of interest when a lawyer who controls the tremendous power of criminal investigation and prosecution also represents private clients.<sup>81</sup> In their illustration of the potential for conflict of interest where counsel serves in this double capacity, they use the example of the danger of a part-time prosecutor using information obtained in the course of an official criminal investigation to benefit a private client. A part-time prosecutor might be tempted to decline a justified prosecution of the prosecutor's private client, to initiate an unjustified prosecution against a private client's adversary, or to use the threat of a criminal investigation or prosecution to coerce an opponent into submission or concession.<sup>82</sup> These arguments don't constitute any accepted

---

<sup>77</sup> This was the observation of the court in case of *Berger v. United States*, 295 U.S. 78 (1935) as seen at [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu) on 28/10/2022.

<sup>78</sup> Mathew S. Nichols, (2001), No One can Serve Two Masters: Arguments Against Private Prosecutors, *Capital Defense Journal*, Vol. 13, Issue 2, Article 3, p. 291.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Anne B. Poulin, (2010), Conflicts of Interests in Criminal Cases: Should the Prosecution have a Duty to Disclose? *American Criminal Law Review*, vol. 47, issue 3, pp. 1135-1183, available at [www.ojp.gov](http://www.ojp.gov) as seen on 09/08/2022.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Roger A. Fairfax Jr., (2009), Delegation of the Criminal Prosecution Function to Private Actors, *University of California at Davis Law Review*, Vol. 43, Issue 2, p. 438, retrieved from [www.nzlii.org](http://www.nzlii.org) on the 9/9/2022.

scientific arguments because they are based on imaginations and speculations. Being corrupt is a matter of choice and allowing interests to conflict in the performance of one's duty is subject to each and every individual's ability to uphold morals. There is no empirical evidence to show that a person will be automatically corrupt because he held two functions at the same time; thus, these arguments, until scientifically proven, remain subjective.

### 3.2.3 Underperformance Concerns

The office of the prosecutor is as daunting as the office of a lawyer and as Stephanos Bibas suggests, *The prosecutor may have a huge number of personnel and institutions to supervise and control coupled with the numerous case files and reports to write almost on a daily basis. Adding these tasks to that of maintenance of clients, servicing, running the office, mentoring junior colleagues, and taking care of support staff, can be challenging with a huge potential for underperformance. The upshot will be the scarce time will be divided between tasks with a consequent divided attention with the potential of low performance and poor results. Moreover, experience has shown that counsels devote more time to lucrative suits than low priority suits.*<sup>83</sup>

This might result to a prosecutor-lawyer, to leave low priority criminal cases unprosecuted with the probability that there might be an increase in petit crimes. States therefore should refrain from leaving its prosecutorial function in the hands of private actors especially as this might lead to confusion and underperformance in the administration of criminal justice.

### 3.2.4 Accountability and Transparency Concerns

The delegation of prosecutorial powers to private actors raises accountability issues. Prosecutors exercise a lot of powers and in the exercise of this powers, their decisions may have long-lasting consequences not only for putative criminal defendants and victims of criminal conduct, but also for law enforcement strategy, correctional resources allocation, and social policy more generally.<sup>84</sup> When private actors are contracted to perform the prosecution function, they

---

<sup>83</sup> Stephanos Bibas, (2004), Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial, Harvard Law Review, Vol. 117, NO. 17, pp. 2463-2471, retrieved from [www.semanticscholar.org](http://www.semanticscholar.org) on the 09/08/2022.

<sup>84</sup> Roger. A. Fairfax Jr., (2010), Outsourcing Criminal Prosecution? The Limits of Criminal Justice Privatization, University of Chicago Legal Forum, Volume 2010, article 10, p. 265, retrieved from [www.researchgate.net/publication](http://www.researchgate.net/publication) on the 09/09/2022.

exercise this power without the democratic check that theoretically applies to public prosecutors.<sup>85</sup> Furthermore, because much of the prosecutorial decision making is done outside of public view, the lack of accountability associated with prosecution outsourcing is all the more worrisome.<sup>86</sup> Although the decision making processes of public prosecutors are notoriously opaque, the decision making of private attorneys may be even less transparent, given that they may be exempt from free information laws and work in spaces far removed from other public actors.<sup>87</sup> Accountability and transparency in private criminal prosecutions can be more concerning in our setting considering the fact that there exist no mechanisms to properly check the work of lawyers generally.

### 3.2.5 Equal Protection Concerns

There is a high propensity for the abandonment of private suits initiated by viable private individuals as compared to private suits initiated by poor individuals. Criminal prosecutions premised on economic power of persons don't serve the course of justice as they breed inequality in the administration of justice. A rich individual who suffers injury as a result of an offence committed against him can easily make financial sacrifices in view of carrying out criminal proceedings against the criminal wrongdoer as compared to a poor individual who is in a weak financial position but who has suffered a similar injury. This inequality in private criminal prosecutions can be viewed from two different perspectives; firstly, a rich individual can readily have the means to hire the services of counsel while the financially disadvantaged individual may not have the means. And, even if he has the financial means, it might be pernicious for him to afford the services of counsel at that material time when he needs to assert his rights in a criminal court.<sup>88</sup> Secondly, an accused person privately prosecuted may be worse off than had he been prosecuted by a public prosecutor who, because the public prosecutor arguably bears a larger responsibility for pursuing justice than the victim-oriented private prosecutor; thus, he will be more balanced and objective in his prosecutorial approach.<sup>89</sup> This suggests that all criminal prosecutions are better off being undertaken by public officials who have no particular interest in the cases they prosecute. Their charges are defrayed by the Public Treasury and their personality is not engaged in the

---

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Roger A. Fairfax Jr., (2009), *Op. Cit.*, at p. 444.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Michael E. O'neill, (2010), p. 718.

<sup>89</sup> *Ibid.*

proceedings unless they act in a manner tending to show their personal interest in the suit against the general public interest of protecting social interests and public peace. However, denying a rich man the right to prosecute his matter in the manner he desires because a poor person does not possess similar means is in itself a bias. Moreover, it has not been showed anywhere that rich persons are a hindrance to poor person's pursuit for criminal justice. Judging the viability of private prosecutions on economic power of litigants in itself is lame and must be discountenanced for it only sabotages rich persons and the justice system as if criminal prosecutions depended solely on the financial strength of litigants.

### 3.2.6 Malicious Prosecution Concerns

Malicious prosecution consists of instituting criminal or civil proceedings for an improper purpose and without probable cause.<sup>90</sup> The institution and prosecution of a criminal action may result in harassment, annoyance, inconveniences, loss of time, legal expenses, confinement, injury to reputation, interference with property, and perhaps, the invasion of other interest such as tempering with correspondences.<sup>91</sup> Individuals who are subject to any criminal proceeding may suffer any of the above prejudice justly or unjustly and may want reparation for the prejudice suffered when there is a strong belief that the prosecution was unjust.<sup>92</sup> This is premised on sections 162 and 398 of the CPC that have empowered accused persons to proceed against the civil party who instituted the criminal action for malicious prosecutions. This new criminal action is to repair the damage done to the accused person in the first suit and this has led many scholars to question whether private prosecutions are for the 'public good' or for 'private vengeance'? In the case of *Sheldon Appel Co. v. Albert & Oliker*, the California Supreme Court observed that,

*while the filing of trivial lawsuits is certainly improper and cannot in any way be condoned, in our view the better means of addressing the problem of unjustified litigation is through the adoption of measures facilitating the speedy resolution of the initial lawsuit and authorizing the imposition of sanctions for trivial or delaying conduct within that first action itself, rather than through an*

<sup>90</sup> Bryan A. Garner, (2009), 9<sup>th</sup> Ed., op.cit, P. 1044.

<sup>91</sup> Njulefac Protinus, (2021), An Appraisal of Compensation for Illegal Detention and Malicious Prosecution under Cameroon Criminal Procedure Code, International Journal of Law Management and Humanities, vol. 4, Issue. 6, p. 1002

<sup>92</sup> Ibid, at p. 1001.

