



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, Numéro spécial, Hors série – Février 2024



COMITE SCIENTIFIQUE

Pr Victor – Emmanuel BOKALLI

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

Page | i

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 Jérémie MEDOU NGOA***Maître de Conférences, Université de Douala ;***Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse MBATONGA***Maître de Conférences, Université de Yaoundé II ;***M. Guy Bucumi Ph.D.***Professeur associé, Faculté de droit, Centre d'Etudes du Religieux contemporain-CERC, Université de Sherbrooke***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.***M. Ariel Hector Mbozo'o***Cdt - Docteur en Science politique – Géostratégie
Bureau du Budget et des Finances – RMIA 1 Cameroun*

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

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Maitre assistant CAMES
Université de Yaoundé II.

Rédactrice en Chef Adjointe

Dr. Calice Cléopâtre MAINIBE TCHIOMBE
Université de Ngaoundéré.

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

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waraï Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Josué DIGUERA
Dr. Alice TOUAIBA TIRMOU
Dr. Job Didier BAHANA
Dr. Eloi BAKARY
Dr. Gérard Müller MEVA'A
Dr. Sadjo ALIOU
Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA
Dr. Deguia CHECK IBRAHIM
Dr. Issa Pave ABDEL NASSER
Dr. ADAM MAHAMAT
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. Raïssa PAYDI
Dr. Adama SALME
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. Bienvenu DOMBA
Dr. ALI BOUKOUN ABDOULAYE
Dr. ARI HAMADOU GUY
Mme Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA
Mme MOUANGA MOUSSEVOULA G.
M. Jacob Israël FIRINA
M. Benjamin DIGUIR DABOLE
M. Fabien ATEMGA JUDITH

POLITIQUE DE REDACTION

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

Directives aux auteurs :

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

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

Références (sources) :

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

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

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

Exemples :

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

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

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

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

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

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

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

- **Pour un document internet :**

Exemple :

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

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

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

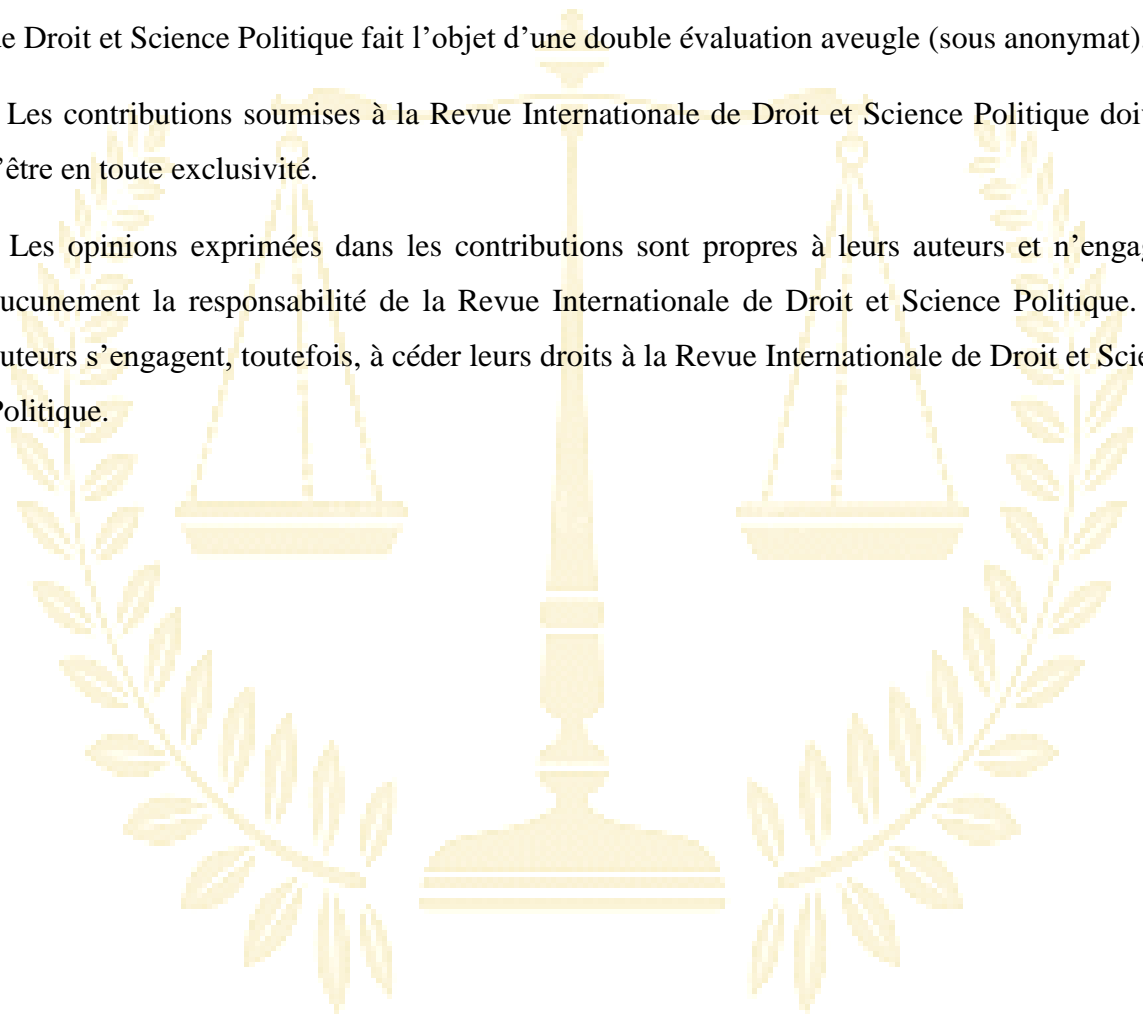
Langue et style de rédaction :

- 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 :

Page | vi

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

**Le Rédacteur en Chef**

Dr. Timothée MANGA BINELI

Maitre assistant CAMES

Université de Yaoundé II.

SOMMAIRE

❖ **Droit Public**

La constitutionnalisation du terrorisme et juge en droit congolais.....1

Girel Illytch MIANTOUDILA

An African Union -United Nations operational management of conflict situations in Africa: a practical x-ray from the lenses of laid down statutes. case of Somalia.....37

EKOLE BINDAKA NGOE-NESOAH

L'autorité infrarégionale dans la procédure d'établissement du titre foncier au Cameroun.....50

SOLLO Ghrevy

L'approche évaluative de la performance des entreprises publiques au Cameroun.....71

NDOUTA EMIANG Jeannette Vanessa

La guerre en Ukraine et l'éventuelle exclusion de la Russie des Nations Unies : une analyse juridique à l'aune du pragmatisme politique.....87

Roméo TEMBO NGOUDZO

La revendication de l'indépendance de « l'azawad » par le MNLA en 2012 : entre impossibilité, déni et violation du droit international public.....114

Ambogou Paul OULA

L'étendue du pouvoir budgétaire des autorités des collectivités territoriales décentralisées en droit camerounais.....141

BELL MBOUMA Jean Yves

Page | viii

Le statut du fonctionnaire a l'ère de la coexistence idéologique en droit public camerounais...167

GOURKO DJONDANDI Enoch

Plaidoyer pour une organisation mondiale et une juridiction internationale pour l'environnement.....187

Ulrich Kevin KIANGUEBENI

❖ **Droit Privé**

Le fonds de commerce, l'identité irréductible de l'exercice de l'activité dans les affaires.....216

Sékou Facou CISSOUMA

L'inégalité entre les intérêts du titulaire et ceux du public en droit de la propriété intellectuelle.....242

OYONO ADJOMO DANIEL HANS

La notion plurielle de tiers dans le contrat d'assurance : une complétude entre intermédiaire et victime, titulaire de droits spécifiques.....259

Sékou Facou CISSOUMA

L'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires en droit camerounais.....285

MAGUEU KAMDEM Joëlle Débora Epse DJIOFACK

Le recours à la transaction dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises en droit CEMAC.....	315
--	-----

Sarah Marie MBANDJI NKAMGANG

Page | ix

❖ **Science Politique**

La mobilisation de la société civile dans la lutte contre la corruption au Cameroun : analyse d'une implication sous-optimale dans une action publique.....	330
---	-----

André TCHOUPIE & TAGNE KOMMEGNE Sandrine Carole

La crise anglophone à l'épreuve de la gouvernance démocratique au Cameroun : entre risques objectifs et paranoïa insécuritaire.....	355
---	-----

Didier Julien Awono Ambassa

Les stratégies chinoises et les logiques occidentales dans la course pour les intérêts pétroliers dans le golfe de guinée.....	371
--	-----

IBRAHIM ABDOU

❖ **English Law**

The relationship between bilateral investment treaties and foreign direct investment.....	392
---	-----

PETNYIN PAMELA OBAN: Senior lecturer

Constraints to the regulation of medical practices in Cameroon.....	409
---	-----

GRACE MARY NKAUFU TAZANU & ALVINE LONGLA BOMA & DJIEUFACK ROLAND

Bailing Out Countries in Difficulties: A Responsibility Upheld by the International Monetary Fund.....	427
--	-----

NYINGCHIA Angela KEMEI

❖ **Commentaire des Décisions de Justice**

Une approche énonciative des décisions de justice du Droit romano-civiliste.....453

Edgard ABESSO ZAMBO





La constitutionnalisation du terrorisme et juge en droit congolais*The constitutionalization of terrorism and judge in congolese law**Par:***Girel Illytch MIANTOUDILA**

Page | 1

Assistant et formateur en droit public fondamental à L'École Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM) de Brazzaville (en République du Congo)

miantoudilagirelilytch@gmail.com

Résumé :

L'Afrique aujourd'hui n'est plus épargnée par le terrorisme de type nouveau, celui de guerre dont le visage est largement inversé. Elle en témoigne bien la présence d'une menace conceptuelle de l'acte de terrorisme à travers son continent, qui devient une évidence en Afrique sub-saharienne (Mali, Niger, Burkina-Faso, Nigeria, Cote d'Ivoire et Cameroun). Malgré l'ampleur de cette menace qui n'est pas prise en compte de façon objective par divers textes internationaux et nationaux des États africains, qui devraient sans doute combattre le terrorisme par son mécanisme de judiciarisation. En revanche, le Congo tente de répondre de façon implicite et explicite à travers ses différents textes constitutionnels, législatifs et internationaux dument ratifiés pour combattre le terrorisme à tous les niveaux de la hiérarchie des normes. Et le juge congolais pourrait faire parler la Constitution en ce qui concerne le terrorisme par la voie d'action et la voie d'exception d'inconstitutionnalité. La Constitution congolaise ne traitant pas le terrorisme mais consacre une garantie sur l'effectivité des droits et libertés fondamentaux dont la protection est assurée par le pouvoir judiciaire.

Mots-clés : constitutionnalisation, terrorisme, droits et libertés fondamentales, pouvoir judiciaire, incrimination.

Abstract:

Africa today is not spared from new type terrorism, that of war whose face is largely the opposite. It clearly demonstrates the presence of a threat. Conceptual of the act of terrorism across its continent, which is becoming evident in sub-Saharan Africa (Mali, Niger, Burkina-Faso, Nigeria Ivory Coast, Cameroon). Despite the extent of this threat which is not taken into account in an objective manner by various international and national texts of African States, which should undoubtedly combat terrorism through its legalization mechanism. On the other hand, the Congo attempts to respond implicitly and explicitly through its various legislative and international constitutional texts duly ratified to combat terrorism at all levels of the hierarchy of standards. And the Congolese judge could make the constitution speak with regard to terrorism by means of action and means of exception of unconstitutionality. The Congolese Constitution does not deal with terrorism but provides a guarantee on the effectiveness of fundamental rights and freedoms whose protection is ensured by the judicial power.

Keywords: Constitutionalizing, terrorism, fundamental rights and freedoms, judicial power, incrimination.

Introduction

Les conventions internationales et les lois nationales réprimant le terrorisme tout comme les auteurs qui ont abordé sa définition condamnent et insistent toujours sur son caractère de violence exceptionnelle¹. On parle d'acte de « particulière gravité », de « moyens cruels et perfides », de « danger commun ». Et c'est précisément l'image récurrente que les terroristes veulent accréditer. Cette intensité est même nécessaire pour créer une vive émotion dans le public et *diviser gouvernés et gouvernants ou l'administration et les administrés* quant à l'attitude à adopter en réponse à pareille situation de menace terroriste. Le terrorisme n'est sous cet aspect que l'extraordinaire moyen de promotion et de propagation d'idéologies, ce qui lui confère un caractère hétérogène.

Page | 3

Face à cette montée d'actes de terrorisme, le Congo n'est plus épargné par le terrorisme, celui de guerre² dont le visage est largement inversé. Aujourd'hui, le terrorisme devient une réalité que le droit positif congolais doit prendre en compte de par son acte³ à travers son ordonnancement juridique. Il devient une menace contre les libertés fondamentales et les institutions des États Africains⁴. Malheureusement, il n'est pas trop pris en compte par la Constitution congolaise qui devrait sans doute le combattre sur le front constitutionnel. En revanche, il est devenu un ennemi redoutable contre les libertés fondamentales et s'oppose radicalement à la Constitution, donc une lutte est lancée par le juge constitutionnel dans sa saisine c'est-à-dire par la voie d'action ou d'exception contre les actes de terrorisme qui sont ou deviennent contraire à notre texte fondamental.

A ce titre, la Constitution devient donc un rempart indispensable dans la lutte contre le terrorisme en droit positif congolais. Paradoxalement, elle renvoie plutôt cette question de qualification au législateur congolais de légiférer bien qu'il revient aux textes internationaux dument ratifiés par le Congo, de le qualifier.

¹ *Convention européenne sur la répression du terrorisme* signée le 27 janvier 1977, à une époque où l'Allemagne et l'Italie étaient en proie au terrorisme de la « bande à Baader » et des « Brigades rouges » et ratifiée par la France le 16 juill. 1987.

² Apparu dans les années 2001 en Afghanistan (Al-Qaida, État Islamique, Boko-haram et bien d'autres)

³ Les attentats de Paris du 13 novembre 2015(Charlie Hebdo)

⁴ Al-Qaida au Maghreb islamique (AQMI) qui est un groupe armé et une organisation terroriste, d'idéologie salafiste djihadiste, née le 25 janvier 2007, qui opère au Sahel (Mali, Burkina-Faso, Niger, Sénégal, Gambie, Mauritanie, Tchad, Cameroun et le Nigéria)

La constitution congolaise ne traite pas le terrorisme en droit interne parce que cette Constitution s'adapte aussi plus au moins à la réalité de menace terroriste. Pour sa part, le constituant, étant conscient de la réalité de menace des actes de terrorisme qui pèse sur les valeurs démocratiques, institutionnelles et humaines, c'est-à-dire à l'état de droit, considère certains crimes : crime de guerre, crime contre l'humanité, le génocide sous réserve des crimes de terrorisme des crimes qui sont punis dans les conditions prévues par la loi. Et par conséquent, ces crimes de terrorisme sont évidemment imprescriptibles en droit positif congolais. Toutefois, cette nouvelle Constitution émet des réserves sur le traitement de crime de terrorisme que son juge assimile plutôt au crime contre l'humanité ou encore au crime de guerre avec l'apparition de terrorisme de guerre au Sahel. En revanche, les actes de terrorisme deviennent une réalité que la Constitution doit prendre en compte par le mécanisme de renvoi aux traités internationaux ou nationaux dument ratifiés. D'ailleurs, la Constitution congolaise ne fait aucunement obstacle à une convention de surcroit lorsque la ratification de celle-ci est autorisée par loi⁵. Elle consacre la prééminence des conventions internationales sur le droit national congolais c'est-à-dire sur la loi nationale. L'apparition des terroristes kamikazes et ceux de guerre ont permis à la Constitutions congolaise du 25 octobre 2015 de revisiter les règles relatives à la protection des droits, libertés et devoirs des citoyens dans son titre II. En effet, elle confère à l'État congolais l'obligation de respecter et de protéger chaque citoyen en se basant sur l'insertion des textes nationaux et internationaux dument ratifiés. En revanche, cette Constitution a connu aussi des très profonds réajustements des droits et libertés fondamentaux en réconciliant et renforçant entre la protection des sujets de droit en garantissant « *la personne humaine est sacrée et à droit à la vie* » et les impératifs de la lutte contre les crimes, y compris les crimes de terrorisme, même si la Constitution ne la mentionne nullement.

Toutefois, certaines Constitutions des États africains⁶ s'efforcent aujourd'hui de répondre contre le terrorisme⁷ dans leurs textes constitutionnels mais d'une façon non efficiente et efficace. De toute évidence, la qualification d'un crime n'appartient pas au juge constitutionnel plutôt au législateur. En revanche, la problématique sur la constitutionnalisation du terrorisme relève davantage du Constituant. La question de droit qui se dessine est celle de savoir : Est-ce que la

⁵ L'article 222 « Si la Cour constitutionnelle a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution »

⁶ L'Afrique du Sud, dispose dans son arsenal constitutionnel relatif à l'état d'urgence article 37 de la Constitution et l'article 203 sur L'état de défense traite le terrorisme mais sans pourtant le définir.

⁷ La Constitution sud-africaine et Algérienne traite de la question de terrorisme sans pourtant le qualifier.

constitutionnalisation du terrorisme est nécessaire pour répondre efficacement contre le terrorisme ? ou encore la constitutionnalisation du terrorisme donnera au juge congolais des garanties nécessaires et importantes dans la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens ? Toutes ces interrogations vont nous permettre de mieux circonscrire cette thématique dans les lignes qui suivent en justifiant et en démontrant réellement la pertinence de cette problématique. Cette étude sur le terrorisme a suscité de nombreuses critiques doctrinales en ce qui concerne la qualification et la définition. Au-delà de cette problématique, la lutte contre le terrorisme est importante au niveau interne tout comme au niveau international. En effet, certains auteurs pensent que la lutte contre le terrorisme doit nécessairement s'effectuer au niveau de la norme fondamentale d'un État qui est la Constitution.