*expansion of the opportunities for initiating one or more additional rounds of malicious prosecution litigation after the first action has been concluded.*<sup>93</sup>

Those who contend that it is for private vengeance are skeptical that entrusting prosecutorial discretion into private hands will only open a floodgate of private prosecutions that don't serve public good.<sup>94</sup> They fear that private prosecutions can be a medium for venting anger at their former prosecutors without necessarily pursuing the goals of criminal prosecutions, thus, prosecutorial discretion should not be put to private hands.

Generally, the delegation of prosecutorial function to private actors though justified by some advantages, its implementation is fraught with challenges. These challenges that stem basically from the poor theoretical design of the concept of private prosecution in the CPC, have orchestrated a series of practical problems that if not properly managed, can hamper on practicability of private prosecution necessary in the administration of criminal justice.

#### **4. THE CHALLENGES TO PRIVATE CRIMINAL ACTIONS IN CAMEROON**

Apart from the right expressly given to private individuals to institute criminal actions before the Courts under section 60, and 157, and loosely using the adjective, 'private prosecution' in section 42 of the CPC, nowhere again in the CPC has the concept featured. Even these sections of the CPC making allusion to private prosecution don't provide any details with regard to the procedure to be followed by private prosecutors. The sketchy nature of the concept has made its practice problematic and embroidered into many practical difficulties that make Courts to arbitrarily apply the procedure. The challenges facing private prosecutors in Cameroon are principally orchestrated by the poor characterization of the concept in the CPC itself, and exacerbated by practical difficulties facing the various stakeholders at the various stages of the procedure.

##### **4.1 Theoretical Challenges**

The CPC contains important shortcomings in its provisions regulating private prosecutions. While some of these shortcomings are as a result of the poor definition of the concept thereby

---

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Byrd, G. Robert, (1969), note 57.

leaving it to individual appreciation of the various stakeholders, others are as result of proscription of certain aspects necessary for a criminal prosecution. These theoretical challenges include the lack of characterization of private prosecutions, the designation of the Legal Department as the Principal party in all criminal matters, the proscription of preliminary investigations by private prosecutors, the poor indication of the amount and manner of payment of cost, and some exorbitant powers accorded the state over private prosecutions.

Investigations are of paramount importance to any criminal prosecution because it gives a preliminary indication as to whether there is a reasonable or probable cause for a criminal prosecution. The done definition

#### **4.1.1 The Poor Definition of the Character of Private Prosecution**

The CPC has not defined the concept and what orientation it should take but practitioners, without any legal basis have given it the character of a public prosecution. There is no legal provision in the CPC or in any law stating expressly that private prosecutions should be managed in like manner as public prosecutions. They rely on the fact that the Legal Department being designated principal party in all criminal matters consequently gives private prosecutions a public connotation in its management while forgetting that there is a difference in simply designating an entity as principal party in a process and defining that process in its self. The failure to define or make a characterization of private prosecution has led to the erroneous construction of the powers of the Legal Department as contained in section 128, 129,130 and 141 of the CPC, and this has simply put private prosecution at the mercy of the Legal Department.

#### **4.1.2 The Designation of the Legal Department as Principal Party to all Criminal Trials**

The designation of the Legal Department as the principal party in all criminal matters with its accompanying powers has subjected the initiative of the private prosecutor to its mercy. As principal party, the Legal Department has the power to open and close the prosecution's case even that initiated by the private prosecutor without the consent of the private prosecutor/civil party. All these inherent powers given to the State Counsel without the same powers ascribed to the private prosecutor have left many wondering if there is truly private prosecution in our criminal

procedure.<sup>95</sup> The CPC has clearly put private prosecution within the whims and caprices of the Legal Department with the potential that private prosecution can suffer undue delay in proceedings, discrimination, abuse, financial loss, and consequently injustice.

The private prosecutor's ulterior motive is to win a conviction and a civil claim by holding criminals accountable for their crimes while simultaneously protecting their constitutional rights with the design to produce justice.<sup>96</sup> If the Legal Department is given powers to make submissions on the civil claim with the possibility of them asking the Court not to find liability against the defendant, will the private prosecutor not suspect perversion of justice and develop mistrust for the justice system? It is our contention that the powers of the Legal Department should be limited to ensuring that social interest and public order are protected while leaving civil claims completely to the civil party/private prosecutor. In this way, the private prosecutor would be satisfied that he participated in the process according to his will thereby making private prosecution trustworthy.

#### **4.1.3 The Proscription of Preliminary Criminal Investigations**

The CPC has not provided for the conduct of preliminary investigations in matters brought by private prosecution. The Legal Department just proceeds to prosecute the matter just as it was brought before the Court by the private prosecutor with no diligence as to whether his evidence is withy enough to sustain a conviction. The representative of the Legal Department has little or no knowledge of the evidence to be brought by the private prosecutor because the matter was never investigated. The circumscription of the manner by which private investigations can be conducted in private criminal proceedings is important in that it will permit the gathering of credible evidence for a proper prosecution before the Courts. It is only when private individuals can conduct their own investigations, institute and prosecute criminal offences before the Court directly can we talk of private prosecution in Cameroon. The idea of persons instituting criminal proceedings before the Court and leaving the Legal Department to grapple to win a conviction without a fair and balanced preliminary investigations only breeds cronyism, corruption, tribalism, influence peddling, and favoritism. What will be the purpose of a criminal action if the private prosecutor

---

<sup>95</sup> Ewang A. Sone, (1997), "Can the state prosecutor discontinue a private prosecution by entering a nolle prosequi?", F. NEKO v. Sam Mofor (1971), Appeal N0. WCCA/11/71, (unreported), Judgment per O'Brien Quinn, J.", *Juridis periodique*, N0. 31, July-August-September 97, p. 39-44.

<sup>96</sup> A.B Danbazau, (2007), *Criminology and Criminal Justice*, Spectrum Books Limited, 2<sup>nd</sup> Ed., Ibadan-Nigeria, p. 177.

can't even identify the accused person? In the case of *The People of Cameroon & Tchinda Joseph v. Kemngne Christian & 3 others*,<sup>97</sup> the Court discharged some of the accused persons for lack of proper identification. If investigations were carried out the Court probably would not have arrived at that decision because the investigations would have revealed the identities of these accused persons as investigations also have as purpose the identification of offenders.

The failure of the CPC to provide private individuals with the possibility to conduct private investigations and admit their reports as mere information just as it admits reports of JPOs under its section 91 would have given private prosecutions some leverage in criminal proceedings. In developed countries, private detective work is central in fighting crime where the public prosecutions are facing resource limitations in undertaking some prosecutions. Persons can turn to these private detectives and hire them to investigate, institute and prosecute criminal offences. What the State needs to do is to provide some sanity in the sector by imposing some obligations and liabilities such as registration with some government agency and facing some criminal charges or financial loss in case of any malpractice. Private investigators like most law enforcement agents should be registered with an agency and issued licenses with a detail description of the type of working equipment they are authorized to use in performing their duties to make them credible. According to the United States Department of Labour,

*Many jurisdictions require private investigators to be licensed. Depending on local laws, they may or may not carry a firearm. Equipment can vary greatly, but generally involves a wide variety of surveillance equipment and recording devices. While private investigators may investigate criminal matters, they typically do not hold law enforcement authority by virtue of the position, regardless of licensure. Private investigators' authority is usually identical to other citizens' (off-duty or retired law enforcement officers serving as a private investigator may retain their police powers at all times, depending on the jurisdiction). They are expected to keep detail notes and to be prepared to testify in court regarding any of their observations on behalf of their clients. Great care is required to remain within the scope of the law; otherwise, the*

---

<sup>97</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0.283/COR of 9<sup>th</sup> April 2021; *The People of Cameroon & Tchinda Joseph v. Kemngne Christian & 3 others*, (unreported).