Mais la constitutionnalisation du terrorisme ne fait pas l'unanimité au sein des différentes Constitutions des États par ce que le terrorisme est un acte imprévisible, soudain et ambivalent.

Le manque du caractère objectif ne faciliterait pas son insertion au dans la sphère constitutionnelle. Le terrorisme est aussi contraire à la Constitution, déjà ce mot terrorisme incarne à lui seul la terreur absolue. Une autre difficulté tient parce que tous ces différents textes constitutionnels n'abordent pas la problématique du terrorisme de la même manière et chaque État a ses propres règles juridiques d'un point vue historique, religieux, traditionnel et social.

En revanche, certains textes constitutionnels, à l'instar la Constitution algérienne, qui constitutionnalisent le terrorisme dans son ordonnancement juridique interne en insérant « la peine de mort pour des personnes liées aux activités de terrorisme » mais sans pourtant qualifier objectivement l'acte de terrorisme comme étant un crime de droit commun ou crime autonome bien entendu. Tandis que d'autres États, comme le Congo, sont silencieux, ne qualifient et ne constitutionnalisent non plus, mais préfèrent plutôt la garantie effective des droits et libertés fondamentaux en abolissant la peine de mort contre les auteurs criminels y compris les auteurs d'actes de terrorisme⁸ en sacralisant la vie humaine comme un principe fondamental.

Ce texte, congolais, silencieux en ce qui concerne le terrorisme consacre dans son article 8 de la Constitution, l'effectivité des droits de la personne humaine lorsque ceux-ci sont menacés de manière grave et imminentes par les actes de nature criminelle⁹ y compris le terrorisme. Cette

⁸ Article 9 de la Constitution « Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie à la suite d'un procès juste et équitable garantissant les droits de la défense. »

⁹ Article 12 de la Constitution : « Les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, crime de génocide, sont punis dans les conditions déterminées par la loi. Ils sont imprescriptibles.

disposition constitutionnelle précitée fait sortir la Constitution de sa réserve sur la qualification du crime. Car nous pouvons dire que le Constituant a largement assimilé le terrorisme aux crimes de droit commun. Il en résulte que, le Constituant congolais reconnaît le terrorisme mais ne l'a jamais traité dans sa sphère de compétence constitutionnelle et préfère renvoyer plutôt ce traitement aux différents traités internationaux pour la prise en compte de cette réalité¹⁰.

Pour sa part, le juge constitutionnel congolais pourrait désormais faire parler la Constitution en la faisant sortir de sa réserve constitutionnelle sur la question de terrorisme à travers la voie de l'exception d'inconstitutionnalité. Malgré son manque de clarté constitutionnelle, il est aperçu, aujourd'hui, en droit congolais, comme une menace à l'encontre de toutes formes des libertés fondamentales que la Constitution garantit. A cet effet, il est devenu une menace contre l'État de droit et surtout une impérative en matière de lutte. Dès lors, l'avènement de terrorisme de guerre en Afrique sub-saharienne¹¹, nous pousse à constater avec force que le terrorisme devient une affaire de tous et sa judiciarisation devient une préoccupation majeure en droit interne. A travers cette menace contre les libertés individuelles, le droit congolais s'efforce à trouver ou à donner des réponses satisfaisantes et appropriées en ce qui concerne l'encadrement constitutionnel du terrorisme même si ce dernier émet quelques réserves sur la question. Mais ces réserves ont une nature légitime pour ne pas fragiliser le législateur dans la mise en œuvre des législations antiterroristes. Nous constatons aussi depuis un certain temps en droit positif congolais que les deux branches du droit (Droit public et privé) se mobilisent de nos jours au sommet de la hiérarchie des normes pour mieux encadrer juridiquement le terrorisme tout en renforçant et garantissant considérablement la protection de la personne humaine que la Constitution garantit. La Constitution congolaise opte donc pour la sécurisation et la protection de la personne. Elle consacre tous les droits et libertés et met la protection de la personne humaine au

¹⁰ Le Préambule de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 « La Charte des Nations du 24 octobre 1945 ; La Déclaration Universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ; La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 26 juin 1981 ; La Charte de l'Unité Nationale et la Charte des droits et des libertés du 29 mai 1991 ; Tous les textes nationaux et internationaux pertinents, dument ratifiés, relatifs aux droits humains.

¹¹ Le terrorisme de guerre se propage très rapidement dans le sahel. En effet, le Mali, Burkina-Faso, Niger, Nigeria, Tchad et Nord-Cameroun en témoignent l'existence de cette réalité qui est sans doute le terrorisme de guerre de type nouveau. La lutte contre ce terrorisme devient une priorité non seulement pour des États démocratiques mais aussi pour toutes les instances juridictionnelles et institutionnelles. Cette nouvelle forme du terrorisme a pris une place considérable dans nos sociétés démocratiques et menace gravement l'ordre public, juridique et social bien établi d'une part, et, il est bien structuré, organisé, possède des moyens financiers considérables et beaucoup d'hommes de toutes les nationalités confondues pour mettre en exécution ses activités nuisibles et macabres à travers le monde d'autre part. En revanche, la lutte contre ce terrorisme ne concerne non plus seulement les États démocratique mais aussi toutes les sciences humaines qui s'approprient maintenant de cette lutte à travers différentes sciences : sciences sociales, économiques, biologiques, géologiques et juridiques.

sommet de sa hiérarchie interne aux titres II de la Constitution congolaise sur les droits, libertés et devoirs des citoyens congolais.

En outre, l'idée même de constitutionnaliser le terrorisme dans la sphère constitutionnelle congolaise semble être intéressante en ce qui concerne son encadrement juridique mais d'un point de vue objectif, le terrorisme et la Constitution s'opposent l'une à l'autre et ils sont largement et diamétralement opposés. Et le fait même de concilier les deux concepts, reste très incertaine voire quasiment impossible. En revanche, le terrorisme met à mal l'idée de vivre ensemble et traite inhumainement la personne, dont la Constitution protège.¹² La constitution prône le vivre ensemble dans une société démocratique et le respect de l'État de droit. Autrement dit, la constitutionnalisation du terrorisme dans sa sphère constitutionnelle limiterait les pouvoirs normatifs du législateur congolais. Donc la question de son insertion comporterait deux conséquences majeures. D'une part, cette insertion du terrorisme serait très difficile dans la sphère constitutionnelle congolaise parce qu'elle ne donnerait pas vraisemblablement une large marge de pouvoir d'appréciation au législateur congolais de légiférer en matière du terrorisme et risquerait gravement de limiter l'exécutif aussi dans la prise de décisions en ce qui concerne le terrorisme.

Par conséquent, cette constitutionnalisation ou son insertion va diminuer considérablement aussi les pouvoirs des juges du fond et les pousseraient alors dans une certaine mesure de subordination constitutionnelle c'est-à-dire de se conformer à la règle fondamentale congolaise. C'est la question de son renvoi constitutionnel du traitement du terrorisme par les différents textes internationaux et régionaux dument ratifiés par le législateur (I). Avant de s'interroger sur la Constitutionnalisation du terrorisme, une incorporation très difficile au sein de la sphère constitutionnelle mérite d'être relevée (II).

I- LA CONSTITUTIONNALISATION DU TERRORISME, UNE INSERTION TRES DIFFICILE DANS LA CONSTITUTION CONGOLAISE

Le constituant congolais n'a pas qualifié le terrorisme dans la sphère constitutionnelle, parce qu'il ne fait pas l'unanimité sur sa qualification.¹³ Il est un concept aléatoire, changeant, mouvant, subjectif et imprévisible. La qualification de ce dernier n'en fait pas aussi d'objet d'un débat parlementaire au Congo parce que ce concept est certes réel mais il lui manque de clarté,

¹² L'article 11 de la Constitution congolaise dans son alinéa 2 « Tout acte de torture, tout traitement cruel, inhumain ou dégradant est interdit par la Constitution »

¹³ Pas de définition objective entre la Constitution et les autres règles juridiques internes

faute de précision et d'objectivité en matière de qualification en droit positif congolais. Cette qualification constitutionnelle du terrorisme est donc impossible et plusieurs raisons en témoignent : d'une part le terrorisme est contraire à la Constitution et s'oppose à l'idée de vivre ensemble, son caractère mouvant et protéiforme le place dans une situation d'incertitude.

En effet, le terrorisme a lui seul peut être qualifié comme crime contre l'humanité, crime de guerre, crime de génocide et crime de guerre. En revanche, il prend la nature de tous les crimes de droit commun qui peuvent exister aujourd'hui.

En outre, ce mot aussi si simple, le terrorisme, a plusieurs qualifications par le monde et parfois aussi inqualifiable dans divers textes de nature constitutionnelle¹⁴. La qualification du terrorisme n'aménage pas aussi le législateur congolais et ne lui met pas à l'aise vraiment sur cette question. C'est la raison pour laquelle dernier puisse le qualifier comme crime de guerre, de torture voir cruel à l'encontre de la personne physique.

Toutefois, la doctrine est abondante sur la question de la qualification du terrorisme et nous pouvons le qualifier comme étant un acte cruel consistant à nuire l'état des personnes physiques, morales au sein d'un État démocratique. Voilà pourquoi toute cette difficulté laisserait très perplexe le juge pénal congolais en matière d'application des peines et il serait obligé de dire le droit en appliquant les règles d'origine internationale dument ratifiées en droit positif congolais. D'autre part, la Constitution congolaise ¹⁵ n'a jamais aussi abordé frontalement le terrorisme au sein de sa constitution. En effet, elle¹⁶ est regardée comme un outil essentiel en matière de lutte contre le terrorisme et la protection des droits et libertés fondamentaux des personnes soupçonnées de terroristes mais malheureusement ne peut le qualifier de peur de commettre des erreurs ou des amalgames sur la qualification au niveau de son ordonnance. Elle tente aussi plus ou moins d'y donner des réponses satisfaisantes et efficiente en l'assimilant aux autres crimes existants de droit commun. En revanche, le terrorisme est l'incarnation de la terreur absolue, met en mal des valeurs Constitutionnelles. En effet, l'urgence voudrait que la Constitution puisse intrinsèquement incorporer le terrorisme pour mieux le traiter et répondre de la meilleure façon tout en garantissant l'effectivité des droits inhérents de la personne humaine qui est placée au centre de toutes ses

¹⁴ La Constitution Congolaise tout comme celle de la France, n'ont pas encore qualifié le terrorisme au sein de leur sphère constitutionnelle.

¹⁵ La Constitution du 25 octobre 2015

¹⁶ La Constitution congolaise du 25 octobre 2015, dans son article 8 dispose que : « la personne humaine est sacrée et a droit à la vie »

préoccupations en temps de paix et de guerre. En revanche, cette Constitution congolaise ne se limite non seulement à elle-même mais elle renvoie plutôt sans doute ce traitement ou cette question de qualification du terrorisme aux différents textes législatifs (article 125 de la Constitution¹⁷) et internationaux dument ratifiés (article 217 de la Constitution¹⁸) par le Congo qui traitent de la question de la qualification. En effet, ce renvoie constitutionnel du terrorisme se trouve dans le préambule de la Constitution congolaise¹⁹, faisant partie intégrante de la présente Constitution, les principes fondamentaux proclamés et garantis par :

- La Charte des Nations du 24 octobre 1945 ;
- La Déclaration Universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ;
- La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 26 juin 1981 ;
- La Charte de l'Unité Nationale et la Charte des droits et des libertés du 29 mai 1991 ;
- Tous les textes nationaux et internationaux pertinents, dument ratifiés, relatifs aux droits humains.

Condamne le coup d'État, l'exercice tyrannique du pouvoir et l'usage de la violence politique, sous toutes ses formes, comme moyens d'accession au pouvoir ou de sa conservation.

Toutes ces Conventions internationales inscrites dans le préambule ont traité ou qualifié le terrorisme dont le pouvoir judiciaire congolais doit y référer en matière de traitement du terrorisme en droit interne congolais. C'est pour cette raison d'ailleurs que la Constitution congolaise s'adapte plus ou moins pour répondre aux actes de nature terroriste sur toutes ces différentes formes²⁰ mais sans le qualifier.

Aujourd'hui, sur la base de Constitutionnalité des lois, nous pouvons réaffirmer avec efficacité que son juge opère la question de la réalité des actes de terrorisme en effectuant sa saisine sur les lois antiterrorisme par voie d'action et par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, tout en garantissant l'effectivité des droits de la personne y compris ceux des terroristes.

¹⁷ Sont du domaine de la loi : L'autorisation de ratification des traités et accords internationaux ; l'organisation de la défense et de la sécurité nationale,

¹⁸ Le Président de la République négocie, signe et ratifie les traités et les accords internationaux.

¹⁹ Conscient de la nécessité de préserver la paix et la stabilité, la forme unitaire et le caractère indivisible de l'État, l'unité nationale et la cohésion sociale ;

²⁰ Toute cette problématique est traitée par ces différents textes nationaux et internationaux dument ratifiés par le Congo d'autre part

La question de son renvoi aux textes nationaux congolais devient quasiment très opérante du fait qu'il fait désormais parler la Constitution en ce qui concerne la qualification du terrorisme et plus besoin de l'insérer au sein de celle-ci pour manque d'objectivité (B).

Néanmoins, cette Constitution s'adapte plus ou moins d'une manière très efficace aux actes de nature terroriste grâce au mécanisme de renvoi constitutionnel aux différents textes internationaux dument ratifiés par le Congo qui prennent une ascendance au niveau de l'ordonnement interne(A).

A- Une Constitution s'adaptant plus ou moins au mécanisme de renvoi aux textes internationaux pour incrimination du terrorisme

La Constitution congolaise définit la place des traités et accords internationaux dans la hiérarchie des normes²¹. Toutefois, elle renvoie aux textes internationaux et nationaux dument ratifiés de qualifier la question. Dans son esprit, elle connaît, évidemment, la pertinente question de terrorisme mais de peur de commettre un amalgame et de réduire considérablement les pouvoirs du législateur en matière d'appréciation du terrorisme, décide de renvoyer cette problématique aux différents textes internationaux et nationaux ratifiés d'en apprécier la nature du traitement (1). Mais, elle refuse de contrôler la conventionalité des lois terroristes (2).

1- Le renvoi aux textes conventionnels en matière de traitement de terrorisme dument ratifiés, un mécanisme de traitement efficace

Vaut mieux plusieurs intelligences juridiques réunies qu'une intelligence pour mieux encadrer cette problématique, c'est la question d'opportunité constitutionnelle. Ce qui en témoignent plusieurs textes conventionnels dont le Congo a ratifié avec ses différents partenaires internationaux en matière de lutte, de prévention, de répression et de l'entraide judiciaire et l'extradition contre le terrorisme.

A ce titre, nous pouvons citer les différentes Conventions internationales que le Congo a ratifiées à travers la procédure de renvoi constitutionnel. Avec cette procédure, la Constitution s'adapte plus ou moins, grâce, efficacement, au traitement de mesures contre les crimes de terrorisme. En ce qui concerne la condamnation et la lutte contre des actes de terrorisme, le Congo

²¹ L'article 223 de la Constitution congolaise dispose que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

a signé plusieurs conventions internationales dans la prise en compte du terrorisme parmi lesquelles : la Convention d'entraide judiciaire et l'extradition contre le terrorisme avec le Royaume de Maroc à Rabat le 16 mai 2008. Il ressort de cette convention que : « ces deux États s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente Convention, l'entraide judiciaire le plus large possible dans toute procédure relative aux infractions visées par les instruments universels contre le terrorisme et dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante. »

La constitution du 25 octobre 2015, donne cette grande manœuvrabilité possibilité au Président de la République de négocier, signer et ratifier les traités et les accords internationaux sous l'œil vigilant du législateur congolais²². C'est dans ce cadre juridique que le Congo ait adhéré en date de 31 mai 2006 à la Convention internationale des Nations Unies pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. En effet, il est défini, dans ce contexte juridique, comme un attentat à l'explosif qui : « commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou fait exploser ou détourner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves ou dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, cette installation, ce système ou cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables. »

En revanche, toutes ces conventions internationales qui ont été ratifiées par le Congo donnent, au législateur et au juge congolais, des outils indispensables dans la mise en application des règles juridiques contraignantes pour réprimer les actes de terrorisme. En ratifiant ces conventions internationales par le législateur, la Constitution répond au moins ou significativement à la question du traitement des actes de terrorisme. En effet, La convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 31 mai 2006 ratifiée²³ par le législateur congolais, rentre dans ce cadre juridique en offrant au juge congolais les moyens juridiques supplémentaires relevant de l'ordre international et en droit positif congolais un terroir très propice en ce qui

²² L'article 217 alinéa 1 et 2 de la Constitution du 25 octobre 2015

²³ La ratification ne peut intervenir qu'après autorisation du Parlement, notamment en ce qui concerne les traités de paix, les traités de défense, les traités de commerce, les traités relatifs aux ressources naturelles ou les accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les dispositions de nature législatives, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction du territoire.

concerne la prévention et la lutte contre le terrorisme. Il dégage de cette convention dans son article I alinéa 3 que : « *est acte de terrorisme* :

- a) Tout acte ou menace d'acte en violation des lois pénales de l'État Partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention :
- D'intimider, provoquer une situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, à engager toute initiative ou à s'en abstenir, à adopter, renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ;
 - De perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des population ;
 - De créer une insurrection générale dans un État Partie.
- b) Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace, conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe (a).

En ratifiant cette convention, le Congo s'engage à réviser sa législation nationale et à établir comme crimes les actes terroristes tels que définis dans la présente convention²⁴ et en pénalisant ses actes en tenant compte de leur gravité. Cette convention vient en quelque sorte accroître la législation terroriste au niveau de l'ordonnement juridique interne congolais. Ce qu'on doit retenir aussi, que cette convention limite la question de la qualification du terrorisme ».

Dans son article 2, alinéa 2, elle dit en ce terme : « *Les considérations d'ordre politique, philosophique, idéologique, racial, ethnique, religieux ou autres ne peuvent justifier les actes terroristes visés dans cette convention* ».