*investigator may face criminal charges. Irregular hours may also be required when performing surveillance work.*<sup>98</sup>

We submit that there should be mandatory licensing of all private investigators and they must be caused to take an oath of office to better control and limit anarchy in the sector. Where the private detectives are sworn officers of the law, they will be held to the same standards of professionalism as the Judicial Police Officers and their work in assisting private prosecutors must ensure that any evidence obtained is admissible, that the investigations are fair and balanced, and that the proceedings are not an abuse of Court's process.<sup>99</sup> This can be buttressed by the State enacting a 'Code of Conduct' for all private prosecutors. The code should be tailored to give guidance to private prosecutors, and to those who advise, assist or act on their behalf, on the general principles to be applied when making decisions about private prosecutions.

#### **4.1.4 The Powers of the State to Control Private Prosecutions**

The CPC has further provided for the possibility for the public prosecution to discontinue any criminal proceeding that has the potential to seriously imperil social interest or public order. The Procureur General of a Court of Appeal may, by express authority of the Minister in charge of Justice, enter a *nolle prosequi*, at any stage before judgment on the merits is delivered, if such proceedings could seriously imperil social interest or public order.<sup>100</sup> The fact that the Legal Department, in implementing the orders of the Procureur General, can submit to discharge an accused person, may go contrary to the intentions of the private prosecutor whose sole aim is to win a conviction and ultimately a civil claim. This might trigger a feeling of mistrust of the criminal process in a litigant thereby leaving him bitter against the whole justice system.

#### **4.1.5 Absence of Fixed Costs of Proceedings**

The CPC again failed to provide for the amount of cost to be paid to defray the cost of criminal proceedings and these amounts are left at the discretion of the judge. The demand for payment of deposits from private prosecutors is not helping the cause of criminal justice as it turns away litigants from the criminal justice system. The amount to be paid as deposit is not determined

<sup>98</sup> Information culled from [www.bls.gov](http://www.bls.gov) as on 24/07/2022.

<sup>99</sup> Section 3.1.1 of the British Code for Private Prosecutors.

<sup>100</sup> *Ibid*, section 64.

in advance by any law, thus, it remains at the discretion of the judge. It is our humble submission that a law fixing in advance the cost of the proceedings, as it is the case in France where article 1018 A of the General Taxation Code fixes the cost of proceedings for misdemeanours at 127 Euros and that for simple offences at 31 Euros be passed or the CPC and the General Tax Code be amended to this effect. This is premised on the fact that these amounts can be sometimes exorbitant and the litigants may not even have knowledge of that requirement. In the case of *The People of Cameroon & Essembong Athanase v. Nfontam Bernard & 1 other*, and also in the case of *The People of Cameroon & Dame veuve Naoussi nee Dongmo Madeleine v. Anouboussi Joseph & 1 other*, the judge after ascertaining the non-payment of the deposit declared the suit inadmissible for non-payment of deposit to the registry of the court. We further submit that it should be made mandatory for the Court to remind litigants of the possibility of obtaining legal aid from the Legal Aid Commission of the Court as it is made mandatory under section 300 of the CPC for the Court to inform the accused of his right to apply for three days to prepare his defense. Litigants are reticent to pay the deposit for fear of the possibility of losing it when the suit fails and also the possibility of an accused that has been discharged and acquitted to proceed against them by virtue of section 162 and 398 of the CPC.<sup>101</sup>

## 4.2 Practical Challenges

The courts, judges, bailiffs, and litigants face various problems during the course of private criminal proceedings. Generally, these problems stem from the lack of definitions for certain practical modalities necessary for the proper adjudication on criminal matters by way of private prosecution and they include amongst others, vices in the bailiff act seising the court, difficulties in effecting service by private prosecutors, and the weight given to the evidence adduced by private prosecutors.

### 4.2.1 The Bailiff Act in Private Prosecutions

Instituting private proceedings by way of direct summons simply entails the complainant causing the bailiff to issue an act of accusations against an accused person ordering him to appear before a particular court on a particular day to answer to the charge contained in the act. This bailiff

---

<sup>101</sup> Cf, note 39.

act is usually a source of contention as most charges preferred and drafted by the bailiffs are usually defective and don't meet the standards of a charge as required under section 41 of the CPC.

#### 4.2.2 Difficulties in Effecting Service by the Private Prosecutor

Page | 749

Even where the charge is not defective, litigants usually face difficulties in effecting services either because the accused person is evading service or his abode is not known. Under such circumstances, proceedings are usually stalled as adjournments become commonplace. Furthermore, the uncertainty as to whether who amongst the Court, the bailiff or the private prosecutor should serve the Legal Department with the copy of the direct summons for them to open their administrative case file also contributes to the ineffectiveness of private prosecutions as a mechanism for seeking criminal justice. While some practitioners insist that it is the Court, others hold that it is at the diligence of the private prosecutor and the upshot is that there is a likelihood of delay in the proceedings which might be prejudicial to the civil party/private prosecutor.

#### 4.2.3 The Credibility of Evidence Adduced by Private Prosecutors

Evidence adduced by private prosecutors is usually self-serving evidence intended to win a conviction and consequently a civil claim. The fact that all victims of criminal offences must show that they have direct interest from the suit<sup>102</sup> which must be shown by some advantage to be gained or some profit made usually measured in monetary terms has led to the fabrication of evidence in Courts. In the case of *The People of Cameroon & Tsamo Madeleine v. Sopjeu David*,<sup>103</sup> the Court held that since the offence of destruction and theft could not be established by the prosecution, the civil party could not also claim damages because there was no evidence linking him directly to the offence. The desire to prove direct interest as required by law has subjected the evidence of private prosecutors to the strictest of examinations because their action has no other intention than to gain some financial advantage from the suit. Courts therefore usually treat evidence tendered by private prosecutors with circumspection which very often leads judges to be accused of bias.

---

<sup>102</sup> Section 75 of the CPC.

<sup>103</sup> Court of First Instance Dschang, Judgment N0. 642/COR of 09/10/2020; *The People of Cameroon & Tsamo Madeleine v. Sopjeu David*, (unreported).

### Conclusion

There is no gainsaying that penal law has more at stake for the community and the individual because it is that field of law on which men place their ultimate reliance for protection against all the deepest injuries that human conduct can inflict on an individual or institution. Bringing Penal Law to the people through procedures balanced to all the stakeholders is paramount to making it strong and effective in order not to put basic human interest in jeopardy. The rationality and justness required for our criminal procedures to operate at its utmost potential warrants that some of its aspects be improved upon, and one such aspect is private prosecution. Private prosecution as provided under the criminal procedure code is plagued with problems thereby making its use in our criminal law system very challenging. While some of these problems are inherent in the CPC itself, others are external and mostly revolve around the practicability of the right of private prosecution. Apart from the right expressly given to private individuals to institute and prosecute criminal actions under section 60, and 157 of the CPC, and loosely using the adjective, “private prosecution” in section 42 of the CPC, nowhere again in the CPC has the concept featured. Even these sections of the CPC making allusions to private prosecution don’t provide any details with regard to the procedure to be followed by private prosecutors. One would have expected, given its importance of making justice faster and bringing justice closer to the people, that even a sub-chapter would have been dedicated to private prosecution detailing its nature and use. Even a further reading of other laws ancillary to the criminal law and procedure have not mention or described its details in our criminal justice system.

However, convinced that private prosecution enhances access to justice and makes it expedient and less costly, some of its aspects need to be improved upon to make more reliable as a mechanism for seeking criminal justice in Cameroon. It is therefore a humble submission that the CPC be amended if it has to continue priding itself as a respecter of human rights and a base for economic development

## Recognising and Protecting Female Right in Cameroon: A Customary Experience in the Violation of Women Right and Status

*Reconnaître et protéger le droit de la femme au Cameroun : une expérience coutumière de violation du droit et du statut de la femme*

Page | 751

By:

**Lidwina Dope Nyadjroh Gabsa**

Senior Lecturer, University of Yaounde II, Soa

### **Abstract:**

*The recognition and protection of women rights is a fundamental international legal concern. However, how well national governments take legal measures to end violence against women and protect their rights still remain an area of curiosity for researchers. This article purports that despite the legal efforts at mitigating violence against women and the protection of their rights, the challenges are still very much significant. Although international instruments have demonstrated the need to combat and eliminate forms of violence against women right, in Cameroon the protection of women rights is still quite a challenging legal task. Experience from Cameroon reveals that different categories of women from the girl child, married women and even the widow continue to undergo mistreatment affecting their fundamental rights and dignity. Mismatch and overlap between state laws and customary law seem to undermine the protection of women rights and status. One can say from the findings explored, that women continue to be object of ridicule as the various laws put in place by the state of Cameroon somehow overlaps and parallels traditional customary law regarding the treatment of the woman. It therefore becomes a bedrock rule that the problem of violations on women right is not just initiating the laws, rather ensuring that these laws and relevant women right instruments should be respected by all.*

**Keywords:** *Recognising, Protecting, Women right, Violation, Women status, Cameroon.*

**Résumé :**

*La reconnaissance et la protection des droits des femmes est une préoccupation juridique internationale. Cependant, la mesure dans laquelle les gouvernements nationaux prennent des mesures juridiques pour mettre fin à la violence à l'égard des femmes et protéger leurs droits reste un domaine de curiosité pour les chercheurs. Selon cet article, malgré les efforts juridiques pour atténuer la violence à l'égard des femmes et la protection de leurs droits, les défis sont encore très importants. Bien que les instruments internationaux aient démontré la nécessité de combattre et d'éliminer les formes de violence à l'égard des droits des femmes, au Cameroun, la protection des droits des femmes reste une tâche juridique assez complexe. L'expérience camerounaise révèle que différentes catégories de femmes (jeune fille, les femmes mariées et même les veuves) continuent de subir des mauvais traitements qui portent atteinte à leurs droits fondamentaux et à leur dignité. L'inadéquation et le chevauchement entre les lois des États et le droit coutumier semblent saper la protection des droits et du statut des femmes. On peut conclure, d'après les résultats, que la protection du droit de la femme continue d'être l'objet d'une moquerie juridique car les différentes lois mises en place par l'État du Cameroun chevauchent et sont en parallèles en quelque sorte avec le droit coutumier en ce qui concerne le traitement de la femme. Il ressort donc que le problème des violations des droits des femmes ne consiste pas seulement à initier les lois, mais plutôt à garantir que ces lois et les instruments pertinents relatifs aux droits des femmes soient respectés par tous.*

**Mots-clés :** Reconnaissance, Protection, Droit de la femme, Violation, Statut de la femme, Cameroun.

## Introduction

According to a Declaration of the United Nations, violence against women is defined as any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.<sup>1</sup> In the same direction, the Declaration explicitly requests all States to ensure that all forms of existing laws, customs, regulations and practices that discriminate against women are abolished.<sup>2</sup> In the private sphere, violence against women is reflected in domestic violence. Domestic violence on women underpins physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation and other traditional practices harmful to women, non-spousal violence and violence related to exploitation.<sup>3</sup> Physical, sexual and psychological violence occurring within the general community, including rape, sexual abuse, sexual harassment and intimidation at work, in educational institutions and elsewhere, trafficking in women and forced prostitution are also part of the framework of violence against women defined by the United Nations.<sup>4</sup> Violence against women is not only seen to be perpetrated by individuals, the family or the community, the State is also responsible for violence against women at least in two ways: by encouraging societal practices that more or less discriminate against women and by failing to enact laws that protect the human rights of women. In the Declaration, the State is said to be responsible when it perpetrates or condones physical, sexual and psychological violence against women. This declaration also postulates that the womanhood as whole must and should enjoy certain rights which is applicable to everyone such as that as to the right to life; equality; liberty and security of person; equal protection under the law; free from all forms of discrimination; the right to the highest standard attainable of physical and mental health; just and favourable conditions of work; not to be subjected to torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.<sup>5</sup> With all these rights laid in place and duly acknowledged, it is logically the role of the every State to ensure that the rights are guaranteed and preserved and their violation investigated and punished according to

---

<sup>1</sup> See Article 3 of the Declaration on the Elimination of all forms of Discrimination against Women.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> See Article 2 of the Declaration on the Elimination of all forms of Discrimination against Women, women.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Article 3 of the Declaration on the Elimination of all forms of Discrimination against Women.

State laws and principles. Emphasis should be placed on due diligence as it ensures that State should not use any excuse when a perpetrator violates these fundamental norms that protect women status.

## I. EXAMINING AND ASSESSING THE STATUS OF WOMEN IN CAMEROON

Page | 754

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 East Cameroon and English law from the former West 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 aspects of the criminal law itself being unified between 1965 and 1967 in one single law. For example the definition of offences and felonies and the various penalties thereto are contained in the Cameroon Penal. The Penal Code also identifies form of violence although it does not explicitly specify the gender-based aspect of it. Some the offences considered as violence against women include in the Cameroon Penal are sexual assault, forced marriages, child abuses and other harmful practices.<sup>6</sup> In any case, women in Cameroon continue to experience different levels and forms of discrimination, notwithstanding the Constitutional and other legal provisions recognizing the human rights of women. No legal definition of discrimination exists although the country has ratified international legislations on human rights.

However, civil law<sup>7</sup> 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

---

<sup>6</sup> Center for Reproductive Rights, *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives - Francophone Africa*, 2000, p. 70.

<sup>7</sup> what is operational in French Cameroon

property under customary law where the woman is considered as a property, and a property cannot own a property.<sup>8</sup> 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 the statutory law courts or customary law courts.<sup>9</sup> The traditional jurisdiction cites custom except when custom is opposed to law and order and good morals.<sup>10</sup> The Supreme Court has sanctioned the primacy of modern law over traditional law.<sup>11</sup> But due to the importance attached to traditions and customs, laws protecting women are often not respected.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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."

---

<sup>8</sup> *Achu v. Achu*, Appeal No. BCA/62/86 (unreported)

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Section 27 of the Southern Cameroon High Court Law 1955 which criticizes all practices which are repugnant to Natural Justice, Equity and Good Conscience

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>12</sup> Cases such as *Ngeh v. Ngome* are a good example where it was considered as repugnant to send away a nursing mother late in the night. The same repugnancy was equally experienced in the case of *Immaculate Belfonge v. Samuel Lyonga Lukpe*, where it was held that a man cannot claim paternity right over a child on the basis that the former husband did not pay bride price on the woman. All these practices were seen as barbaric and repugnant to natural justice, equity and good conscience in pursuant of Section 27(1) of the SCHCL 1955.

<sup>13</sup> 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.

### A. An experience from the Cameroon Civil Code

The Civil Code is a set of statutes relating to public policy and safety and thought of as binding without discrimination as to sex and gender. 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 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.<sup>14</sup> Article 7 of the Ohada Uniform Act on General Commercial Law allows a husband to interrupt his wife's working activity through notification of his opposition to the Commercial court. Article 223 of the Civil Code and Law No 2011/011 of May 6, 2011 amending and completing certain provisions of Ordinance No. 81/02 of June 29, 1981 article 74 of Civil Status Registration, 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.<sup>15</sup> 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 Civil

---

<sup>14</sup> Article 1428 of the Civil Code.

<sup>15</sup> Center for Reproductive Rights, *Women of the World, Ibid.*, p. 80.