Toujours dans cette optique, le législateur congolais autorise la ratification de la Convention internationales des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme du

²⁴ La convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 31 mai 2006 (article 1 al 3)

26 octobre 2006. Cette Convention est intéressante parce qu'elle décrit une infraction terroriste lorsqu'un individu qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

- Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe ;

- Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

Pour encadrer le terrorisme au niveau interne, la loi n°24-2016 du 26 septembre 2016, autorisant la ratification de la Convention internationale des Nations Unies pour la répression des actes de terrorisme nucléaire vient de renforcer l'arsenal juridique congolais dans la répression et la lutte contre le terrorisme grâce au processus de renvoi constitutionnel. Avec ce mécanisme de renvoi, le constituant tente de palier au vide juridique, à la qualification, à la répression et à la prévention du terrorisme. L'article 2, de la présente convention, mentionne autour de (4) quatre axes que :

1- Commet une infraction toute personne qui, illicitement et intentionnellement :

a) Déteint des matières radioactives, fabrique ou détient un engin :

- Dans l'intention d'entraîner la mort d'une personne ou de lui causer des dommages corporels graves ; où

- Dans l'intention de causer des dégâts substantiels à des biens ou à l'environnement ;

b) Emploie de quelque manière que ce soit des matières ou engins radioactifs, ou utiles ou endommage une installation nucléaire de façon à libérer ou risquer de libérer des matières radioactives :

- Dans l'intention d'entraîner la mort d'une personne ou de lui causer des dommages corporels graves ; où

- Dans l'intention de causer des dégâts substantiels à des biens ou à l'environnement ; où

- Dans l'intention de contraindre une personne physique ou morale, une organisation internationale ou un gouvernement à accomplir un acte ou à s'en abstenir.

2- Comment également une infraction quiconque :

a) Menace, dans des circonstances qui rendent la menace crédible, de commettre une infraction visée à l'alinéa b du paragraphe I du présent article ; où

b) Exige illicitement et intentionnellement la remise de matières ou engins radioactifs ou d'installations nucléaires en recourant à la menace, dans des circonstances qui la rendent crédible, ou à l'emploi de la force.

3- Comment également une infraction quiconque tente de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent²⁵ article.

4- Comment également une infraction quiconque :

a) Se rend complice d'une infraction visée aux paragraphes 1,2, ou 3 du présent article ; où

b) Organise la commission d'une infraction visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article, ou donne l'ordre à d'autres personnes de la commettre ; où

c) Contribue de toute autre manière à la commission d'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1,2 ou 3 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert s'il le fait délibérément et soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou servir les buts de celui-ci, soit en connaissant l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions visées.

²⁵ Article I du présent accord de la Convention internationale des Nations Unies pour la répression des actes de terrorisme nucléaire aux fins de la présente Convention :

1. « Matière radioactive » s'entend de toute matière nucléaire ou autre substance radioactive contenant des nucléides qui se désintègrent spontanément (processus accompagné de l'émission d'un ou plusieurs types de rayonnement ionisants tels que les rayonnements alpha, beta, gamma et neutron), et qui pourraient, du fait de leurs propriétés radiologiques ou fissiles, causer la mort, des dommages corporels graves ou des dommages substantiels aux biens ou à l'environnement.

2. « Matière nucléaires » s'entend du plutonium, à l'exception du plutonium dont la concentration isotopique que plutonium 238 dépasse 80 p. 100 ; de l'uranium 233 ; de l'uranium enrichi en isotope 235 ou 233 ; de l'uranium contenant le mélange d'isotopes qui se trouve dans la nature autrement que sous la forme de minerai ou de résidu de minerai ; ou de toute autre matière contenant un ou plusieurs des éléments précités ;

« Uranium enrichi en isotope 235 ou 233 » s'entend de l'uranium contenant soit l'isotope 235, soit l'isotope 235, soit l'isotope 233, soit ces deux isotopes, en quantité telle que le rapport entre les teneurs isotopiques pour la somme de ces deux isotopes et l'isotope 238 est supérieur au rapport entre l'isotope 235 et l'isotope 238 dans l'uranium naturel.

Il est très intéressant de comprendre que cette convention ne s'applique pas lorsque l'infraction est commise à l'intérieur d'un seul État, que l'auteur présumé et les victimes de l'infraction sont des nationaux de cet État et qu'aucun autre État n'a de raison, en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 9, d'exercer sa compétence, étant entendu que dispositions des articles 7,12,14,15, 16, et 17 selon qu'il convient s'appliquent en pareil cas.

Par ailleurs, La constitution congolaise ne fait aucun obstacle et ne s'oppose à un engagement international l'article 222 de la Constitution²⁶. Cette Constitution définit la place des traités et accords internationaux dans la hiérarchie des normes tout en conférant une suprématie absolue aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne congolais, aux dispositions de nature constitutionnelle mais plutôt sur les lois nationales article 223 de la Constitution²⁷.

Pour le juge constitutionnel congolais cet renvoi aux textes internationaux témoigne l'exigence de mieux appréhender le terrorisme sur toutes ses formes de cruauté et offre en même temps une base normative solide au législateur et aux juges du fond congolais d'avoir assez de moyens en matière ou d'outils indispensables en ce qui concerne la qualification et la mise en application des règles juridiques internationales contraignantes tout en écartant, parfois, une législation nationale moins rigoureuse en matière de lutte et de qualification du terrorisme.

2- Le contrôle de Conventionalité en matière de terrorisme par le juge constitutionnel congolais

Le juge constitutionnel refuse de procéder au contrôle de conventionnalité en matière de terrorisme (c'est-à-dire le contrôle d'une loi par rapport à un traité international portant traitement de terrorisme)²⁸. Selon lui, la Constitution reconnaît la supériorité des conventions sur les lois interne et non son contraire. D'ailleurs, il justifie cette position pour deux raisons : Tout d'abord, il rappelle qu'il ne dispose que d'une compétence d'attribution, découlant des dispositions constitutionnelles et qu'il ne peut procéder à un contrôle non prévu par celle-ci²⁹. Ensuite, il

²⁶ L'article 222 : « Si la Cour constitutionnelle a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. »

²⁷ Article 223 : « Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord et traité de son application par l'autre Partie. »

²⁸ Dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 dite « IVG »

²⁹ Article 175 Al 2 de la Constitution « Elle est juge de la constitutionnalité des lois, des traités et accords internationaux. » (« Considérant que l'article 175 de la Constitution congolaise ne confère pas au juge constitutionnel congolais un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du législateur congolais qui, en règle

rappelle que le contrôle de constitutionnalité des lois contre le terrorisme auquel il procède en vertu de l'article 175 alinéa 2 de la Constitution est un contrôle général et absolu. Donc son rôle est assigné à ce que les lois se conforment à la Constitution. En effet, Il ne peut donc pas s'appuyer sur l'article 175 alinéa 2 de la Constitution pour contrôler la conventionalité d'une loi contre le terrorisme car cette possibilité n'est pas explicitement prévue comme le démontre l'article 175 de son alinéa 2³⁰ « Elle est juge de la constitutionnalité des lois, des traités et accords internationaux. ». Il pense qu'une convention est dépourvue de toute légitimité juridique et relève davantage de la sphère politique d'une part et d'organes administratifs d'autre part. Par contre, ce qui est intéressant qu'une loi ne saurait être contraire à la Constitution, quelles que soient les circonstances. Paradoxalement, le juge constitutionnel n'a pas encore déclaré une loi contre le terrorisme contraire à la Constitution.

En revanche, les juges du fond congolais³¹ sont normalement des autorités compétentes en ce qui concerne la conventionalité. Ils veillent aux conditions de régularité des procédures de ratification et d'approbation, de publicité et réciprocité des règles internationales au niveau de son ordonnancement interne. Par conséquent, cette autorité des conventions internationales sur les lois internes est relative et contingente. Elle dépend de l'application réciproque par l'autre partie. Si celle-ci ne respecte pas les stipulations d'une convention internationale, la ou les autres parties ne sont pas tenues de les respecter.

En Considérant, que les décisions prises, en application de l'article 175 al 2 de la Constitution, revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 175 al 2 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 223 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition. Par-là, le juge constitutionnel congolais, juge de constitutionnalité et non de conventionalité en déduit qu'une loi contre le terrorisme serait contraire à un traité international n'est pas pour autant contraire à la

générale, est amené à qualifier le terrorisme au niveau national, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois contre le terrorisme déféré à son examen »).

³⁰ Elle est juge de la constitutionnalité des lois, des traités et accords internationaux

³¹ Le Juge judiciaire et administratif congolais

Constitution, ce qui implique qu'« il n'appartient pas au juge constitutionnel congolais, lorsqu'il est saisi en application de l'article 175 al 2 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi contre le terrorisme aux stipulations d'un texte international ou d'un accord international ». Toutefois, s'il refuse d'étudier la conformité d'une loi contre le terrorisme à un traité international, parce qu'il vérifie qu'une loi contre le terrorisme ne méconnaît pas directement l'article 223 de la Constitution, par exemple en restreignant son champ d'application³². Et lorsqu'une Convention est contraire à la Constitution, on doit modifier la Constitution pour que cette règle conventionnelle s'insère sans incidence au niveau des États membres avec pour conséquence la supériorité de celle-ci sur les lois internes congolaises.

B- Une Constitution s'adaptant plus ou moins au mécanisme de renvoi aux textes nationaux pour l'incrimination du terrorisme

La Constitution congolaise du 25 octobre 2015 renvoie une certaine base normative au législateur de légiférer en ce qui concerne le terrorisme dans le domaine de l'environnement et la conservation des ressources naturelles et développement durable, l'autorisation de ratification des traités et accords internationaux et l'organisation de la défense et de la sécurité nationale en matière de lutte contre le terrorisme article 125 de la Constitution (1). Elle confie aussi cette base légale à l'exécutif de prendre certains actes administratifs dans le traitement ou la prise en compte du terrorisme (2)

1- Une Constitution offrant au législateur congolais une base normative solide en matière d'incrimination d'acte de terrorisme

Ce renvoi constitutionnel du constituant congolais de la qualification du terrorisme par le législateur se traduit par l'absence de qualification du terrorisme et le manque de définition objective du terrorisme au sein du texte fondamental. Cette constitution congolaise ne peut pas apprécier le terroriste mais elle renvoie le traitement de terrorisme au législateur en renforçant l'effectivité des droits de la personne humaine qui deviennent inaliénables et intangibles en temps de paix et en période des conflits armés donc, en période de guerre³³. Le juge constitutionnel congolais juge d'opportunité qu'il n'a pas les mêmes pouvoirs d'appréciation en ce qui concerne

³² En France le Conseil constitutionnel dans sa décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986, il censure une disposition qui considère que l'article 55 ne s'applique pas aux traités et engagements internationaux non soumis à la ratification (voir l'article 53 de la Constitution pour les traités et engagements internationaux soumis ou non à la ratification)

³³ La Constitution congolaise dans son Titre II des Droits, Libertés et Devoirs des Citoyens

la qualification du terrorisme que le législateur congolais qui a un pouvoir très large et illimité en matière d'appréciation et de qualification d'un crime pourrait remédier. C'est la question de son renvoi constitutionnel aux différents textes législatifs et internationaux dument ratifiés par le Congo. Deuxièmement, le fait de qualifier le terrorisme au sein de sa sphère constitutionnelle subordonnerait et limiterait les pouvoirs d'appréciation du législateur et obligerait ce dernier à se conformer à elle en ce qui concerne la qualification et sans doute va beaucoup restreindre sa manœuvre de maniabilité sur la qualification du terrorisme en droit interne Congolais. Comme nous le savons fort heureusement que le domaine de loi en matière de qualification juridique étant très vaste. C'est d'ailleurs le sens même de l'article 125 de la Constitution congolaise³⁴. Cet article distingue, en effet, les matières dans lesquelles le Parlement fixe les règles et celles pour lesquelles il détermine les principes fondamentaux.

Dans la loi n° 8-98 du 31 octobre 1998, le législateur congolais qualifie aux actes de crimes de guerres, aux crimes contre l'humanité et crime de génocide tout en faisant de tous ces crimes comme étant imprescriptibles en droit positif congolais³⁵ y compris par extension la prise d'otages et les crimes terroristes³⁶ inspirés par des motifs politiques, raciaux ou religieux et organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile, sont punis de la peine de mort. En faisant d'ailleurs une étude poussée et comparative avec le droit interne français qui s'est démarqué du droit interne congolais, tout en proposant des nouvelles réponses juridiques en droit français, on constate que le juge constitutionnel français n'avait non plus qualifié de terrorisme de façon objective comme un crime de droit commun. En revanche, en matière de la garde vue, notamment en ce qui concerne la présence obligatoire d'un avocat, le juge constitutionnel français avait effectué une remarquable intervention lors de sa saisine relative à la garde à vue d'un terroriste soupçonné en affirmant que « *le procureur de la République ou juge des libertés peut autoriser une prolongation de la garde vue jusqu'à une durée maximale de six, cela jours ne porte pas atteintes à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.* »

³⁴ : D'après l'article 125 de la Constitution congolaise, « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ». Cela veut donc dire que seul le Parlement peut créer des nouveaux crimes ou des nouveaux délits, le Gouvernement ne peut pas intervenir dans ce domaine pour prendre des règlements

³⁵ Loi n° 8-98 du 31 octobre 1998 portant définition et répression du Génocide, des crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

³⁶ L'article 12 de la Constitution : les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le crime de génocide, sont punis dans les conditions déterminées par la loi. Ils sont imprescriptibles.

En définitif, que ce soit le juge Français ou Congolais, les deux ont une même caractéristique commune celle de confier une base normative en matière d'appréciation sur la qualification des actes de nature terroriste au législateur tout en lui offrant une très grande manœuvrabilité en matière de qualification (l'article 34 de la Constitution française et l'article 125 de la Constitution congolaise).

En droit français, le terrorisme a été qualifié par la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986³⁷ qui a consacré une idéologie sécuritaire contestée à l'époque mais dont personne ne semble aujourd'hui remettre en cause.

En droit congolais³⁸, le législateur semblait en 1998(Loi n° 8-98 du 31 octobre 1998) lui donner une autre qualification juridique que celle du droit français, c'est-à-dire comme crime de guerre, crime contre l'humanité et crime de génocide mais en s'appuyant davantage sur divers textes internationaux. Une qualification, de terrorisme, trop générale et subjective en droit congolais. De même La loi n° 28-2021 du 12 mai 2021 portant régime juridique du gel des avoirs ou des actifs liés au terrorisme et à son financement s'inscrit dans la lutte contre le terrorisme mais sans pourtant bien qualifier objectivement le terrorisme en droit congolais. Mais pour le législateur congolais, sont concernées par les mesures de gel des avoirs ou des actifs, les personnes physiques et morales qui commettent ou facilitent des actes de terrorisme tels que définis à l'article 2³⁹ de la loi citée. Mais cette loi lui donne une qualification beaucoup plus appropriée et adaptée en matière de gel et des avoirs ou des actifs contre le terrorisme et la criminalité organisée.

Toutefois, le législateur congolais, dans le cadre des règles régissant la sécurité nationale ou la protection de certains intérêts stratégiques, la circulation des étrangers peut être réglementés

³⁷ Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.

³⁸ Loi n° 8-98 du 31 octobre 1998 portant définition et répression du Génocide, des crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, chapitre III, dans son article 7. Il qualifie le terrorisme comme étant un crime de guerre, crime de contre l'humanité ou encore comme toutes formes « d'atteintes portées à la vie, à la santé, au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que le traitement cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelle, les punitions collectives, la prise d'otages, les actes de terrorisme inspirés par des motifs politiques, raciaux ou religieux et organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile, sont punis de la peine de mort.

³⁹ La loi du 12 Mai 2021 « Est acte de terrorisme, tout acte destiné à tuer ou à blesser grièvement un civil ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflits armés, lorsque par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ».

par une mesure collective ou individuelle et le séjour dans certains lieux peut être interdit⁴⁰. Il ressort de la loi n° 29-2017 du 7 août 2017 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°23-96 du 6 juin 1996 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers en République du Congo, dans son article 49 : « Tout individu qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, le séjour ou la sortie irrégulière d'un étranger, sera puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq(5) ans ou d'une amende d'un million(1.000.000 de Francs CFA). Ces dispositions sont assorties d'une mesure d'expulsion immédiate du territoire national, si le délinquant est un résident ordinaire ou privilégié ».

Toutefois, le juge constitutionnel congolais veillera à ce que tous ces principes inhérents à la protection de la personne humaine dont la Constitution garantit ne soient écartés par les autorités publiques, qui pourraient s'affranchir, surtout dans un contexte d'exception⁴¹, de certaines règles juridiques fondamentales. Plus que jamais, dans ce domaine « liberticide » la proportionnalité est confiée non seulement au juge judiciaire mais aussi au juge administratif congolais, comme gardien des libertés individuelles, les deux juges assurent le respect de ce principe dans les conditions fixées par la loi. La législation de 1998 sur la qualification terroriste était contraire à la Constitution actuelle et elle avait été reprise et actualisée au sein de la sphère constitutionnelle du 25 octobre 2015, dans son article 12, dans les termes différents tout en soulevant une réserve constitutionnelle en ce qui concerne le terrorisme.⁴²

2- Une Constitution offrant à l'exécutif congolais une base normative moins solide en matière d'acte de terrorisme

En droit congolais, la Constitution offre aussi une base solide mais réduite à l'exécutif de prendre certaines mesures administratives en ce qui concerne le terrorisme. Il est signifié dans son article 126 que : « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». En d'autres termes, l'exécutif ne peut prendre ou intervenir que dans le domaine réglementaire lorsque la loi nationale n'a pas prévu une législation contre le terrorisme ou ne peut d'édicter une décision exécutoire (décret) qui aurait sans doute une grande influence significative

⁴⁰ Article 37 alinéa 2 de la loi n° 29-2017 du 7 août 2017 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°23_96 du 6 juin 1996 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers en République du Congo.