Code, to be recognised as grounds for divorce, these actions must constitute a serious or recurring violation of the marriage duty and obligations which make it intolerable to maintain the marriage bond. Article 229 of the Civil Code states that it is mandatory for the judge to grant a divorce when these acts are proven. However, for the case of domestic violence or injury, as potential reasons for divorce, the judge can use discretionary powers to grant a divorce or not to. We need to understand here that, in most of the instances leading to divorce examined above, domestic violence against women can also be used as evidence to request for a divorce, although the decision to effectively declare a divorce case rests with the judge and the law. 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.<sup>16</sup>

Although, women have, according to the Civil Code, the same rights to inheritance as men, the reality is very different as the extent to which a woman may inherit from her husband is normally governed by customary law in the absence of a will, which vary from group to group. In fact, it is assumed in chauvinist customary law that a married woman is considered as part of her husband's "estate," grouped with his personal property and real estate.<sup>17</sup> Moreover, the kind of polygamy existing in Cameroon is polygyny, and polyandry is not permitted.<sup>18</sup> In its General recommendation No 20, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women states that polygamy violates the rights of women.<sup>19</sup>

### **B. The Cameroon Penal Code, A basic necessity**

According to article 361 of the new Penal Code,

*“(1) A woman who, being married, has sexual intercourse with a man other than her husband shall be punished with imprisonment for from two to six months or with fine from CFAF 25 000 to*

<sup>16</sup> See Weitzman, Lenore J (1975) “To love, honor and obey? Traditional legal marriage and alternative family forms” *The Family Coordinator*, Vol. 24, No.4, (Oct.1975), pp.531-548.

<sup>17</sup> *Eko v. Serah Imbole Ngoma*, Suit No. 28/86-87 C.R. BK 1/86-87, p. 55(unreported). Where upon the breakdown of a customary marriage through death, the widow suddenly finds herself as an object of inheritance. We also have the case of *Alice Fodje v. Ndansi Kette*, Appeal No. BCA/45/86(unreported)

<sup>18</sup> The Civil Code does not discuss polygamy, nor does it polyandry. The legal status of polygamy must be interpreted or deduced from Order 81/02 of 6/29/81 and the Penal Code. This interpretation makes it evident that polyandry, which allows a woman to have several husbands, is prohibited, whereas polygamy, which allows a man to have several wives, is permitted. Also the Supreme Court ruled in this manner, (CS order ASSO an others) (cited in Center for Reproductive Rights, *Women of the World, Ibid.*, p. 79).

<sup>19</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No 20, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.3.

*CFAF 100 000. (2) A husband who has sexual intercourse with a woman other than his wife or wives shall be punished as provided by Subsection 1 above. However, the burden of proof of the existence of a polygamous union shall lie with the husband. (3) No prosecution may be commenced without the complaint of the wronged spouse. (4) Consent by wronged spouse to resume cohabitation shall put an end to the effects of conviction.*<sup>20</sup>

A man may be convicted of adultery if the sexual acts take place in his home, a female may be convicted without respect to venue. Also, under the law, men and women have the same right to enter into marriage and freely choose a spouse. However, the law is concerned by the difference between the minimum legal ages for marriage of boys (18 years) and that of girls (15 years), which is gender discriminatory and allows for the practice of early marriage, which is still widespread in Cameroon. A study carried out in Cameroon revealed that girls aged between 15 and 19 account for 24% of married women.<sup>21</sup> It should be noted that despite the law in certain communities, girls Violence against Women are even married off at the age 12 years old.<sup>22</sup> In many of these cases, the girls are forced into marriage. Often the parents of the bride are paid a “bride price” by the husband. The bride price governed by the Civil Code provide in its article 1540 and 1541, that: “The dowry is the property which the wife brings to the husband for bearing the costs of the marriage. Everything that the wife brings with her or that is given to her under the marriage contract unless otherwise stipulated.” However, in the current practice, the brideprice may be defined as the goods, which a future husband contributes to the family of his future wife. This has led men to regard their wife as property for which they have paid and the men and his family feel entitled to the physical labour of the wife.<sup>23</sup> It makes it also extremely difficult for a woman to divorce her husband.

## II. CONCEPTUAL UNDERSTANDING OF WIDOW INHERITANCE: A CHALLENGE TO WOMEN RIGHT AND STATUS

When the husband dies, the widow is often unable to inherit since she is considered to be part of the inheritance herself. A practice related to dowry payments is the forcing of a widow to

<sup>20</sup> See Law No. 2016/007 of 12 July 2016.

<sup>21</sup> Panafrica News Agency, *Levée des Boucliers au Nord contre les mariages précoces*, 20 April 2001.

<sup>22</sup> Afro Gender Profiles, available at [www.Afrol.com](http://www.Afrol.com), accessed on March 10, 2023.

<sup>23</sup> It should be noticed that a dowry is not a condition of the validity of the marriage.

marry one of the deceased's brothers. Moreover, early motherhood constitutes a serious health and emotional risk for young girls, many of whom are unable to take care of their babies or who die in the process of giving birth. Furthermore, an early marriage leads to girls dropping out of school and therefore to the vicious circle of poverty, lacks of power in controlling their own activities and at the end, violence. It must be noted that the age at which women get married in urban areas is higher than in rural areas. Nevertheless, regardless of residence, it seems that entry into marriage at an older age has been the trend. This phenomenon is attributed to the increase in the school attendance rate of girls.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup> 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%.<sup>26</sup> In 1992 net primary school enrolment of boys was 76%, and that of girls 71%.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> Since the elections of February 2002, of the 180 seats in Parliament, only 16 (8.6%) are occupied by women.<sup>29</sup> This lack of opportunity for women to take decisions at the political level has serious implications for the advancement of women and their enjoyment

**Section 27(1)** of the Southern Cameroon High Court Law, 1955, provides the recognition and enforcement of only customary law which is not repugnant to natural justice, equity and good conscience or incompatible either directly or by implication, with any existing law of the land. In the light of the authorities whenever there is a conflict between any written law and custom, the former shall prevail.<sup>30</sup> In order to arrive at this, certain conditions must be met. First, the custom

---

<sup>24</sup> Association Camerounaise des Femmes Juristes, *Women's Reproductive Rights in Cameroon*, p. 10

<sup>25</sup> UNICEF, At a glance: Cameroon The big picture, available at [www.unicef.org/infobycountry/cameroon.html](http://www.unicef.org/infobycountry/cameroon.html).

<sup>26</sup> UNICEF, At a glance: Cameroon – Statistics, available at [www.unicef.org/infobycountry/cameroon\\_statistics.html](http://www.unicef.org/infobycountry/cameroon_statistics.html) accessed on 10 January, 2023.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Inter-Parliamentary Union, available at [www.iup.org](http://www.iup.org).

<sup>30</sup> ANYANGWE (C)., *The Cameroonian Judicial System*, Yaounde : CEPER, 1987, p. 243.

must be reasonable and must have been practised from time immemorial.<sup>31</sup> Secondly, the customs must pass two tests, namely, the repugnancy and incompatibility tests. That is to say for the custom to be applicable it must not be :

- i) Repugnant to natural justice, equity and good conscience or;
- ii) Incompatible either directly or by natural implication with any written law for the time being in force. The controversy as to the application of customary law has been resolved by subjecting the validity of customary law to decisions of non-customary courts. In the Nigerian case of *Liadi Giwa v. Bisiriyu Erinmilukon*,<sup>32</sup> Taylor, F.J. pointed out that:

*“It is a well-established principle of law that native law and custom is a matter of evidence to be decided on the facts presented before the court in each particular case, unless it is of such notoriety and has been frequently followed by the courts that judicial notice would be taken of it without evidence required in proof “.*

Gender discrimination is one of the most notorious features of customary law. The woman finds herself in a male-dominated society. Men control the institutions that have been set up around her. In traditional Cameroonian societies, a man’s wealth is still said to be measured by the number of wives and children he has. Generally, women are considered as property and cannot own property. Traditionally, women are men’s property, to be handed over to male inheritors, along with other property at the time of a husband’s death. Customary law does not countenance the sharing of property, especially landed property, between husband and wife on divorce. The wife is still regarded as part of her husband’s property. Gender discrimination under customary law is partly founded on the notion of dowry. Indeed, under most customary laws, dowry is used as a measure to justify certain discriminatory practices against women, notably the refusal to grant them inheritance and succession rights. Under customary law, dowry has great significance. In the South West Court of Appeal case of *Kwela Theresia Amih v. Amih Sam*,<sup>33</sup> his Lordship, Justice Ebong, explained the role of dowry in customary marriages. He wrote, at page 2 of his judgment:

*Dowry in customary marriage plays an important part as dowry is in fact the first indication of the seriousness of the suitor not only in Cameroon*

<sup>31</sup> TIEMNGAH (J.N), *The Rights of Widowhood in Former West Cameroon. A Case Study of the Fungom Area*, (Maîtrise dissertation), Faculty of Laws and Economics, Yaounde, 1990, p. 45.

<sup>32</sup> [1961] 1 All N.L.R. 294.

<sup>33</sup> Court of Appeal of the South West Region: Suit No: CASWP/CC/86/95: unreported.

*but in most African countries. But to whom this dowry is paid differs from Conflict between Customary Law and Human Rights in Cameroon from one custom to other, but in most cases the dowry is paid to the parents and family of the woman, and not to the woman.*

It was observed that section 27 (1) calls for the recognition and enforcement of laws which are not repugnant to natural justice equity and good conscience. Gender inequality as sanctioned by customary laws is best reflected in the domain of succession and inheritance. Under most customary laws, women cannot own or inherit property from their parents or husbands. In fact, women are regarded as legal minors. In the event of the death of her husband, a widow may be inherited along with other property by her husband's relatives.

#### **A. Assessing the place of the Cameroon Customary Law**

The Cameroonian Customary law also dictates that, in the presence of suitable male heirs, a daughter cannot inherit on the intestacy of her deceased father. The courts have often rejected this patriarchal interpretation of custom as reflected in the High Court of Fako decision in *Nyanja Keyi Theresia & 4 Ors. v. Nkwingah Francis Njanga and Keyim administrators of the estate of Keyi Peter*.<sup>34</sup> The deceased, who was polygamously married, died in 1997. During his illness and burial ceremony, his brother and his cousin took care of him. After the burial, on the strength of a family meeting, the deceased's brother and cousin were appointed next of kin<sup>35</sup> to the deceased's estate on behalf of the children who were by then adults. They were subsequently issued letters of administration over the deceased's estate. The deceased's daughter disapproved of the way her father's estate was administered, alleging that the administrators had failed to consider the interest of the deceased's children and had been cruel to them. The administrators claimed that the deceased's daughter and her mother had been partially responsible for the deceased's death and, by virtue of that fact the daughter was not entitled to benefit from the estate.

The court found that the defendant's administrator of the deceased estate had not established any proof that the deceased died as a result of the action of his daughter and her mother.

---

<sup>34</sup> High Court of Fako Division: Suit No. HCF/AE57/97-98: unreported.

<sup>35</sup> A next of kin declaration is a preliminary document to the issue of letters of administration in the former Southern Cameroon. It is issued by a competent customary court, upon an application tendered before the court, appointing a beneficiary to exercise control over a deceased's estate. Upon obtaining the declaration, the beneficiary must proceed to the High Court where letters of administration may be issued on the strength of the declaration.

And even if there had been problems between them that fact would not be weighty enough to divest her of her father's property, even on the strength of a family meeting. Accordingly, the court revoked the letters of administration granted to the defendants for poor management of the estate and made an order issuing new letters of administration to the deceased's daughter on behalf of all the beneficiaries.

## B. Complexities in Inheritance of Female Children

However, in Cameroon, this is a rare and isolated situation to reiterate, female children may only inherit property in the absence of suitable male heirs, be they brothers or relatives. This situation has changed for the fact that Cameroon has ratified human right instruments as to recognizing female rights, emphasizing that even the female issues can inherit property.<sup>36</sup> Thus, it may not be presumptuous to conclude that had the defendants not abused the administration of the estate the daughters of the deceased would not have shown any interest whatsoever in it. The daughters had found themselves forced to seek administration over the estate for reasons not associated with discrimination. Nonetheless, the court was swift to identify gender discrimination in the custom under consideration, which denies female children the right to intestate succession.

Similarly, in the infamous legal drama of *Chibikom Peter Fru & 4 Ors v. Zamcho Florence Lum*,<sup>37</sup> the Supreme Court was called upon to rule on a patriarchal custom that denies a married daughter the right to succeed on the intestacy of her deceased father. The deceased died intestate in 1985 and was survived by several wives and children, most of whom were males. However, the eldest of these children, Zamcho Florence Lum, was a female. Upon the death of her father, she applied for a next of kin declaration before the Mankon Customary Court. The court temporarily declared her next of kin of the estate of the deceased until a 'proper' successor was selected in the near future from among the boys proven within family circles to be worthy of controlling the estate of the deceased. On the strength of the next of kin declaration, she was then awarded letters of administration by the Mezam High Court. However, in 1989, some members of the family, including some of those who had supported her application to be made next of kin at the customary

---

<sup>36</sup> reference is made here as to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in which Cameroon is a signatory which frowns on some harmful and obnoxious practices against women in which one of them is those related to the discrimination as to the ownership of property and also that of inheritance.

<sup>37</sup> Supreme Court judgment No. 14L of February 14, 1993. In the South West Court of Appeal, it was registered as Suit No. CASWP/17/931: reported in Cameroon Common Law Report (CCLR), 1997, 213–223.

court, brought an action at the High Court requesting, among other things, the cancellation of the letters of administration granted to her. The trial judge dismissed the application but ordered Florence to render accounts of her administration of the estate to the Administrator General. Dissatisfied with the rejection of their request, they lodged an appeal against the verdict of the High Court to the North West Court of Appeal, sitting in Bamenda, the regional capital. The Court of Appeal allowed the appeal and disqualified Florence from administering the estate. Aggrieved by the decision, Florence proceeded on further appeal to the Supreme Court. The Supreme Court annulled the decision of the North West Court of Appeal and referred the matter for hearing and determination before the South West Court of Appeal, sitting in Buea, the regional capital.<sup>38</sup> The Supreme Court's referral was based on two recommendations: first, the North West Court of Appeal violated the preamble of the constitution by discriminating against Florence as a female and, second, a custom that prohibits married women from benefiting on the intestacy of their parents is repugnant to natural justice, equity, and good conscience and, thus, offends the provision of **Section 27** of the SCHL, 1955.

The South West Court of Appeal was requested to consider the original appeal filed against Florence in the North West Court of Appeal and the main issue was the allegation that she was not a fit and proper person to administer the estate of her deceased's father.

### **C. Examining the placement of widow Inheritance, a human right violation in Cameroon**

The African Charter on Human and People's Right, and the Protocol to the African Charter on Human and People's rights on the Rights of women in Africa explicitly call for the elimination of harmful traditional practices. Several articles of the Protocol call attention to widow's rights. For example, article 2(1) (b) prohibits discrimination that endangers the health and general wellbeing of women. Furthermore, article 2(2), deals with the elimination of harmful cultural and traditional practices while articles 3 and 4, which deals with the rights to dignity, and life, integrity and security of person respectively, ensure that women such as widows are treated in a respectful,

---

<sup>38</sup> Previously, (before December 2006), in entertaining appeals, the Supreme Court of Cameroon operated through the doctrine of *renvoi*. Once it received an appeal from one of the ten regional Courts of Appeal in the country, rather than determining the appeal on its merit, it would issue legal recommendations and refer the matter to another coordinate Court of Appeal for determination. With respect to appeals coming from one of the two Anglophone regions of the country, as was the case in this appeal, the Supreme Court would remit the appeal to the Court of Appeal of the other Anglophone region. Based on the provisions of Law No. 2006/016 of December 29, 2006 (to lay down the organization and functioning of the Supreme Court), the Supreme Court no longer entertains appeals through the process of *renvoi*. Appeals are determined based on their merits.

humane and non-degrading manner. In spite of these provisions, article 20 and 21(1) address the unique issues associated with widows. Article 20 caters for situations where widows are subjected to all sorts of degrading and humiliating treatment by virtue of their status as widows.<sup>39</sup> It also envisages and seeks to prevent situations where widows are denied custodianship of their children. Other harsh realities such as forced marriages and the inability for widows, from certain societies, to remarry have been recognized and dealt with admirably in article 20, which states as follows:

States Parties shall take appropriate legal measures to ensure that widows enjoy all human rights through the implementation of the following provisions:

- (1) That widows should not be subjected to inhuman, humiliating or degrading treatment;
- (2) A widow shall automatically become the guardian and custodian of her children, after the
- (3) Death of her husband, unless this is contrary to the interests and the welfare of the children;
- (4) A widow shall have the right to remarry, and in that event, to marry the person of her choice.