⁴¹ Article 157 de la Constitution : « L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République en Conseil des ministres. Le Parlement se réunit de plein droit. » L'état d'urgence comme l'état de siège peut être proclamé sur tout ou partie de la République pour une durée qui ne peut excéder 90 jours.

⁴² Article 12 de la Constitution dispose que : « Les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le crime de génocide, sont punis dans les conditions déterminées par la loi. Ils sont imprescriptibles »

sur la loi nationale. Ceci dit, il ne peut qu'intervenir que dans son domaine très limité et bien déterminé par rapport à la loi. En effet, ce pouvoir réglementaire, que lui confère la Constitution, est défini, en droit interne congolais, comme le pouvoir dont disposent les autorités exécutives (a)⁴³ et administratives (b)⁴⁴ pour prendre unilatéralement (c'est-à-dire sans l'accord des destinataires) des actes exécutoires comportant des dispositions générales et impersonnelles.

a- La prise des décisions par des autorités exécutives congolaises à l'encontre des actes de terrorisme, une compétence constitutionnelle

A ce titre, le gouvernement est habilité, par voie constitutionnelle, aussi à prendre les mesures exceptionnelles lorsque celles-ci constituent bien entendu une menace qui porterait atteinte aux institutions de la République et aux droits et libertés fondamentaux. En matière de lutte contre le terrorisme, l'exécutif congolais peut juger nécessaire de décréter en partie ou en général un état d'urgence en République du Congo, surtout lorsque ces circonstances lui exigent pour maintenir l'effectivité des droits et des libertés fondamentaux. En revanche, un exécutif qui n'a d'ailleurs pas encore qualifié l'infraction de terrorisme au niveau de son armature réglementaire mais, lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacées de manière grave et imminente et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics est interrompu par un acte de nature terroriste, le Président République prend des mesures exigées par ces circonstances pour décréter un état d'urgence en République du Congo. Nous constatons avec force que l'exécutif peut aussi traiter de la question en édictant des mesures d'ordre réglementaire pour y parvenir efficacement au moins de lutter contre les actes de terroriste au Congo.

Toujours dans cette optique, la Constitution habilite aussi implicitement l'exécutif d'édicter des mesures d'état d'urgence en ce qui concerne le terrorisme⁴⁵, par ordonnance, pour une période de trois mois (90 Jours)⁴⁶, à compter de la date de promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi, en matière de santé publique, de sécurité des personnes

⁴³ Article 88 de la Constitution dit : « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres » et l'article 101 dispose que : « Le Premier Ministre assure l'exécution des lois et exerce le pouvoir réglementaire dans les matières autres que celles relevant des décrets en Conseil des ministres. Il nomme aux emplois civils et militaires autres que ceux pourvus en Conseil des ministres ou par décret simple du Président de la République. »

⁴⁴ Président de la République, Premier Ministre, les Ministres, le Préfet et Maire (les autorités administratives)

⁴⁵ La loi constitutionnelle n°2-2022 du 27 janvier 2022 portant la révision de l'article 157 de la Constitution du 25 octobre 2015

⁴⁶ Article 157 nouveau : L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République, en Conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire national pour une durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix (90) jours.

et des biens ainsi qu'en matière sociale, économique et financière, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus et le terrorisme.

Or, le terrorisme comme nous le savons fort bien est contraire aux institutions de la République et nous pouvons heureusement aussi bien l'adapter aux mesures d'exception à l'instar, l'état d'urgence⁴⁷. Avec l'état d'urgence⁴⁸ d'une part, l'exécutif entend déjà protéger toutes les formes des droits et libertés en lui donnant une réponse adaptée et satisfaisante en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme.

La Constitutionnalisation de l'état d'urgence au sein de la Constitution congolaise est une avancée juridique majeure sur la gestion des crises institutionnelles, sanitaires, sécuritaires, économiques et terroristes. Avec la Constitutionnalisation de l'état d'urgence, le Constituant pense trouver un mécanisme efficace pour mieux gérer ou encadrer la gestion de crise exceptionnelle et en même temps il nous fournit une réponse intéressante pour l'adaptation de l'état d'urgence en matière de lutte contre le terrorisme comme il l'avait su le faire lors de la crise sanitaire de la Covid 19 en République du Congo.

En revanche, nous soulignons une autre avancée significative sur la Constitutionnalisation de l'état d'urgence en République qui se démarque des autres Constitutions Africaines et Européennes dans la mesure où elle répond d'une manière très significative aux gestions de crise exceptionnelle en matière de terrorisme. En faisant une étude comparative avec la Constitution Française du 4 octobre 1958 qui n'aborde pas la gestion de crise exceptionnelle (état d'urgence⁴⁹) au sein de sa Constitution du 4 octobre 1958 mais s'adapte aussi plus ou moins dans la mise en application des mesures exceptionnelles pour lutter contre la menace de nature terroriste. Cependant, L'état d'urgence est institué en France par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et au Congo par l'article 157.

Bien que l'état d'urgence soit une condition souhaitable à leur l'entrée en vigueur afin de résoudre une crise terroriste, sanitaire et économique, ces mesures exceptionnelles ont pour conséquence de réduire certains droits et certaines libertés dont la Constitution garantit en droit

⁴⁷ Article 157 de la Constitution

⁴⁸ L'état d'urgence est une situation de crise qui renforce les pouvoirs des autorités civiles en matière de sécurité des personnes, et qui limite, en conséquence, les libertés, qu'elles soient publiques ou individuelles.

⁴⁹ L'état d'urgence, qui résulte de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, est applicable « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique.

interne. De tels dispositifs intrusifs qui permettent de limiter considérablement les droits et libertés, deviennent en quelque sorte trop pérennes dans le temps comme nous l'avons constaté lors de la pandémie de Coronavirus en République du Congo de 2020 jusqu'en 2022⁵⁰. La Prorogation de l'état d'urgence, en République du Congo, pour une durée de trois mois (90 Jours)⁵¹ est une constance de la remise en cause des droits et libertés dont la Constitution garantit. Pour le philosophe italien Giorgio AGAMBEN⁵², très tôt, il a estimé que l'adoption des législations anti-terroristes aux États-Unis avaient conduit à une normalisation de l'exception. Ce qui devait rester exceptionnel, le demeure dans la forme, mais ne l'est plus dans les faits.

b- La prise des décisions par les autorités administratives congolaises, une compétence constitutionnelle par anticipation contre les troubles d'actes de terrorisme

Les exigences des mesures contre les actes qui constituent des troubles à l'ordre public ou atteintes à l'intégrité de la personne en droit positif congolais sont à l'origine de mutations juridiques substantielles⁵³.

En effet, une autorité administrative peut donc édicter des mesures contre le terrorisme lorsque ces actes ont pour finalité de trouver gravement l'état de droit. L'article 126 de la Constitution dispose que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». De cette compétence constitutionnelle, les autorités administratives, au rang desquelles le Président de la République et le Gouvernement doivent prendre des mesures effacement contre le terrorisme, qui seront par conséquent appliquées sur toute l'étendue du territoire national dans la mise en œuvre de la lutte contre-terrorisme et le rétablissement de l'ordre public.

⁵⁰ Au Congo, face à la progression de la pandémie, le recours au mécanisme constitutionnel relatif à la prorogation de l'état d'urgence sanitaire a été mis en œuvre à trente-cinq (35) reprises.

⁵¹ Article 157 nouveau : L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République, en Conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire national pour une durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix (90) jours.

⁵² (AGAMBEN (G.), *État d'exception*. Homo Sacer, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, Paris, 2003.).

⁵³ Loi constitutionnelle n° 2-2022 du 7 janvier 2022 portant révision de l'article 157 de la Constitution du 25 octobre 2015, Article premier : L'article 157 de la Constitution du 25 octobre 2015 est révisé ainsi qu'il suit : Article 157 nouveau : L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République, en Conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire national pour une durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix (90) jours. Le Président de la République informe la Nation par un message. Le Parlement se réunit de plein droit. A la demande du Président de la République, le Parlement se réunit en session extraordinaire s'il n'est pas en session, pour, le cas échéant, autoriser la prorogation de l'état d'urgence ou de l'état de siège. Lorsque, à la suite de circonstances exceptionnelles, le Parlement ne peut siéger, le Président de la République peut décider du maintien de l'état d'urgence ou de l'état de siège. Il en informe la Nation par un message. Une loi détermine les conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence ou de l'état de siège.

En effet, ces mesures administratives vont permettre au gouvernement congolais de mettre en œuvre l'état d'urgence, jugé comme outil essentiel et efficace contre le terrorisme, qui est l'un des régimes d'exception⁵⁴ que connaît bien heureusement le droit positif congolais ? celui résulterait de l'application de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, l'état d'urgence, dont le régime a été fixé par la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 dans son article 157 « *L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République en Conseil des ministres. Le Parlement se réunit de plein droit.* », répond mieux et plus adapté à encadrer par anticipation une menace de nature terroriste par rapport à l'état de siège qui ne serait mieux apprécié et moins encore adapté parce l'acte de terrorisme est un acte imprévisible, donc on ne serait mieux le mettre en œuvre contre un ennemi invisible. En revanche, c'est l'état d'urgence sanitaire⁵⁵ qui a été choisi pendant la pandémie à coronavirus au Congo (COVID 19) pour répondre efficacement contre cet ennemi invisible, et non l'état de siège qui se caractérise par une substitution de l'autorité militaire à l'autorité civile dans l'exercice des pouvoirs de police. L'état d'urgence, en ce qu'il permet d'étendre des compétences des autorités publiques, peut paraître comme cadre le plus adapté et rationnel pour répondre à la menace terroriste.

La théorie des circonstances exceptionnelles, de son côté, apparaît comme trop limitée dans son champ d'application pour permettre de répondre à une menace, telle que le terrorisme et en plus, sa mise en œuvre ne relève pas du législateur mais plutôt de l'exécutif article 157⁵⁶ de la Constitution congolaise précitée. Cette théorie est limitée parce qu'on ne pourra adapter ou répondre efficacement contre les actes de terrorisme qui ont une provenance incertaine, soudaine et imprévisible. Or, son application est due à une situation sérieuse et certaine.

La révision de l'article 157 de la Constitution, afin de donner plus de pouvoirs aux autorités publiques, pour une durée de 90 jours, ne peut pas être une réponse satisfaisante sur le plan juridique, dans la mesure où la durée de 20 jours prévue avant la révision, était nécessaire aussi

⁵⁴ L'état d'urgence, l'état de siège et les mesures prises en vertu de l'article 93 de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015

⁵⁵ Le gouvernement de la République du Congo a décidé, à l'issue du Conseil des ministres de proroger l'état d'urgence sanitaire pour la trente-cinquième reprise, en dépit de la situation épidémiologique stable dans tout le pays, d'après le compte rendu publié. Cette prorogation pour une durée de 90 jours, à compter du 21 juillet, sera transmise au Parlement pour examen et adoption. « Au regard de la résurgence de certains variant au niveau international, il est indispensable de poursuivre la mise en œuvre des mesures édictées dans le cadre de la lutte contre cette pandémie », précise le compte rendu du Conseil des ministres.

⁵⁶ Article 157 de la Constitution congolaise : « L'article 157 de la Constitution du 25 octobre 2015 est révisé ainsi qu'il suit : Article 157 nouveau : L'état d'urgence comme l'état de siège est décrété par le Président de la République, en Conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire national pour une durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix (90) jours. »

pour répondre puis qu'il s'agit d'un temps donné et limité pour résoudre une situation de crise sans pourtant porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution.

Certes que, le terrorisme demande une réponse urgente mais spécifique et adaptée qui pourrait s'appliquer à tout moment d'une façon pérenne sans déstabiliser notre état de droit. En effet, l'état d'urgence ou l'état de siège ne semble vraisemblablement correspondre à la gestion de situations de terrorisme. En effet, la notion d'urgence fait référence également à un péril imminent et ponctuel. Or, le terrorisme, acte imprévisible, porte gravement atteinte à l'ordre public et vise la déstabilisation de l'ordre public. Il est très difficile d'adapter le terrorisme et le considérer comme un danger imminent et ponctuel au sens l'article précité.

II- LE TERRORISME, CONTRAIRE AUX DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX GARANTIS PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Aujourd'hui, nous assistons à un type nouveau de terrorisme, celui de guerre. Le terrorisme s'est largement muté et la Constitution congolaise est en quête des règles juridiques plus fortes et efficaces pour assurer l'une des leurs missions principales : les droits, libertés et devoirs des citoyens congolais. La Constitution interprétée par le juge constitutionnel et juge du fond constitue également un rempart solide, rappelle les limites à ne pas franchir en matière de lutte contre le terrorisme. On peut citer l'article 8 de la Constitution qui dispose que : « *la personne humaine est sacrée et à droit à la vie* » et l'article 9 de la même Constitution « *la liberté de la personne humaine est inviolable. Nul peut être arbitrairement accusé, arrêté ou détenu* ».

On comprend aisément qu'en renforçant l'effectivité des droits de la personne dans la sphère constitutionnelle, elle fait parler aussi du terrorisme puisqu'elle garantit l'effectivité en matière des droits et libertés, même si le terrorisme est contraire à l'idée de vivre ensemble dans un État de droit. Il a été rappelé que tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie à la suite d'un procès juste et équitable garantissant les droits de la défense.

En effet, bien que la première réaction d'un acte de terrorisme pourrait être celle de la violence, mais la Constitution doit passer nécessairement par les règles juridiques. Et elle est, par conséquent, le meilleur support ou outil en matière de lutte contre le terrorisme. L'utilisation de la Constitution paraît a priori surprenante parce que la « Constitution » et « le terrorisme » sont deux termes antinomiques. Le terrorisme s'oppose radicalement à l'idée même de « Constitution » puisqu'il vise à la remise en cause de l'ordre public établi, à la mise à mal des valeurs républicaines

et institutionnelles. Il est aussi illicite et inconstitutionnel. Et d'ailleurs, il est relèvé davantage du politique que de la sphère juridique et de ce fait sa signification aussi soulève des nombreuses interrogations. L'heure est maintenant aux interrogations sur la pertinence de ce choix : le juge constitutionnel congolais est-il réellement efficace dans la lutte contre le terrorisme ? Ou encore peut-il à la fois protéger des citoyens et garantir leurs droits et libertés fondamentaux tout en trouvant un juste équilibre entre la nécessité de se prémunir contre les risques et l'exigence du respect des droits des accusés terroristes (A) ? Nous savons aussi pertinemment que le juge constitutionnel congolais s'est intervenu très rarement sur les lois contre le terrorisme (B)

A- La protection juridictionnelle spécifique du juge constitutionnel congolais contre les actes de terrorisme

Dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois contre le terrorisme, le juge constitutionnel veille au respect des droits et libertés garantis par la Constitution. En particulier, il vérifie si les limitations à ces droits et libertés sont justifiées et proportionnées au regard de l'objectif poursuivi à titre d'exemple la présence d'un avocat dès les premières heures de la garde à vue et inviolabilité de la liberté de la personne humaine⁵⁷. En effet, en ce qui concerne la garde à vue des terroristes⁵⁸ qui pourrait être prolongée par le juge congolais pour une durée maximale allant entre 5 et 6 jours de garde à vue, ce ne pourrait porter atteinte à un droit que la Constitution garantit surtout lorsque les investigations sont en cours et le risque d'un attentat potentiel pesant sur les libertés qui doivent absolument être protégées. Ainsi, sur le plan procédural, la Constitution du 25 octobre 2015 a inséré une voie juridictionnelle spécifique permettant de protéger ces droits et libertés⁵⁹ : c'est la voie de l'exception d'inconstitutionnalité lorsque la juridiction saisie⁶⁰ sursoit à statuer et impartit au requérant un délai d'un mois à partir de la signification de sa décision pour saisir la Cour constitutionnelle conformément à l'article 180, al 2 de la Constitution.

A travers cette protection juridictionnelle spécifique, le juge constitutionnel congolais fait sortir le terrorisme de sa réserve. Et la Constitution confère au juge constitutionnel un monopole de fait puisqu'il n'est pas le seul juge à protéger les droits et libertés fondamentaux. Elle a conféré

⁵⁷ Article 9 de la Constitution : « La liberté de la personne humaine est inviolable. Nul ne peut être arbitrairement accusé ou détenu ».

⁵⁸ Décision QPC du Conseil Constitutionnel français du 22 septembre 2010 sur la durée de la garde à vue d'un terroriste et QPC du 17 février 2012 du Conseil constitutionnel sur la présence obligatoire d'un avocat au procès afin de garantir les droits de la défense.

⁵⁹ Décision QPC du Conseil Constitutionnel français du 30 juillet 2010 relative à la retenue douanière

⁶⁰ La juridiction administrative ou judiciaire est saisie par le requérant.

au pouvoir judiciaire la garantie des libertés individuelles⁶¹, car elle offre aussi des garanties particulières que ni le pouvoir exécutif ni le législateur ne disposent.

En effet, c'est le pouvoir judiciaire qui saura assurer le procès de manière indépendante et se prononcer de manière impartiale. Ce pouvoir judiciaire est constitué du juge judiciaire (1) et juge administratif (2)

1- La protection des droits et libertés fondamentaux contre le terrorisme, une compétence traditionnelle du juge judiciaire

Traditionnellement en droit positif congolais, toute personne arrêtée qu'elle soit terroriste ou non est informée du motif de son arrestation et de ses droits dans une langue qu'elle comprend. La Constitution congolaise, garante des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, qualifie implicitement le terrorisme comme tout acte de torture, tout traitement cruels inhumain ou dégradant (article 12 de la Constitution⁶²). Elle prohibe tous ces crimes susmentionnés y compris implicitement le crime de terrorisme. Partant de ce postulat constitutionnel, il en découle qu'elle fait du pouvoir judiciaire gardien des libertés individuelles qui doit assurer le respect de ce principe dans les conditions fixées par loi⁶³. En d'autres termes, lorsqu'un terroriste viole une liberté fondamentale⁶⁴ dont la constitution garantit, le pouvoir judiciaire est compétent pour en assurer le respect tout en garantissant les droits de l'accusé⁶⁵. En effet, si l'accusation de ce dernier, d'appartenance à une activité terroriste, s'avère réelle et liée directement à l'accusé à une activité de nature terroriste, il est tenu pénalement responsable en droit congolais.

Il s'agit d'ailleurs d'une des seules libertés fondamentales, les très rares libertés fondamentales, figurant au sein de la norme suprême congolaise. Toutefois, bien que cette liberté fondamentale doive être conciliée avec des impératifs particuliers, à savoir ceux tirés expressément de la protection de l'ordre public, celle-ci bénéficie néanmoins d'une protection caractéristique à la fois de la part du juge constitutionnel et du juge judiciaire.

⁶¹ Article 11, al 3 de la Constitution dispose que « Le pouvoir judiciaire, gardien des libertés individuelles, assure le respect de ce principe dans les conditions fixées par la loi »

⁶² Article 12 de la Constitution dispose que : « Les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le crime de génocide, sont punis dans les conditions déterminées par la loi. Ils sont imprescriptibles »

⁶³ Article 11 de la Constitution congolaise, alinéa 3 dispose que : « le pouvoir judiciaire, gardien des libertés individuelles, assure le respect de ce principe dans les conditions fixées par la loi »

⁶⁴ Article 9 de la Constitution dispose que : « La liberté de la personne humaine est inviolable. Nul ne peut être tenu arbitrairement accusé, arrêté ou détenu ».

⁶⁵ Article 9 de la Constitution congolaise alinéa 2 dispose que : « Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie à la suite d'un procès juste et équitable garantissant les droits de la défense ».

Par ailleurs, il existe aussi une définition stricte de la liberté individuelle ; la liberté individuelle correspond donc, en pareil cas, à la sûreté. Cette notion de sûreté implique, dans la pratique, que chaque congolais est protégé à l'encontre de potentielles menaces terroristes et contre l'arrestation ou des détentions dites arbitraires. C'est bien en ce sens précis que dispose l'article 9 de la Constitution congolaise puisqu'il prévoit explicitement que "Nul ne peut être arbitrairement détenu" y compris le terroriste que le juge judiciaire congolais doit garantir les droits de la défense de ce dernier en lui garantissant un procès juste et équitable. C'est dans cette même optique s'inscrit également l'article 3 de la loi portant Code pénitentiaire en République du Congo : « Toute détention ou admission d'une personne dans un établissement pénitentiaire en dehors des cas prévus à l'article 2 ⁶⁶ci-dessus constitue une détention arbitraire. »

En faisant une étude comparative avec le droit positif français, la sûreté est considérée par un autre texte de valeur constitutionnelle, à savoir : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'août 1789, notamment sous le prisme de la reconnaissance de certains principes fondamentaux s'appliquant en droit pénal. Ces principes résident en effet dans la légalité des infractions et des peines ; dans la nécessité et dans la proportionnalité des peines, dans la non-rétroactivité de la loi pénale et enfin, dans la présomption d'innocence⁶⁷.

Entendue de manière extensive, la liberté individuelle renvoie à une pluralité de droits, eux-mêmes attachés spécifiquement à la personne humaine, à l'image par exemple de la liberté d'aller et venir ou encore la dignité de la personne humaine⁶⁸.

Finalement, il convient de retenir que cette liberté individuelle peut, comme toute liberté proclamée et reconnue, faire l'objet de restrictions. Ces restrictions sont l'œuvre des parlementaires, mais cette œuvre législative est en vérité vérifiée par le juge constitutionnel en vertu de l'article 175 alinéas 2 de la Constitution congolaise. De même, il revient au pouvoir judiciaire de veiller à ce que la mise en place de la législation concernée ne porte aucunement atteinte à la liberté individuelle, à tout le moins que cette atteinte n'est pas excessive puis que la Constitution lui fait sacrer gardien des droits et libertés fondamentaux. En d'autres termes, une loi

⁶⁶ Article 2, de la loi portant code pénitentiaire en République du Congo, dispose que : « On ne peut être détenu qu'en vertu : d'un arrêt ou d'un jugement de condamnation, d'un mandat de dépôt, d'un mandat d'arrêt, d'une ordonnance de prise de corps et d'une mesure de contrainte par corps. »

⁶⁷ Cf, notamment Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n 2004-492DC.

⁶⁸ Cf, par exemple, Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, n 93-225).

illégal, contraire aux droits et libertés fondamentaux, serait écartée par le juge congolais c'est-à-dire il ne l'appliquera pas en droit interne et ne pourra non plus l'annuler au nom du principe de la séparation de pouvoir⁶⁹. En revanche, en cas d'exception d'inconstitutionnalité, le juge saisi sursoit à statut et impartit au requérant un délai d'un mois à partir de la signification de sa décision pour saisir le juge constitutionnel.

Mais le rôle du juge judiciaire, gardien naturel de la liberté individuelle, se trouve aujourd'hui réduit à la portion congrue. D'une part, alors qu'elle englobait autrefois l'ensemble des libertés individuelles (liberté d'aller et venir, protection de la vie privée, inviolabilité du domicile, etc.), la liberté individuelle a été réduite par la Cour constitutionnelle comme par le juge administratif, à la sûreté, c'est-à-dire à la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires. Le champ d'intervention du juge judiciaire s'en trouve considérablement restreint. D'autre part, la définition de police administrative fait l'objet d'une extension considérable, au détriment de la police judiciaire, placée sous le contrôle du juge judiciaire. La qualification de police administrative est souvent retenue, bien que le dispositif policier en question soit étroitement lié à la répression d'infractions pénales. L'intervention du juge judiciaire est ainsi contournée.

2- La protection des droits et libertés fondamentaux contre le terrorisme par le juge administratif, une compétence renouvelée par anticipation par le juge constitutionnel

L'office du juge administratif⁷⁰ a pour vocation de protéger les droits et libertés fondamentaux des administrés fauchés par les actes de terrorisme et défend aussi l'intérêt général (b). Il tranche également les conflits entre les usagers et l'administration lorsque celle-ci use largement de ses prérogatives. En effet, le juge administratif détient un pouvoir de contrôle de la légalité des décisions de l'administration par le biais du recours pour excès de pouvoir (a).

⁶⁹ Le principe a été affirmé par la loi française sur l'organisation judiciaire des 16 et 27 août 1790 au terme de laquelle « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatifs... »

⁷⁰ C'est au juge judiciaire que le pouvoir constituant de 2016 a décidé de confier la protection de la liberté individuelle. Toutefois, beaucoup d'éléments permettent aujourd'hui un rééquilibrage de la fonction de gardien de la liberté individuelle voire, plus largement des libertés vers le juge administratif montrant l'égale vocation de ce dernier à garantir les libertés fondamentales, égale vocation qui a toujours existé et qui, depuis longtemps, guide son office. Ce rééquilibrage a notamment été permis par le développement conséquent de certains pouvoirs lui permettant d'assurer, au même titre que le juge judiciaire, une protection effective des droits et libertés. Au Congo, ce droit est assuré par le pouvoir judiciaire.

a- Le pouvoir de contrôle de la légalité des décisions administrative contre le terrorisme

La constitutionnalisation implicite de la compétence du juge administratif, au sein de la sphère constitutionnelle, en ce qui concerne la saisine de terrorisme, laisse également place à des règles législatives en la matière. Cependant, celles-ci ne sont pas suffisamment précises à cause de son ambivalence pour résoudre toutes les difficultés qui peuvent se présenter et leur mise en œuvre a donné lieu à une mosaïque d'approches juridiques.

Il a été indiqué, en France, dès l'introduction que le Conseil constitutionnel a consacré au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République la règle selon laquelle l'annulation ou la réformation des décisions administratives prises par les autorités exerçant le pouvoir exécutif relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative⁷¹. Cette pratique est admise aussi au Congo aux termes de l'article 11, al 3 de la Constitution qui dispose que : « *Le pouvoir judiciaire, gardien des libertés individuelles, assure le respect de ce principe dans les conditions fixées par la loi* » en exerçant ses prérogatives en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, il garantit cette valeur constitutionnelle par la voie d'action et d'exception, relève aussi de la compétence du juge administratif congolais⁷².

Au-delà de cette compétence constitutionnelle du juge administratif c'est-à-dire l'annulation ou la réformation des décisions administratives⁷³, il convient aussi de le rappeler que le juge administratif peut, toutefois, dans ses prérogatives juridictionnelles, effectuer sa saisine sur les actes de terrorisme par la voie de recours pour excès de pouvoir (voie d'action). En effet, le recours pour excès de pouvoir est un « *recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision des autorités administratives d'une règle de droit* ». Il « *est ouvert même sans texte et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ». Et par la voie de l'exception aussi⁷⁴.

⁷¹ Décision du CC n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence (France)

⁷² Les lois n° 8-96 et n°13-96 du 20 Mars 1996 portant création des Tribunaux administratifs de Brazzaville et Pointe Noire.

⁷³ Article 11, al 3 de la Constitution dispose que « Le pouvoir judiciaire, gardien des libertés individuelles, assure le respect de ce principe dans les conditions fixées par la loi ».

⁷⁴ Il est dit en substance de l'article 180 et l'alinéa 2 de la Constitution que : « Tout particulier peut, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction dans une affaire qui le concerne, saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois et traités.

En cas d'exception d'inconstitutionnalité, la juridiction saisie sursoit à statuer et impartit au requérant un délai d'un mois à partir de la signification de sa décision pour saisir la Cour constitutionnelle. »

Toujours dans cette même idée, la Constitution du 25 Octobre 2015, dans son article 180, alinéa 2, offre au juge du fond congolais une base normative solide là où il peut exercer son contrôle approfondi de sursoir à statuer et impartit au requérant un délai d'un mois pour saisir la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les lois contre le terrorisme par la voie d'exception d'inconstitutionnalité (contrôle a posteriori).

En ce qui concerne le contrôle par la voie d'exception d'inconstitutionnalité des lois contre le terrorisme son contrôle est beaucoup plus pragmatique et réaliste. Comme nous le savons fort bien, il n'est pas juge de constitutionnalité des lois mais juge de la conformité des actes administratifs à la Constitution. Ce rôle de constitutionnalité des lois est assigné évidemment au juge constitutionnel congolais dans son article 175 de la Constitution.

Toutefois, lors de son contrôle de conformité, le juge administratif congolais peut être conduit à écarter une loi contre le terrorisme en cas de conflit entre celle-ci et une norme internationale. Alors que la théorie de la « loi-écran » avait longtemps fait obstacle, ici aussi, à ce qu'un acte administratif puisse être censuré lorsqu'il était intervenu en application d'une loi dans le cas où celle-ci, par l'hypothèse, contraire à un engagement international, il n'en est plus même de nos jours. Le juge administratif congolais a en effet progressivement abandonné les limitations de sa propre compétence qu'il s'était d'abord imposées pour vérifier les conditions d'application de l'article 223 de la Constitution et il n'existe plus d'ici « d'écran législatif » faisant obstacle au contrôle de conventionalité des actes administratifs.

On comprend dès lors que le contrôle accru du juge administratif sur les conditions d'application d'une règle internationale à travers les procédures et mécanismes d'incorporation de celle-ci au niveau de son ordonnance interne et son contrôle en matière de réciprocité et de la publicité d'une loi autorisant la ratification d'une convention contre le terrorisme, devient effectif à condition de respecter toutes les procédures nécessaires qui deviennent obligatoires dans la mise en œuvre de la transposition⁷⁵ de la règle internationale.

En d'autres termes, la compétence constitutionnelle⁷⁶ conduit le juge administratif congolais à vérifier que les traités internationaux, autorisant la ratification d'une convention

⁷⁵ La transposition est l'acte obligatoire par lequel un État membre insère dans son système juridique une règle de droit demandée pour remplir les objectifs.

⁷⁶ L'article 223 de la Constitution congolaise

internationale contre le terrorisme⁷⁷, ont effectivement été ratifiés ou approuvés⁷⁸ sur la base d'une loi de ratification. En outre, alors que le juge administratif s'est longtemps refusé à contrôler la régularité des actes d'approbation ou de ratification, il a opéré un important revirement de jurisprudence en jugeant « qu'il appartient au juge administratif aujourd'hui de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 217 de la Constitution⁷⁹ », qui subordonne, dans certains cas, la ratification ou l'approbation d'un traité à une autorisation donnée par la loi. En vérifiant toutes ces conditions d'application de la procédure de transposition de la norme internationale, le juge administratif effectue une saisine implicite sur la problématique de terrorisme mais efficace et réaliste.

En effet, ce contrôle peut être aussi opéré par la voie d'exception d'inconstitutionnalité, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application d'un traité, pour l'examen d'un moyen tiré de ce qu'il n'aurait pas été régulièrement approuvé par la loi. Il est en effet jugé qu'il résulte des dispositions précitées de la Constitution⁸⁰ congolaise qu'il appartient au juge administratif congolais, saisi d'un moyen tiré en ce sens, de s'assurer qu'un traité ou accord, portant sur la lutte contre le terrorisme, a été régulièrement ratifié ou approuvé, non seulement lorsqu'un tel moyen est invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir directement formé à l'encontre du décret de publication qui en a permis l'introduction dans l'ordre juridique interne, mais aussi par la voie d'exception d'inconstitutionnalité, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement international.

⁷⁷ La loi n° 33-2006 du 26 octobre 2006 autorisant la ratification de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.

⁷⁸ Loi portant n°14-2006 du 31 Mai 2006 autorisant la ratification de la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme.

⁷⁹ Article 217 de la Constitution alinéa 2 dispose : « La ratification ne peut intervenir qu'après autorisation du Parlement en ce qui concerne les traités de paix, les traités de défense, les traités de commerce, les traités relatifs aux ressources naturelles ou les accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui composent cession, échange ou adjonction du territoire ».

⁸⁰ Article 180 dans son alinéa 2 dispose que « En cas d'exception d'inconstitutionnalité, la juridiction saisie sursoit à statuer et impartit au requérant un délai d'un mois à partir de la signification de sa décision pour saisir la Cour constitutionnelle. »

b- La prévention des droits et libertés des administrés contre les actes de terrorisme, une mission aux enjeux considérables du juge administratif congolais

Ainsi que le soulignait Mme le professeur Marie-Claire Ponthoreau⁸¹, « en se référant à des précédents étrangers, les juges cherchent à faire front commun face aux forces de la globalisation qui pèsent de manière croissante sur les décideurs publics nationaux (...) en les poussant à se conformer à des standards globaux tels que ceux en matière de prévention des actes terroristes ».

Page | 33

La prévention du terrorisme représente une mission aux enjeux considérables de la part du juge administratif congolais⁸². Toutefois, sa nature même, ainsi que le caractère exorbitant des prérogatives qu'elle requiert font jouer considérablement sur les droits et libertés des individus que le juge administratif entend protéger par voie d'action⁸³ et voie d'exception d'inconstitutionnalité⁸⁴. Comme le soulignait Pierre MAZEAU⁸⁵ : « le terrorisme appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics, que les risques de compromettre l'exercice des libertés fondamentales s'en trouvent accrus ». Peu de domaines cristallisent et manifestement le tiraillement entre, d'une part, la protection de l'ordre public, et d'autre part, celle des droits et libertés individuels.

En ce qui concerne la protection de l'ordre public par les autorités administratives. Elle s'effectue cependant sous le contrôle vigilant du juge administratif congolais à travers son mécanisme de recours d'excès de pouvoir⁸⁶ qui constitue son noyau dur en matière d'annulation ou de reformation d'une décision administrative. C'est au cœur de ce tiraillement que le contrôle du juge administratif congolais trouve son importance. Mais, fort est de constater que ce contrôle du juge est assorti des difficultés aussi. En effet, il s'agit de constater si la gravité de la menace

⁸¹ Professeur en droit public à l'Université de Bordeaux, dans son ouvrage du Droit Constitutionnel Comparé, Paris, Economica, Coll.

⁸² La loi n°8-96 du mars 1996 portant création du tribunal administratif de Brazzaville, dans son article 4 stipule que « Les procédures en cours devant le Tribunal des Grandes Instance de Brazzaville ayant un caractère administratif sont transférées en l'état au Tribunal Administratif de Brazzaville dès l'entrée en vigueur de la présente loi sans qu'il y ait lieu de renouveler les actes, formalités et jugements régulièrement intervenus antérieurement à la promulgation de la présente loi.

⁸³ Article 175 de la Constitution, alinéa 2 dispose que « Elle est juge de la constitutionnalité des lois, des traités et accords internationaux. »

⁸⁴ Article 180 de la Constitution congolaise dispose que : « Tout particulier peut, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction dans une affaire qui le concerne, saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois et traités. »

⁸⁵ Ancien Président du Conseil Constitutionnel en France, juriste et homme politique Français

⁸⁶ Le recours pour excès de pouvoir a pour objectif d'annuler l'acte administratif illégal. En cas d'annulation, se met en place un effet rétroactif, autrement dit l'acte est réputé n'avoir jamais existé.

terroriste demande une mise en retrait du juge administratif ou si au contraire, cette gravité de la menace porte atteinte potentiellement aux droits et libertés individuels dont la Constitution protège tout en lui faisant implicitement aussi comme gardien des droits et libertés individuels.

En revanche, ce qui expliquerait de justifier son contrôle beaucoup plus étroit en matière de prévention d'acte de terrorisme. Cette difficulté de principe trouve notamment un écho dans le degré de contrôle que le juge administratif congolais décide d'exercer sur les actes de police administrative intervenant en matière de terrorisme. Il doit contrôler avec efficacité la prévention d'actes de terrorisme pris et édictés par les détenteurs de ce pouvoir normatif⁸⁷ de ne pas heurter considérablement les droits et libertés individuels des administrés. En effet, la prévention du terrorisme fait tout d'abord l'objet d'une mission essentielle d'une police administrative mise en place par le législateur congolais qui se caractérise par son caractère public : elle se concrétise par l'édition de normes juridiques ou réglementaires. Son caractère matériel est d'éviter un désordre visible par des actes matériels comme les actes de terrorisme qui consistent à troubler gravement l'ordre public (ronde de police, contrôle d'identité, perquisitions, assignations...).