Article 21(1) seeks to tackle the problems associated with inheritance as follows: A widow shall have the right to an equitable share in the inheritance of the property of her husband. A widow shall have the right to continue to live in the matrimonial house. In a case of remarriage, she shall retain this right if the house belongs to her or she has inherited it.

Despite subscription to, and ratification of the above-mentioned gender equality and social justice treaties, respect to the Constitution of Cameroon remains superficial leading to a lack of substantive policies that would promote women's rights. In most of Cameroon, widows are dehumanized and dispossessed of their inalienable rights- including the right to succession, inheritance and property ownership. In both the customary and received laws applicable in Cameroon,<sup>40</sup> a husband is duty bound to maintain his wife or wives and children as well as members of his immediate and extended family, whether or not they might have a means of their own. "However, intestacy rules fail to make a proper inventory of all beneficiaries. The patrilineal system of succession excludes women from the list of beneficiaries for, not being family members. While the family has absolute ownership of land, women and widows are considered as non-family

---

<sup>39</sup> Christian Taboti v. Mbiekwe Kiembo, Appeal No. BCA/16/86( unreported), also inhumane practices were also experienced in Japhet Nchanji v. Tanto Gwei, Appeal No. BCA/11/85(unreported)

<sup>40</sup> Although jurisdiction is shared between the customary and the received laws, in Francophone Cameroon for example the parties have the option of jurisdiction and in Anglophone Cameroon the high courts have monopoly over letters of administration and on the basis of which they entertain matters normally subject to the jurisdiction of the customary courts.

members by both their natal groups and the kinship group into which they get married. Although there is no uniform pattern in the custom depriving women of succession rights (whose basis is group ownership of land), this conflict of laws in Cameroon has left a gap that permits for the selective appropriation of gendered laws that negatively affect women's rights. While international law supersedes the constitution, and the latter supersedes culture, the rights enshrined in the constitution are more declarative than actual, mostly due to the patriarchal mind-set that is the basis of these laws. Under Cameroonian customary law, the wife is defined as the property of the husband.

Cameroon has over 250 ethnic groups and an overabundance of native laws and habits such as the hideous rite linked to widowhood. Widows in different parts of the country go through varied treatments once their husbands die, some of which are repugnant. The rationale for the traditions of widowhood rites, according to its adherents, is meant to purify the widow from ill fortune provoked by her husband's death. This purification which takes different forms according to cultures includes - amongst others sleeping on uncovered floor, eating with unwashed hands, dancing nude and, at times, avoiding taking a bath for weeks. In some cultures, widows are not allowed to talk to or greet anybody, stay or sleep alone at home.

### **III. ALL-EMBRACING LEGAL FRAMEWORK FOR MARRIAGE**

In Cameroon, both statutory and customary marriage 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 civil officer and the consent of the two spouses<sup>41</sup> 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

---

<sup>41</sup> Civil Code, Ordinance 81-02, Article 64, 1981.

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 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.

#### **A. Experiencing Child marriage, a common practice and explanation**

Under statutory law, the legal age of marriage is 15 years for girls with parental permission, and 18 years for boys<sup>42</sup>. In 2016, the state adopted a new Penal Code, which criminalizing forced marriage, penalizing offenders with five to ten years in prison, as well as a fine of CFAF 25 000 – 1 000 000 (CFA franc). **Section 356** of this law states that:

---

<sup>42</sup> Ordinance 81-02, 1981 in its Article 52

*“Whoever compels anyone to marry shall be punished with imprisonment for from 5 – 10 years with a fine of from CFAF 25,000 – 1,000,000.*

Where the victim is under the age of 18, the punishment may not be less than 2 years imprisonment, whatever the mitigating circumstances. Whoever gives in marriage a boy or a girl under 18 shall be punished as under the last two foregoing subsection. Under conviction, the court may deprive the offender of parental power and disqualify him from being the guardian or curator of any person for the time prescribed by section 31 (4) of this penal code.”<sup>43</sup>This situation of preventing child marriage is just a nightmare in Cameroon. Child marriage is most common in the northern part of the country where three-fourths of women aged 20-29 were married before they turned 16. Prevalence is highest in North of Cameroon, where 79 percent of girls marry early. Most of the girls in the northern part of the country are given to much older suitors when they are 11 or 12 years-old according to Demographic and Health Surveys. Cameroonian girls are susceptible to early marriage because cultural and social norms dictate they marry earlier than boys, as it is believed that the future and dignity of girls in the country is secured only in her marital home. Girls are therefore denied the opportunity to go to school because they are expected to do chores such as cooking, fetching water and cleaning the home in preparation for their married life.

In the northern part of Cameroon, girls are often told early that marriage is their primary destiny. Girls are therefore advised and forced to marry at a young age and consequently forced to finish their schooling early. The fact that early marriage can be a major financial boon compounds the impetus to marry them off early. According to culture, the groom provides what is known as “bride wealth” to the girl’s family in the form of livestock, cash or goods. The younger the girl, the higher the bride price, which incentivizes poor families to marry off their daughters before they even hit puberty. Additionally, older men often seek younger women as a means of boosting their virility and avoiding infections, as it is believed that a young and a virgin bride is pure, a characteristic much valued in Cameroonian culture. Faced with these statistics, one is pushed in continuing asking how policies can prevent such high rates of child marriage. This question is even more urgent considering that we know that child marriage affects the lives of girls with regards to barriers to education, continuous intergenerational poverty, higher health risk (increased risk of

---

<sup>43</sup> Section 356 of the Cameroon Penal Code

obstetric fistula, STIs related risk and pregnancy related complication), undermines the dignity and safety of girls and infringes on the rights of girls. Further, child marriage robs girls of their childhood and the option to pursue an education and exercise the right to choice as they are thrust into adult roles, which often includes forced sex and pressure to bear children, before they are ready.

**Table 1:** The context of child marriages in Cameroon

Highest Educational Level	Married Over age 18 (2016)	Married Under age 18(2017)	Married Over age 18 (2018)	Married Under age 18 (2018)
No education	18.13%	33.79%	20.09%	35.48%
Primary	35.52%	40.42%	40.48%	44.21%
Secondary	41.66%	22.74%	37.48%	20.02%
Higher	4.69%	2.00%	2.00%	0.29%

Source: Organisation of African Youth Cameroon Report (2022)<sup>44</sup>

If the married spouse is under the age of 18, the punishment may not be less than 2 years of imprisonment, regardless of the mitigating circumstances. Early marriage was especially pervasive in remote provinces where many girls were married off as early as 12 years old. Reportedly, early marriage was prevalent in the Adamawa, North, and particularly Far North Regions.

### B. The Position of Divorce in Cameroon

Under the Married Women Property Act of 1976, women have the same rights as men to initiate and finalise a divorce when issues of property are concerned. Divorce can be granted by mutual consent, breakdown of community life or fault, whereby the grounds for fault may include adultery or domestic abuse. In practice, divorce by fault of adultery or domestic abuse may be much more difficult to obtain given the discriminatory civil law surrounding such acts. Men are deemed to commit adultery only if the act occurs in his home; whereas women can be deemed to commit adultery regardless of the location. This is the situation under Criminal law, but the situation is not the same in Civil law. Under Civil law, a woman once she establishes the grounds provided under Section 1(2) (a) of the Matrimonial Causes Act 1973, it is enough to amount to adultery.<sup>45</sup>A

<sup>44</sup> This report is also available online at [www.ohchr.com](http://www.ohchr.com) (Forced Marriages) accessed 10 March, 2023.