B- La rareté des interventions du juge constitutionnel congolais sur les lois contre le terrorisme

La loi n° 8-98 du 31 octobre 1998 portant définition et répression du Génocide, des Crimes de Guerre et des Crimes contre l'Humanité au Congo, le juge constitutionnel a été amené à nouveau, par le mécanisme de constitutionnalité des lois d'appréhender l'incrimination du terrorisme et la création « d'un droit du terrorisme dérogatoire au regard du droit congolais⁸⁸, à mi-chemin entre la prévention et la répression par la loi du 28-2021 du 12 Mai 2021 portant régime juridique du gel des avoirs ou des actifs liés au terrorisme et à son financement⁸⁹. En effet, le juge constitutionnel congolais semble s'adapter de nos jours aux actes de terrorisme à travers le mécanisme de contrôle de la légalité d'infraction terroriste à la Constitution et cette légalité d'infraction s'opère maintenant à tous les niveaux de la hiérarchie juridictionnelle. Certes il ne s'est jamais prononcé directement et frontalement sur la question de terrorisme en droit interne

⁸⁷ La police administrative est l'activité administrative qui vise à prévenir les troubles à l'ordre public. Le pouvoir de police administrative est un pouvoir normatif qui permet à son détenteur d'édicter des mesures réglementaires et individuelles.

⁸⁸ En matière de la détention préventive de liberté pour des personnes soupçonnées terroristes au Congo.

⁸⁹ L'article 1 de loi du 28-2021 du 12 Mai. 2021 : « sont concernées par les mesures de gel des avoirs ou des actifs, les personnes physiques et morales qui commettent ou facilitent des actes de terrorisme tels que définis à l'article 2 ci-dessous, ou y participent ».

mais il s'est déjà prononcé en ce qui concerne les droits et les libertés de la personne humaine dont il est garant.

Le juge constitutionnel congolais essaie toujours de maintenir l'équilibre entre les droits et libertés fondamentaux et même temps les limites de la démocratie dans les décisions qu'il rendrait un jour à propos de la qualification de l'infraction d'acte de terrorisme. Il interviendrait aussi lorsqu'il doit effectuer une saisine sur une question donnée et dans un contexte bien particulier⁹⁰. Il faut bien le rappeler aussi, il a, surtout, rarement eu l'occasion d'intervenir sur les lois contre le terrorisme en droit interne congolais et n'a jamais déclaré une loi contre le terrorisme contraire à la Constitution⁹¹. Cette rareté s'explique aussi, d'une part, par l'urgence dans laquelle les États démocratiques ont dû gérer des attentats sur leur sol. D'autre part, le contexte congolais est particulier dans la mesure où le juge constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de traiter ou gérer un acte de terrorisme sur son sol. Et cela peut s'expliquer dans un contexte qui suivra les attentats terroristes sur le sol congolais, un consensus politique conduira parfois à l'éviction du contrôle de constitutionnalité. Pourtant une intervention plus fréquente du juge constitutionnel se dessine et se remarque aussi bien par le truchement de son contrôle plus réaliste et pragmatique qui est sans doute la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité qui pourra être invoquée devant une juridiction dans une affaire qui le concernera de saisir le juge constitutionnel sur la constitutionnalité des lois contre le terrorisme.

L'évolution du droit constitutionnel par rapport au terrorisme doit être envisagée à deux niveaux. D'une part, cette évolution constitutionnelle doit pousser le juge constitutionnel congolais de fonder ses décisions sur des normes constitutionnelles spécifiques qui définissent le cadre général de la lutte contre le terrorisme. D'autre part, elle pourrait venir du juge constitutionnel lui-même avec une intervention plus fréquente et une prise de position plus tranchée. En effet, le terrorisme influence de facto le jugement de la légalité de l'infraction. Le juge constitutionnel congolais doit maintenir toujours son contrôle, mais l'avenir pourrait mettre en place un climat plus sécuritaire qu'il n'est aujourd'hui. Le juge interne congolais aurait dans cette hypothèse besoin de normes plus explicites pour fonder son contrôle.

La prise en compte considérable par la Constitution congolaise réside dans la volonté de donner au juge constitutionnel congolais des données adéquates pour opérer un rapport de

⁹⁰ La Constitutionnalité des lois à la Constitution

⁹¹ Le juge constitutionnel congolais n'a pas encore déclaré une loi contre le terrorisme contraire à la Constitution en droit positif congolais

constitutionnalité équilibrée. Pour l'instant, le juge congolais doit mettre en balance, d'une part, les droits et libertés fondamentaux dont la Constitution garantit, et, d'autre part, la lutte contre le terrorisme qui correspond à aucune norme constitutionnelle, mais à un objectif à valeur constitutionnelle.

Certes, cet objet à valeur constitutionnelle justifie aussi sa conciliation avec les droits et libertés fondamentaux. Mais le caractère atypique de cet objet entraînera une plus forte réaction de la part du Gouvernement Congolais.

En sus, le juge interne congolais doit veiller scrupuleusement au maintien des garanties minimales mais il est à craindre qu'il devienne prisonnier d'un contexte créé par le terrorisme qui influencera tous les pouvoirs publics et l'opinion nationale.

Conclusion

En somme, il sied de retenir que juge constitutionnel⁹² ne se limite que sur la protection des droits et libertés dont la Constitution garantit d'une part, et à son rôle qui consisterait à ce que les lois se conforment à la Constitution. En effet, la Constitution congolaise ne fixe aucun cadre normatif en ce qui concerne le terrorisme, et par conséquent, prive le juge constitutionnel congolais d'y intervenir efficacement sur la définition ou la qualification du terrorisme. En revanche, le juge constitutionnel congolais est aujourd'hui obligé de transposer des paramètres de décisions contre le terrorisme sans textes mais s'il pouvait, à l'inverse, disposer d'une base normative constitutionnelle pour mieux préciser l'application du texte constitutionnel, ça serait très appréciable.

⁹² Si le juge constitutionnel n'est compétent que pour contrôler la constitutionnalité des lois, il n'est en plus compétent que dans un cadre bien précis, posé par la Constitution, et qui constitue une autre limite à son monopole. En effet, la Cour constitutionnelle ne peut pas être saisie dans n'importe quelles conditions.

An African Union -United Nations operational management of conflict situations in Africa: a practical x-ray from the lenses of laid down statutes. case of Somalia

Gestion opérationnelle des situations de conflit en Afrique par l'Union Africaine et les Nations Unies : une radiographie pratique sous l'angle des lois en vigueur. cas de la Somalie Page | 37

Unies : une radiographie pratique sous l'angle des lois en vigueur. cas de la Somalie

By :

EKOLE BINDAKA NGOE-NESOAH

LL. B (Dschang); LL.M (Dschang); PhD Research Scholar

University of Dschang, Faculty of Law and Political Science

Department of International and Community Law

ekolebindakangoenesoah@gmail.com

Résumé :

Bien que confrontées à de nombreux bouleversements, il est plus qu'évident que les opérations de paix des Nations unies ont atteint des niveaux sans précédent. La Somalie en a été, ces dernières années, un exemple et une preuve classiques. Les opérations de paix n'ont pas seulement augmenté en taille, elles sont devenues de plus en plus complexes. Cela est visible dans le nombre croissant de militaires, de policiers et de civils déployés pour les missions de paix des Nations unies depuis le début du nouveau millénaire. Le continent africain est particulièrement marqué, depuis la fin de la guerre froide, par une recrudescence des conflits armés internes. L'incapacité de l'Organisation de l'Unité Africaine, alors principale organisation continentale depuis sa création en 1963, à prévenir de tels conflits, a contraint ses Etats membres à restructurer l'ensemble du dispositif institutionnel, normatif et opérationnel du système régional de préservation de la paix et de la sécurité. La création de l'Union africaine et le développement de son architecture de paix et de sécurité au début des années 2000, ont annoncé une évolution du cadre institutionnel continental de prévention des conflits armés. En érigeant la démocratie et la paix comme préalables à l'objectif principal de développement, l'ONU en liaison avec l'Union africaine, dans une articulation délicate mais ambitieuse avec les communautés économiques régionales, s'est approprié la prévention régionale des conflits armés, par une approche juridique telle qu'explicitée dans les statuts qui repose sur l'identification des causes diverses de ces conflits, développer des moyens spécifiques pour avoir une gestion opérationnelle idéale.

Mots-clés : Union africaine, Organisation des Nations unies, Gestion opérationnelle, Conflit, Afrique, Statuts.

Abstract:

Though caught up with lots of upheavals, it is more than evident that UN's peace operations have reached unprecedented levels. Somalia has in the past years been a classic example and evidence. They have not only grown in size but have become increasingly complex. This is visible in the increasing numbers of military, police and civilian population deployed for United Nations peace missions since the beginning of the new millennium. The African continent is particularly marked since the end of the cold war by a resurgence of internal armed conflicts. The incapacity of the Organization of African Unity, the then main continental organization since its creation in 1963, to prevent such conflicts, forced its member States to restructure the whole institutional, normative and operational plan of the regional system of preservation of the peace and security. The creation of the African Union and the development of its architecture of peace and security in the early 2000s, heralded an evolution of the continental institutional frame of armed conflict prevention. By establishing democracy and peace as prerequisites main objective of development, the UN in conjunction with the African Union, in a delicate but ambitious joint with the regional economic communities, appropriated the regional prevention of armed conflicts, by a legal approach as spelt out in laid down statutes which rests on the identification of the diverse causes of these conflicts, to develop specific ways to having an ideal operational management.

Keywords: African Union, United Nations Organization, Operational, Management, Conflict, Africa, Statutes.

Introduction

To achieve its vision of a conflict-free and stable continent, the AU engaged in partnership with a number of international actors that have enabled it to improve on its conflict management capabilities. However, of all these partnerships, the one with the UN remains key, prominent and well structured. This is reflected in collaboration on peace-making initiatives, peacekeeping in the theatre of conflict and peacebuilding in post-conflict situations. The UN and the AU cooperate in situations such as those in the DRC, Mali, Guinea Bissau, Somalia, Darfur-Sudan and Southern Sudan, to name but a few.

Page | 39

Thus, depending on the configuration of each conflict, the UN may support the efforts of the African Union and to an extent the RECs to find a political solution to the crisis, or it may support its peace operations on the ground in order to put an end to the armed violence and numerous human rights violations. Our analysis will look at how the AU-UN partnership is structured in certain conflicts that are of particular interest to African leaders and the international community, and in which the two institutions are joining forces to find a lasting solution. In seeking solution to these crises, and understanding how this operation goes, it will be necessary to have an in depth focus on the AU's role in managing the Somalia conflict and the UN's logistical and financial support for the African Mission in Somalia, (I) then the parallel deployment of the UN Mission: The UN assistance mission in Somalia notably Somalia (II).

I- THE AU'S ROLE IN THE MANAGING THE SOMALIA CONFLICT AND THE UN'S LOGICAL AND FINANCIAL SUPPORT FOR THE AFRICAN UNION MISSION IN SOMALIA

In order to embrace the spirit of Chapter VIII of the United Nations Charter concerning the relationship between the universal organisation and the sub-regional organisations, the latter are endeavouring to make their partnership more structured, by making more flexible the implementation of the principles of subsidiarity as provided for by the provisions of the United Nations Charter and that of the comparative advantages held by the regional and sub-regional organisations. Explicitly, the AU and sub-regional organisations set out from the outset to seek political solutions through missions of good offices and mediation¹, while the UN intervenes in the theatre of conflicts through the deployment of its peace missions or supports African operations

¹ Madagascar, Comoros, Ivory Coast, etc.

authorised by the Security Council (AMISOM). Greater response will be made possible in presenting the AU's role in managing the Somali conflict and the UN logistical and financial support for the African mission in Somalia (A), as well as the parallel deployment of a UN mission (B).

A- The AU's role in managing the Somali conflict and the UN's logistical and financial support for the African Mission in Somalia (AMISOM)

Before looking at the question of UN support for the AU, it is important to review the history of the African mission in Somalia, which in other words means recalling the reasons that justified the creation and deployment of AMISOM (1) and then analysing the materialization of the partnership between the UN and the AU, which is reflected in logistical and financial support (2) for this operation.

1- The AU's involvement in resolving the Somali conflict

The fall of Said Barré's dictatorial reign in 1991 plunged the country into total chaos (extreme poverty, insecurity and the presence of armed militias who perpetrate acts of violence throughout the country)². The absence of a central government and the division of the country into rival clan factions engaged in armed struggles for power plunged the country into a deep humanitarian crisis between 1991 and 2006. This crisis was exacerbated by the fact that rival factions hindered the delivery of food and medicines to the civilian population³. To put an end to the deep humanitarian crisis in the country, the UN deployed two missions between 1992 and 1995: UNOSOM I and UNOSOM II, which were resounding failures because they were unable to restore stability to the country. The failure of the international intervention led to the withdrawal of UN and US troops.

As part of the search for solutions conducive to reconciliation between the various factions, the restoration of the rule of law and the fight against attacks by Islamist groups such as Al Shebab, Ugandan President Yoweri Museveni and Chairman of IGAD, mediated in 2004 between the rebel movements (the Transitional National Government (TNG) and the Somali Restoration and Reconciliation Council (SRRC)) to create a Transitional Federal Government (TFG) and to elect

²GUTIERREZ Nina & BARGUES Jean-Guilhem, "Historique de l'opération AMISOM", in <http://www.operationspaix.net/1-historique-amisom.html>, 22/07/2013 (accessed 17/10/2013)

³ DAGNE Ted, "Somalia: current conditions and prospects for a lasting peace", in [www.effectivepeacekeeping.org/sites/effectivepeacekeeping.org/files/04/Somalia-current conditions and Prospects 10.21.09.pdf](http://www.effectivepeacekeeping.org/sites/effectivepeacekeeping.org/files/04/Somalia-current%20conditions%20and%20Prospects%2010.21.09.pdf) (consulted on 23/10/2012), p 23

an interim President of Somalia by the Transitional Parliament. In 2005, IGAD decided to set up IGASOM, which was supposed to be the IGAD mission in Somalia responsible for supporting the TFG's efforts to control the entire territory, with the exception of Somaliland.⁴ However, this IGAD mission was never deployed, and was instead replaced by the African Union Mission in Somalia (AMISOM).

It is necessary to analyse the AU's involvement in the Somali crisis. In its resolution 1725 of 06 December 2006, the Security Council decided to authorise IGAD and the African Union to set up a mission with a mandate to monitor the progress made by the Transitional Federal Institutions and the Union of Islamic Courts in implementing the agreements reached within the framework of the dialogue⁵. The Security Council thus authorised the IGA and the AU to create a protection and training mission in Somalia, to protect members of the Transitional Federal Institutions and to train their security forces.⁶

In response to the Security Council resolution, at the AU Summit in January 2007, some Member States decided to contribute troops to the African mission (Ghana, Nigeria, Burundi, Malawi, Uganda). At its 69^{ème} session on 19 January 2007, the PSC decided in decision PSC/PR/Comm (LXIX) to deploy AMISOM for six months, after which the UN would take over. This PSC decision was subsequently endorsed by UN Security Council Resolution 1744 of 20 February 2007. AMISOM's mandate is therefore to:

- to assist and support the Transitional Federal Government;
- facilitate humanitarian operations in Somalia;
- consolidate peace and stability in Somalia, supporting dialogue between the government and rebel movements;
- ensure the protection of the members of the transitional institutions and their infrastructures.

In short, AMISOM must provide support to the Somali Transitional Federal Institutions in their efforts to stabilise the country and pursue political dialogue and reconciliation. As Somalia is a deeply divided country, with disagreements over the adoption of a constitution, the election of

⁴ Ibid.

⁵ UN, S/RES/1725 of 06/12/2006

⁶ DAGNE Ted, op, cit, p.16

parliamentarians and a new President - political events that should mark the end of the transition period - the African mission had to meet a number of challenges, both on constitutional issues and in terms of the security of the federal institutions and the country as a whole.

2- Political and operational support from the United Nations

After the mandate of the Somali Transitional Federal Government was extended for a year, a roadmap was drawn up containing timetables for ending the transition and creating a central government. In order to comply with the various provisions of the roadmap, the AU has received the support of the UN to assist in its implementation. The UN is placing particular emphasis on logistical and financial support for AMISOM, and has become more or less involved in the process of negotiations and political dialogue.

B- The UN's support for the African Mission in Somalia (AMISOM)

After the mandate of the Somali Transitional Federal Government was extended for a year, a roadmap was drawn up containing timetables for ending the transition and creating a central government. In order to comply with the various provisions of the roadmap, the AU has received the support of the UN to assist in its implementation. The UN is placing particular emphasis on logistical and financial support for AMISOM (1), and has become more or less involved in the process of negotiations and political dialogue.

1- Operational support from the United Nations

The logistical support provided by the UN to AMISOM is the foundation on which the partnership between the two international organisations is built. The challenge in Somalia is to reunite the country, which is divided into self-proclaimed independent states⁷. Given the need for the African mission to consolidate peace and support the government's efforts not only to maintain its authority in the towns recaptured from the Shebab, but also to support it in implementing its national security and stabilisation plan for the country, AMISOM must be equipped with planning, deployment and mission management tools.

To this end, the UN has set up an AMISOM Support Office in Nairobi. This office provides logistical support to the African mission in the form of equipment, services to ensure the mission's operational capacity, and preparation for any UN mission. Contributions from the UN, the Trust

⁷ Somaliland, Puntland and Jubaland

Fund created at the request of the Security Council during the Somalia Donors' Conference in Brussels on 23/04/2009, finance the activities of the UN Office (UNSOA)⁸.

In order to carry out its military operations successfully, the PSC adopted a new strategic concept on 05 January 2012, designed to improve AMISOM, with the aim of strengthening its gains on the ground. Furthermore, in its Resolution 2093(2013) of 06 March 2013, the UN Security Council decided to authorise the African Union to extend the mandate of AMISOM until 28 February 2014 and to carry out its mandate under Chapter VII of the Charter of the United Nations and in accordance with its obligations under international humanitarian law and international human rights law, and with respect for the sovereignty, territorial integrity, political independence and unity of Somalia.

In addition, the Security Council has maintained the logistical support package for AMISOM, in accordance with paragraphs 10, 11 and 12 of Resolution 2010(2011); paragraphs 4 and 6 of Resolution 2036(2012); and paragraph 2 of Resolution 2073(2012). To this end, UNSOA supports AMISOM's logistical arrangements in the areas of food, transport of civilian and military personnel and equipment, accommodation, technical support, communications and information systems.⁹

UNSOA's support is provided at both operational and strategic levels. At the strategic level, UNSOA and AMISOM representatives meet on a monthly basis to coordinate the strategies that will enable the African mission to fulfil its mandate. At this level, the AU Commission is supported by two structures: the Joint Coordination Mechanism (JCM), made up of the troop-contributing defence ministers, and the Military Operations Coordination Committee (MOCC), made up of the staffs of the troop-contributing countries and other interested countries. In addition, there is a joint UN-AU Information Support Team responsible for AMISOM's strategic communications. As for the operational support provided by UNPOS, this takes the form of meetings of a joint working group to ensure coordination of the logistical support provided by UNPOS to the African mission. UNSOA is providing logistical support to AMISOM in four sectors of the country to provide a better framework for their activities in Somalia.¹⁰ To facilitate the expansion of AMISOM's area of operations, UNSOA is providing aircraft that will enable it to deploy to towns still occupied by Al Shebab. In addition to military equipment, UNSOA supplies the African mission with heavy

⁸Jean-Guilhem Barges & Nina Gutierrez, History of AMISOM, op.cit.

⁹ AU, Report of the Chairperson of the AU Commission on Somalia, 13/06/2013, op.cit, pp19-20

¹⁰ UN, Security Council, Report of the SG on Somalia, 03/09/2013, op.cit. p 14

equipment, medicines, consumables, supplies and other materials essential to the management of the mission and the lives of the troops deployed in the theatre of conflict. This helps to improve the living conditions of AMISOM's civilian staff. The supply of helicopters and combat vehicles is helping to extend AMISOM's area of operations and enabling it to better dissuade the Al Shebab rebels from perpetrating numerous atrocities against civilians and occupying towns in order to establish their authority. In short, the UN's activities focus on providing support to AMISOM so that it can deploy throughout the country to restore order and unity, reduce tensions between the various political factions, and provide the Somali security forces with the long-term capability to maintain order in the country and ensure the safety of the civilian population, without recourse to a peacekeeping mission. The presence of United Nations agencies is part of its contribution to the political and economic recovery of the country.

2- UN support for AMISOM in the search for a political solution to end the crisis in Somalia

In addition to the strategic and operational support provided by the United Nations, it is also important to highlight the presence of UN agencies, which are contributing to the peace-building process. Indeed, the presence of the United Nations Support Office in Africa (UNSOA) and the United Nations Political Office in Somalia has facilitated the establishment of a federal government and the implementation of the relevant roadmap. As a result, Somalia has made significant progress on the political, security and humanitarian fronts, as well as in terms of protecting human rights and civilians. Although humanitarian needs are still considerable, the number of people requiring vital assistance has fallen by 50%, proving the relevance of the UN's presence in Somalia.¹¹ The extensive presence of UN bodies, institutions and funds in Somalia also reveals something of the AU's dependence on the universal organisation. The UN

Political Office continues to support AMISOM and the federal government in their efforts to consolidate peace in the country. To ensure that the country does not slide back into the political instability that has marked it for more than a decade, UNPOS is supporting the government in the establishment of good governance and in the evolution of the political process; the activities of the Department of Political Affairs (DPA) and UNDP¹², have made it possible to assess the constitution in the process of its revision, and DPA and UNDP are providing support on

¹¹ UN, Security Council, Report of the SG on Somalia, 31/05/2013, S/2013/326, p 11.

¹² UN, Security Council, Report of the Secretary General on Somalia, 31/05/2013, S/2013/326, op, cit, p8

constitutional issues to the federal government. In addition, good governance is fundamental to the establishment of the rule of law in a country, which is why the UN Security Council has held regular consultations on Somalia with the aim of calling on the transitional government to eradicate corruption among its leaders¹³. As part of the peace-building process, the UN is supporting and facilitating the establishment of dialogue between the executive and parliament to promote transparent management of public affairs. To give concrete expression to their partnership, the UN has set up a parallel mission to that of the AU.

II- THE PARALLEL DEPLOYMENT OF A UN MISSION: THE UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN SOMALIA (UNAMSOM)

In view of the evolving political situation in the country, which is characterised by the end of the transition, the UN has authorised the deployment of UNMISOM (United Nations Assistance Mission in Somalia) for a period of twelve months, by virtue of the adoption of Resolution 2102 (2013) on 02 May 2013. UNMISOM thus marks the new configuration of the UN's presence in Somalia and can be seen as a significant step forward in the process of consolidating peace in the country. The aim of UNPOS was to facilitate political dialogue and peace-building activities. UNMISOM, on the other hand, is an integrated mission, i.e. one in which all the UN players share a common vision of the UN's strategic objectives at country level.¹⁴

According to the resolution, the aim of the mission is to help Somalia build on the political progress made over the past year in establishing a federal system of government, revising the Constitution and holding a referendum on the Constitution. It is responsible for facilitating preparations for the 2016 presidential and parliamentary elections. In addition, UNMISOM will assist the Federal Government of Somalia in promoting respect for human rights and the empowerment of women; the protection of children; the prevention of conflict-related sexual and gender-based violence; and the consolidation of judicial institutions.

The main objective of UNMISOM's future activities is therefore to consolidate the gains made so that the country does not return to the throes of armed violence and the concerted efforts of the UN and the AU are not in vain. The effectiveness of the dialogue and the smooth running of the national reconciliation process depend on a security environment devoid of terrorist threats

¹³ ISS, Report on the Peace and Security Council, No. 37, August 2012, p 17

¹⁴Briefing: "The United Nations integrated mission in Somalia", in <http://www.irinnews.org/fr/report/98043/briefing-la-mission-int%C3%A9gr%C3%A9e-des-nations-unies-en-somalie> (accessed on 05/11/2013)

against the transitional institutions. This is why operational support for AMISOM is essential. This support demonstrates how the partnership between the UN and the African continental organisation is structured. Indeed, the universal organisation, with its long experience in peacekeeping and more extensive and predictable resources than the AU, is committed to making up for the latter's shortcomings. However, UNMISOM and AMISOM still face numerous political, security and humanitarian challenges. Given that it is an integrated mission, the United Nations Assistance Mission in Somalia will have to integrate all the activities of the other agencies with its own and those of AMISOM, in order to adopt common strategies for providing assistance in the stabilisation and governance process in the regions liberated from the Al Shebab occupation.

On the political front, it is therefore incumbent on the two missions to cooperate and find common strategies in order to consolidate the gains made and establish credible state institutions and an effective rule of law. AMISOM's major challenge is to assist the government in supervising disengaged combatants, i.e. those who have decided to leave the Al Shebab troops. This is a priority if the country's security and stability are to be preserved; in other words, these depend on the supervision and treatment of these former rebels. The United Nations Assistance Mission has begun its activities in accordance with the mandate given to it by the Security Council. Its activities fall within the framework of support for peace-building and state-building.

A- Possible challenges for UNMISOM and AMISOM

They are of two kinds: political and security-related. However, they are closely linked, since there can be no stability without security prerequisites.

1- Political challenges

Given the new configuration of the United Nations presence in Somalia, which is adopting an integrated approach, UNMISOM is supporting the political process and cooperating with AMISOM and the federal government in order to help the latter consolidate peace and apply good governance and respect for human rights throughout the country, which are essential if the country is to avoid a relapse into violence and a serious humanitarian crisis. The support provided to AMISOM by the United Nations system is enabling the African mission to implement its mandate by providing it with the means to deploy throughout Somalia and, in turn, to support state institutions and build the capacity of the Somali national security forces so that they can become autonomous and effective guarantors of the country's stability and the safety of the civilian

population. Socio-economic recovery and development is a priority for UNMISOM, which together with the UNDP, the FAO and the International Labour Organisation, is helping to bring investment to Somalia¹⁵ for the country's economic recovery. Several issues are therefore priorities for this UN political mission. To this end, it has begun consultations with AMISOM and the federal government with a view to implementing the country's various national security and stabilisation strategies, as well as those aimed at strengthening the State's capacity to promote and protect human rights.

2- Security challenges

Security remains a thorny issue, given the precarious and fragile situation in which the country still finds itself. Because of the underdeveloped capacity of the Somali police force, the government is not yet in a position to preserve the gains made and to assert its authority in the country effectively, without the support of the UN and the AU. For this reason, the UN mission is supporting the security sector through the training of the Somali national forces and its police force, and is also working with the Somali government to make up the shortfall caused by the lack of resources needed to carry out activities to deter asymmetric attacks on certain towns.

B- A review of ongoing cooperation on peace and security in Somalia

Generally speaking, and with regard to the prevailing situation in Somalia, we have to acknowledge the evolution of the political process and the improvement in the security and humanitarian environment in the country. Progress has thus been made in establishing peace in the country. From now on, it is no longer a question of the UN and the AU creating a peace that did not exist before, but of consolidating the political and security gains that have only been possible thanks to the cooperation between the two international organisations. In addition, the end of the mandate of the United Nations Political Office in Somalia (UNPOS) demonstrates the evolution of the situation in the country on all fronts, although there are still challenges to be met, as mentioned above, in terms of the protection of human rights and civilians, and with regard to the humanitarian situation, which still gives cause for concern in the country. The UN's support for AMISOM and even IGAD is therefore indisputable, and AMISOM's success in carrying out its mandate depends on the logistical and financial support of the universal organisation, through the presence of its Political Bureau (UNPOS), its Support Office (UNSOA), its Multi-Donor Trust

¹⁵ Security Council, SG report of 03/09/2013, op.cit, p 13

Fund to finance the activities of the African mission, the United Nations system and finally the United Nations Assistance Mission (UNAMSOM), very recently created by Security Council Resolution 2102 (2013) of 02 May 2013. The following sections will be devoted to an in-depth assessment of the activities of these two organisations, in order to identify indicators of the success or failure of the African peace operation in Somalia.

Apart from the fact that the conflict in Somalia, which as we have said has not yet been resolved, and where AMISOM still has to deal with security challenges, the conflict in Darfur aptly illustrates the partnership that exists between the two international organisations. We will be looking at the joint mission set up by the UN and the AU, which represents an innovation in the field of peacekeeping. How is this partnership structured? What contribution has it made to the process of restoring security in the Darfur region, and to the political process of national reconciliation? In other words, has it contributed to the development of the situation in Darfur? What lessons can be learned from this type of relationship between the AU and the universal organisation?

Conclusion

As any partnership is an evolving process, it is always essential to evaluate the progress made in carrying out a project. Evaluation is an approach that aims to give value, to take a step back, to make an assessment of a situation and to take decisions with regard to the initial objectives and aims of the action. For this reason, in order to endow the existing cooperation between the UN and the AU in the field of conflict resolution in Africa, an evaluation was carried out, based on a precise evaluation framework for peacekeeping operations, drawn up by Druckman Daniel & Diehl Paul, which takes into account the three generations of peacekeeping operations, as well as their evaluation criteria. AMISOM was chosen because her mandate included activities from all three generations of peacekeeping operations. Their evaluation highlighted the factors that contributed to the success of their activities and the factors that hindered them from fulfilling their mandates. The evaluation of the joint UN-AU mission in Somalia shows that their joint efforts have led to some improvement in the security situation in Somalia, resulting in greater protection for the population and a significant improvement in the humanitarian situation in the region. On the political front, the evaluation highlighted the divergent approaches of the two organisations in their mediation efforts between the government, opposition and armed militia. However, based on the criteria for evaluating peace operations, it is clear that the success of a peace operation depends

on its relationship with the host government and the decisive nature of the actions it undertakes to fulfil its mandate. In the case of Somalia, the actions of the Somali government revealed that they were largely hindering the success of the joint mission's operations on the one hand, and that the partnership between the UN and the AU must be strengthened in the area of mediation and in the implementation of the peace process, with the adoption of convergent and coherent approaches on the other. In the same line, with regard to the evaluation of the AU mission (AMISOM), it produced a mixed assessment of the operation, despite developments in the security situation and in the human rights situation. However, it revealed the obvious need for a clear division of labour between the two organisations in order to avoid duplication of effort and resources in the fulfilment of the mandate of their operations (AMISOM for the AU and UNMISOM for the UN), since they have, with a few differences, similar political and security activities.

In addition, evaluation involves measuring the progress made in order to make progress, readjust and ensure consistency. It is therefore a tool that serves the progress approach, which is concerned with the continuous improvement of actions. It is also a tool for clarifying and enhancing the value of the partnership. The assessment made of each of the operations and, by extension, of the evaluation of their partnership, leads to the conclusion that, for the sake of efficiency, cooperation between the UN and the AU must be strengthened and their relations more institutionalised. To this end, prospects for improvement were proposed, to ensure greater coherence in their approaches to prevention, operational management of conflict situations and peacebuilding. Efficient cooperation between the continental organisation and the universal organisation, in the form of a joint response to issues of peace and security in Africa, therefore depends on the establishment of an institutional framework for conflict prevention, management of conflicts where they have already broken out, and peacebuilding. While taking into account the significant role that the RECs can play in building peace on the African continent, and the clear division of responsibilities between the AU and the UN, the latter, particularly the African Union, must encourage Africans to regularise their financial situation, This means paying their statutory contributions to the Special Fund for Peace on a regular basis, and strengthening their capacity and systems for absorbing and managing international financial assistance, in order to take real ownership of the threats to peace and security on the continent, and to free themselves from this excessive financial dependence on them.

L'autorité infrarégionale dans la procédure d'établissement du titre foncier au Cameroun

The subregional authority in the procedure for establishing the land title in Cameroon

Par : Page | 50

SOLLO Ghrevy

Docteur en Droit Public, Université de Douala

freddyndjok@gmail.com

Résumé :

« Le titre foncier » : voilà un acte administratif qui, depuis la réforme foncière du 6 juillet 1974, continue de faire polémique au Cameroun. A l'origine de cette polémique, le rôle des autorités dites infrarégionales dans la procédure d'établissement du titre foncier. La présente étude a donc pour but de mettre en évidence le rôle de ces autorités infrarégionales dans cette procédure au regard des évolutions récentes. Avec la caducité des procédures d'immatriculation foncière renforcée par la multiplication de strates de la compétence administrative, la présence des autorités infrarégionale a fortement contribué à alourdir la procédure d'acquisition du titre foncier au Cameroun, ainsi qu'à restreindre la garanti des droits des potentiels propriétaires.

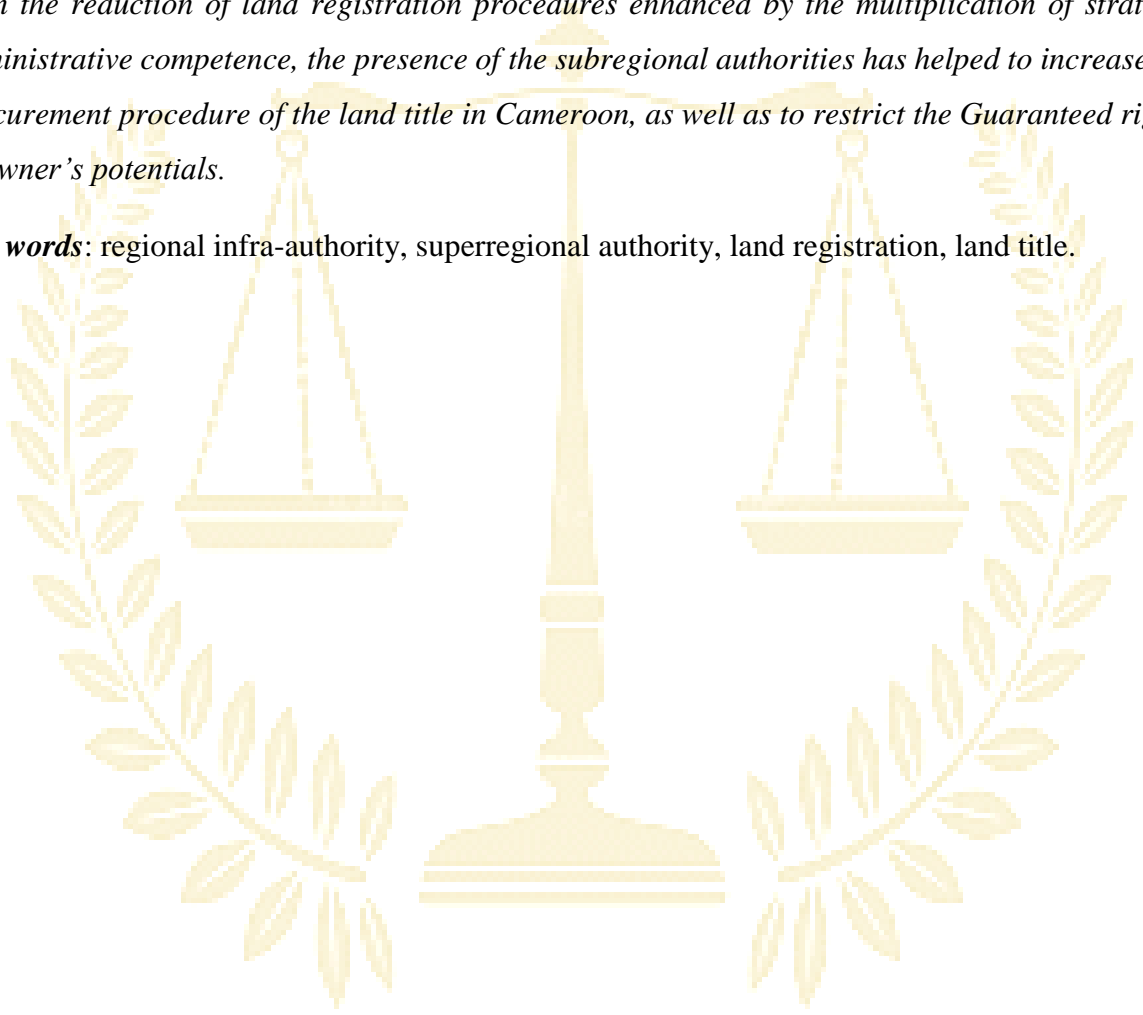
Mots clés : autorité infra régionale, autorité suprarégionale, immatriculation foncière, titre foncier.