<sup>45</sup> The situation here is that proof of adultery is difficult to establish using direct eye witness that is why the law has presented certain grounds that once proven can be presumed of committing adultery. Some of these grounds include;

judge is not required to grant a divorce on the ground of domestic abuse, which is not criminalised by the law. Under customary law in some communities, husbands can divorce their wives in a traditional court without being required to provide justification for divorce. Specifically, the civil code stipulates that the separation of the parents has no influence on parental authority, and each parent shall respect the bonds of the other parent in the raising of the child. The court however may make decisions on the best interest of the child as it deems appropriate.

With regard to division of property, in the event of the divorce, the marital assets are divided in accordance with the ownership regime chosen at time of marriage which can either be separated or co-owned property regime. For the latter, the property should be equally shared after a divorce. This however is not the case in practice and Cameroonian women are often pressured to renounce their property rights.

### **C. The Euphoria and Malicious Environment of Female Inheritance**

The Civil Code provides women with equal rights to inheritance as men. This extends to daughters as well as female surviving spouses. Reinforcing equality in inheritance laws, a Supreme Court decision formally recognised the right of women to inherit in 1993. At the time of writing, however, there are no laws prohibiting disinheritance or property grabbing, and there is lack of legal protections for widows.

In practice, despite having the statutory laws in place, land inheritance is governed by traditional or customary laws which vary among ethnic groups. In many communities, customary law regards women as the property of their husband and prevents them from inheriting from their husbands. In other regions, customary widowhood rites, including levirate which forces a widow to marry a male relative of the deceased husband are widely practiced, infringing upon women's right to inherit.

## **IV. THE COMPLEXITIES OF THE CIVIL CODE**

Controversially and inexplicable is an aspect that is defying and affecting our Civil Code from its French inception in matters relating to violence especially on women. It becomes confusing when some basic issues cannot be handled, and overweighing pendulum is exercised on the woman status and right within a given society. A glaring example or illustration here can be

---

undue familiarity, venereal diseases, previous convictions, letters, confession, birth of a child and other relevant conditions.

examined in the domain of marriage as to parties. The code provides in its Article 52 that the minimum age for marriage is 15 years for the girls and 18 years for the boys. We are know that as to the definition provided by the 1989 Convention of the Right of the Child in which Cameroon is not only a signatory but has ratified the said convention, provide in its Article 1 as follow:

Page | 770

“any person who is below the age of 18”<sup>46</sup>

This becomes contradictory as per the Civil Code which has already fixed the marriage age of women. Even though the same code provide in its Article 49 that girls under 18 are not required to marriage, parental consent is sufficient. This is not a good ground at all in the country as it has really given birth to early or forceful marriage since the law gives the parents the opportunity in pushing their children to marriage before the prescribed day of the law. The code has to follow the provision as provided by Article 1 of the Convention of the Child which is considered as the ship anchored instrument of children right in the country. The law was not foolish in established the minimum age for girls to get married at the age of 18. The law believes that children at that age are still considered as *dole incalpax* and lack certain faculties to under the concept of marriage<sup>47</sup> or contract in which she is entering into. This situation of the law has really encouraged early marriage and making it difficult to combat or put an end to these barbaric practices in the country. We find the practices recurrent and practicable in our country like in the Northern part of the country where they believes it is common to give their girl children for marriage at the tender age. The problem here even though a long practice tradition, our laws has also encourages its practices, making it difficult for there to be its elimination and even suppression.

Even the fact that the law gives the husband the right to choose which matrimonial regimes to applicable in the marriage agreement is a serious problem. According to the Cameroon Civil Code in its Article 70 which entails that if no choice is made as to the regime of marriage, and then the couple is married under common law which allows polygamy and community of marital property. So even the law accept encouraging polygamy, and then they want to combat violence, difficult. The situation here is that even if the husband is for the monogamous regime, it doesn't

---

<sup>46</sup> Article 1 of the Convention on the Right of a Child

<sup>47</sup> The situation of sound mind, sound memory and sound understanding is very instrumental for there to be a valid celebration of a marriage. The absent of these three elements in the celebration of a marriage will render the Marriage ceremony null and void.

stopped the husband to be polygamous as we know the general adage that; “all Africans by nature are polygamous.”

The husband is and will always be considered to be the head of the family;<sup>48</sup> he also has the sole right to determine the family domicile<sup>49</sup>and, in the interest of the household and the children, may prevent his wife from taking employment.<sup>50</sup> This situation becomes rebellious and sarcastic, as we all know how it can ridicule the woman to nothing since the husband has absolute authority over their wife by depriving them for some privileges and advantages that she may derived from, he thinks that he is the sole contributor of the family, and the wife is not in any best position to provide for the family depriving her own fundamental right as to the right to work which is established in many international human right and convention that Cameroon has signed and ratified. The code in its entirety and realities gives much power to the husband who can violate her right at any time desired. Even the fact that women are deprived to full use and enjoyment of property is a serious problem,<sup>51</sup> for the husband has the right to administer communal marital property, thereby giving him the right to sell or mortgage the couple’s property without his wife’s consent. All these provisions are contradictory to our Cameroon constitutions especially in its preamble which provide for equal right to all irrespective of the status, sex, language, nationality in question. Both sexes have the right in enjoying the fundamental human right, and the right to property is not an exception.

It is really shameful in our country that there is no specific laws have been enacted to prohibit violence against women or domestic violence. There are no laws prohibiting traditional harmful practices, and female genital mutilation (FGM) and the practice of breast ironing persist in parts of the North and the South-West of the country.

Although the government report states that Cameroon’s body of laws including the Constitution embodies the principle of equality between men and women, there is no legal definition of discrimination provided for by any law. The embodiment of the principle of equality

---

<sup>48</sup> Article 213 of the Civil Code

<sup>49</sup> *Ibid*, Article 108 and 215

<sup>50</sup> Article 74 of the Cameroon Civil Status Registration Ordinance of 1981 provides that a husband may object to his wife’s exercise of a trade different from him in the interest of their marriage or children

<sup>51</sup> Article 1421 and 1428 is a good example of the Code depriving the women from using the matrimonial property. It continues by saying that only the husband has the right to sell or mortgage the matrimonial property, the wife has no right as to the property of the matrimonial home as she herself is considered as a property, and how can a property own a property.

in the preamble of the 1996 Constitution as amended in April 2008 is not sufficient enough to meet with the standards required by CEDAW, because discriminatory laws and practices still prevail. CEDAW is not yet incorporated into national laws. Article 45 of the Constitution states that duly approved or ratified treaties and International Agreements shall, following their promulgation, override national laws. This statement does not confer any rights or redress. Enforcement is therefore weak, since criminal sanctions have to be enacted into law before becoming applicable.

### **Conclusion**

Domestic violence against women is a fundamental violation of the human rights of women as it causes short and long term effects on the victims, including children, the family and even the sex-life of the victim. Violence against women causes stress, anxiety, depression, disturbed sleep, palpitation, physical fatigue, chronic headache, psychological pains to a woman. A single victim may suffer from one or more ailments. This paper examined the legal foundation of the human rights of women and the protection of such rights in the context of Cameroon. The objective was to examine the extent to which Cameroonian laws protect women's human rights and violence against women and specially, domestic violence. Indeed, Cameroonian law has been concerned with protecting the right of women but it still remains vague and ambiguous given that it is not doing enough to supersede or regulate customary laws and practices, that still discriminate against women and to which many communities obey. A lot therefore has to be done to engage a legal framework that effectively deals with anti-discrimination against women.

**R.I.D.S.P**

# REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