Abstract :

“The land title” This is an administrative act that since the land reform of 6 July 1974 continues to be controversial in Cameroon. At the origin of this controversy, the role of the so-called subregional authorities in the land title proceedings. The purpose of this study is to highlight the role of these subregional authorities in this procedure with regard to recent developments. With the reduction of land registration procedures enhanced by the multiplication of strata of administrative competence, the presence of the subregional authorities has helped to increase the procurement procedure of the land title in Cameroon, as well as to restrict the Guaranteed rights of owner’s potentials.

Page | 51

Key words: regional infra-authority, superregional authority, land registration, land title.



Introduction

Etre propriétaire d'un fond de terre au Cameroun est un droit citoyen. Pourtant, la volonté de jouir de ce droit seule ne suffit pas, elle doit s'armer de patience pour prétendre obtenir le précieux sésame appelé « Titre foncier », que l'article premier du décret n°76-165 du 27 avril 1976 définit comme « *la certification officielle de la propriété immobilière que l'Etat reconnaît à une personne physique ou morale* » : une certification qui se matérialise par un acte faisant office de reconnaissance des droits de propriété sur un immeuble acquis¹.

Page | 52

Faut-il le rappeler, le titre foncier au Cameroun est le fruit d'une longue procédure dite d'« immatriculation », où chacune des autorités impliquées et dont les fonctions sont énumérées par le Décret n° 76-165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier, modifié et complété par le Décret N° 2005/481 du 16 Décembre 2005², joue un rôle précis en vue de l'établissement de son établissement. Il faut donc considérer l'immatriculation comme la procédure d'inscription des droits fonciers d'une personne physique ou morale sur un immeuble, par l'inscription desdits droits dans le livre foncier pour le rendre opposable aux tiers³. Malheureusement, l'interprétation approximative des dispositions qui encadrent le domaine foncier au Cameroun a laissé croître une certaine pratique qui, bien que légitimée par la fonction coutumière des autorités traditionnelles reconnues comme gardiennes des traditions et de la propriété coutumière⁴, est à l'origine d'une insécurité grandissante et portée sur les droits de la propriété foncière⁵.

Cette pratique est celle de la délivrance des titres appelés : « Attestations ou certificats d'abandons des droits coutumiers », sorte d'acte administratif qui dans la pratique, a fini par faire corps avec la fonction coutumière et traditionnelle des chefs de villages, chefs de quartiers et

¹ Article premier du décret n°76-165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier.

² Voir Décret n° 76-165 du 27 avril 1976 Fixant les conditions d'obtention du titre foncier, modifié et complété par le Décret N° 2005/481 du 16 Décembre 2005.

³ Guide de l'opérateur économique pour l'accomplissement des procédures foncières, Domaniales et cadastrales en vue de la facilitation de l'accès aux droits sur la terre, du Ministère des Domaines, du Cadastre et des affaires foncières au Cameroun, éd. 2014, p. 5.

⁴ En principe, le chef traditionnel a pour mission de veiller sur sa population tout en servant de courroie de transmission entre elle et l'administration centrale. Il assure la police rurale. Voir dans ce sens les articles 19 et 20 du Décret n°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles.

⁵ TEYSSIER (A.), *La régulation foncière au Cameroun, entre régimes communautaires et aspirations citoyennes ; Actes du colloque international Umr Sagert, 25-27 février 2003, CIRAD-TERA – TA 60/15 – 34398 Montpellier cedex 5*, p. 449.

notables⁶ que la présente étude qualifie d'autorités infrarégionales, par opposition à l'autorité centrale ou dite suprarégionale⁷.

En réalité l'autorité traditionnelle est l'autorité infrarégionale. C'est en effet ce qui se dégage des dispositions du décret n°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles et du décret n°2008/376 du 12 décembre 2008 portant organisation administrative de la république du Cameroun, où la qualité d'autorité administrative est attribuée soit à la fonction, soit à la personne. Le décret n°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles attribue cette qualité à la personne, alors que le décret n°2008/376 du 12 décembre 2008 portant organisation administrative de la république du Cameroun l'attribue à la fonction. En référence à l'échelle nationale, une autorité administrative dont le titre est lié à la fonction est celle dont la compétence couvre une plus grande partie du territoire national si ce n'est la totalité, contrairement à l'autorité traditionnelle dont la compétence est réduite et même circonscrite à une localité du territoire nationale. Cette nuance indique qu'il existe des espaces infranationaux aux frontières clairement identifiées, dans le cadre desquels agissent des autorités politico administratives identifiées telles : l'autorité régionale, et l'autorité infrarégionale. Il faut donc entendre par autorité infrarégionale l'autorité placée en dessous de l'autorité centrale déconcentrée au niveau régional et dont la compétence territoriale, liée à la personne, est très réduite et circonscrite à une localité du territoire national.

⁶ Dans certaines régions, l'effacement des dispositifs coutumiers autochtones face aux vagues de migration a fait de l'achat la transaction foncière la plus fréquente. Le patrimoine foncier des autochtones est progressivement vendu aux générations successives de « venants » ou est cédé à des agro-industries. Un marché foncier se développe et, à défaut d'une popularisation de l'immatriculation, se réaligne selon des arrangements validés par les responsables de structures traditionnelles. Chaque transaction foncière fait l'objet d'un certificat de vente avalisé par le chef de la communauté ethnique du vendeur. Ce certificat est un contrat sous sein privé, cautionné par plusieurs témoins. En présence des voisins, les limites de la parcelle sont matérialisées par différents repères. La position des parcelles voisines et l'identification de leurs occupants est mentionnée sur les actes. L'acte de vente est consacré par une cérémonie conviviale à laquelle sont invités les témoins et les responsables de la communauté. Ces ventes se font de manière préférentielle le au sein des communautés ethniques. A aucun moment, les usagers n'ont recours au code foncier. La vente de biens fonciers est théoriquement proscrite tant que l'attribution d'une portion du Domaine national n'est pas formalisée par la procédure d'immatriculation. Les arrangements s'effectuent au village, sans l'intervention des Domaines ou du Cadastre, mais l'apposition d'un tampon d'un quelconque service d'Etat est systématique pour renforcer la validité des actes. Sans valeur juridique, cette coloration officielle du certificat rassure néanmoins les contractants. Ainsi, l'Etat, par le biais de ces services déconcentrés, reconnaît implicitement une pratique située hors de toute référence réglementaire. Issus de normes inventées collectivement, ces documents participent à l'émergence d'une formalisation écrite de droits à des coûts avantageux. Même s'ils ne proposent qu'une sécurisation relative des droits sur la terre, ces « petits papiers » (Koné et al., 1999) s'avèrent pleinement légitimes dans la mesure où ils sont mis en œuvre par la plupart des populations rurales de la moitié sud du Cameroun.

⁷ Voir Décret n°2008/376 du 12 novembre 2008 portant organisation administrative de la république du Cameroun

En principe la pratique des attestations ou certificats d'abandons des droits coutumiers avait pour but à la suite des réformes foncières entamées en 1974 non seulement de faire reconnaître coutumièrement une cession de droits de propriété entre un propriétaire et un potentiel acquéreur, mais également de faire de l'autorité traditionnelle le témoin principal de la transaction passée entre les deux parties. Or il est de coutume en droit administratif que la rédaction d'un acte administratif impose à l'administration concernée le respect d'une certaine procédure qui s'appuie sur des préalables de forme et de fond⁸. Ce qui enrichit le débat actuel sur la valeur juridique des attestations ou certificats d'abandons des droits coutumiers au Cameroun.

Au préalable, l'édition de certains actes impose à l'administration l'obligation de consulter une catégorie précise d'autorités administratives avant que décision ne soit prise. Il s'agit notamment des autorités publiques au sens strict du terme, des autorités administratives ayant reçu de la loi le pouvoir de prendre des mesures ayant le caractère d'acte administratif unilatéral, indépendamment du pouvoir accordé par la constitution⁹. En dehors de ces cas, il arrive très souvent que la loi ou le règlement imposent à l'autorité compétente de consulter un organe particulier sous peine d'illégalité de l'acte pris : c'est typiquement le cas de la procédure d'établissement du titre foncier. La reconnaissance d'un droit de propriété foncière sur une portion du territoire national est en principe une prérogative de puissance publique que l'Etat, sur la base d'un acte administratif unilatéral appelé « titre foncier », reconnaît à un particulier le droit d'user, de fructifier et d'en abuser sous réserve du respect de la loi.

Il existe plusieurs types d'actes administratifs encore appelés actes unilatéraux qui de façon usuelle, englobent actes réglementaires et décisions individuelles. Si théoriquement l'acte unilatéral est la matérialisation du pouvoir unilatéral, techniquement sa particularité en ce qui concerne le titre foncier relève de ce qu'il est un acte émit par l'administration publique et dont la procédure de fabrication fait intervenir non seulement l'administration centrale au sens du système de gestion des services de l'Etat, mais également une pléthore d'acteurs disparates et désignés entre ses services centraux et ceux déconcentrés et décentralisés. Ce rapprochement conceptuel n'a pas pour finalité de présenter nécessairement le titre foncier comme acte d'administration, mais

⁸ MBALLA OWONA (R.), *La notion d'acte administratif unilatéral en droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat PhD, Université de Douala, 2011, p. 71.

⁹ SOLLO (G.), *Le contentieux de l'interprétation en droit administratif processuel camerounais*. Thèse de Doctorat PhD, Université de Douala, Mai 2023, p. 57.

de déterminer la place de certaines autorités dites infrarégionales ou locales dans son établissement.

En réalité, ce rôle semble obstrué par une interprétation assez belliqueuse des textes qui encadrent la procédure d'acquisition du titre foncier au Cameroun. Dans un communiqué radio-presse du 07 février 2022 relatif à la campagne nationale de renforcement de la lutte contre les ventes illégales de terres du domaine national ainsi que des occupations de fait et anarchiques des terrains relevant du domaine privé de l'Etat, le Ministre des Domaines du cadastre et des affaires foncières (MINDCAF) annonçait avoir signé le 02 février 2022 deux lettres-circulaires. Ces dernières ont été prises en application de deux programmes gouvernementaux placés sous la houlette du MINDCAF à savoir : le programme de protection et de valorisation des Domaines publics et privés de l'Etat (066), et le programme d'optimisation de la gestion des affaires foncières (068).

La première de ces lettres, la circulaire n°001/CAB/MINDCAF/LC du 02 février 2022 porte interdiction de reconnaissance et d'admission par les services relevant du MINDCAF, des documents intitulés : « Attestations ou certificats d'abandon des droits coutumiers » délivrés par les chefs traditionnels et censés ouvrir la voie aux procédures d'immatriculation directe ou de concession provisoire. Selon cette circulaire, les attestations ou certificats d'abandon des droits coutumiers sont dépourvus de toute base juridique et par conséquent, nuls et de nul effet. En d'autres termes, si la seule preuve capable de justifier la propriété de votre fond de terre est intitulé attestation ou certificat d'abandon des droits coutumiers, la nullité de cette pièce rend d'office l'Etat propriétaire de ce fond de terre. Or comme le relève si bien la doctrine, les attestations ou certificats d'abandon des droits coutumiers en tant que documents délivrés par une autorité traditionnelle qui consacre localement une cession de droits coutumiers, confère à son propriétaire la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier, notamment en ce qui concerne la sécurisation des espaces fonciers qu'ils ont acquis ainsi que les ressources qu'elles possèdent.

En plus de remettre en cause les droits coutumiers dont disposent les populations rurales et autochtones sur leurs terres, la circulaire n°001/CAB/MINDCAF/LC du 02 février 2022 limite la compétence traditionnellement reconnue des autorités traditionnelles dans la procédure d'établissement du titre foncier, à la simple expression du pouvoir d'autorité traditionnelle gardienne de la propriété coutumière et des traditions ancestrales. Donc, de simples témoins conformément au décret n°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies

traditionnelles, ainsi que du décret n°2008/377 du 12 novembre 2008 fixant les attributions des chefs de circonscriptions administratives et portant organisation et fonctionnement de leurs services.

Au regard de ces précisions découle un double intérêt théorique et pratique. Sur le plan théorique, l'étude vient dans un premier temps contribuer à apporter des précisions sur les limites d'actions et d'interventions des autorités traditionnelles dans le processus d'acquisition du titre foncier. Dans un second temps, elle vient renforcer la compréhension des textes au regard des évolutions récentes. Sur le plan pratique, la présente étude est liée à son actualité, surtout au regard du nombre pléthorique de procès intentés chaque année et dont l'autorité traditionnelle est fréquemment indexée du doigt. Elle vient donc orienter les potentiels acquéreurs sur la procédure à suivre et la nature du document capable de justifier la propriété sur un fond de terre.

En dépit du rôle traditionnel des chefs et des notables, l'évolution récente de la problématique du relationnisme autorité infrarégionale et établissement du titre foncier au Cameroun suscite beaucoup d'interrogations notamment en ce qui concerne leur place dans la procédure d'acquisition du titre foncier. Il est vrai que les textes sont assez explicites, et la doctrine assez abondante sur la question. Mais au regard des évolutions récentes, la problématique reste pertinente et oblige à répondre à la question de savoir : *Qu'elle est la place qu'occupe l'autorité infrarégionale dans la procédure d'établissement du titre foncier au Cameroun ?*

La pertinence de cette question n'est plus à démontrer, puisqu'elle découle clairement de l'analyse actuelle de la situation. Or il faut observer qu'en ce qui concerne l'acquisition d'un titre foncier au Cameroun, le décret du 27 avril 1976 a prévu trois types de procédures à respecter en fonction des origines du terrain. Il s'agit de la procédure d'acquisition sur un terrain du domaine national, de la procédure d'acquisition sur un domaine des particuliers et sur le domaine privé de l'Etat. A l'issue de ces trois procédures, la place de l'autorité traditionnelle est dérisoire. Mais il ne faut pas confondre l'expression « dérisoire » employée ici, à « exclusion » de l'autorité traditionnelle puisqu'il n'est point le cas dans la présente étude. Le qualificatif « Dérisoire » devra plutôt être compris ici dans le sens de la limitation ou de la restriction du champ matériel de la compétence de l'autorité traditionnelle à la phase d'immatriculation du processus d'établissement du titre foncier, puisqu'il en fait bel et bien parti.

Pour répondre à la préoccupation, l'on a fait principalement recours à la méthode juridique dans ses deux variantes à savoir la dogmatique¹⁰ et l'exégèse¹¹, et accessoirement à la méthode historique. La première a permis de comprendre les évolutions du droit foncier depuis ses primas jusqu'à l'avènement de la reconnaissance formelle du droit de propriété, en passant par plusieurs systèmes de gestion et de gouvernance foncière. La seconde a permis de comprendre en profondeur les mécanismes fonciers antérieur à la période des indépendances, à ceux de la période post indépendance. Elle a donc permis de comprendre de façon graduelle l'évolution que la procédure d'appropriation foncière a connu depuis ses réels débuts en 1921, jusqu'aux récentes évolutions du 02 février 2022 au Cameroun. La délimitation temporel et spatiale de ce cadre n'est pas anodine. Elle tient à fixer l'étude dans son contexte historique et actuel en précisant la place qu'occupe l'autorité traditionnelle dans cette procédure, dans un contexte camerounais traversé par un incivisme foncier.

A la lecture des dispositions du Décret du 27 avril 1976 Fixant les conditions d'obtention du titre foncier modifié et complété par le Décret n° 2005/481 du 16 décembre 2005, il y a eu restriction de la compétence des autorités infrarégionales à la phase préparatoire (I), et exclusion dans la phase définitive (II).

I- LA RESTRICTION DE LA COMPÉTENCE DES AUTORITES INFRAREGIONALE A LA PHASE PREPARATOIRE

Selon les dispositions du décret n°2008/377 du 12 novembre 2008 fixant les attributions des chefs de circonscriptions administratives et portant organisation et fonctionnement de leurs services, les autorités infrarégionales ne sont pas des autorités administratives, même si elles participent aux travaux d'établissement du titre foncier. Elles ont des rôles spécifiques en fonction de leur importance dans le processus d'établissement du titre foncier, et c'est à partir de là qu'il faut observer leur place dans cette procédure. Ces rôles sont le fruit de plusieurs époques. Pour déterminer les raisons de la restriction de la compétence des autorités infrarégionales dans ce

¹⁰ La dogmatique est une méthode juridique fondée sur l'étude des textes et leur interprétation. Elle postule la détermination et la restitution du droit en vigueur appréhendé à travers les seuls textes juridiques.

¹¹ L'exégèse est une méthode qui permet d'interpréter les textes juridiques en vigueur. C'est une méthode d'interprétation de la loi dont le principe est de rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur du texte à partir de celui-ci, du contexte, des travaux préparatoires et de l'objectif général de la loi, d'en dégager le sens d'après l'intention du législateur, afin d'en régler la portée sur la ratio legis, de manière à appliquer la règle dans la plénitude de sa raison d'être, en faisant au besoin prévaloir l'esprit sur la lettre. Voir G. CORNU, Vocabulaire Juridique, op. cit. pp. 433-434

processus, il faut au préalable rentrer à la croisée des chemins pour comprendre ce mécanisme avant (A), et après les indépendances (B).

A- La compétence de l'autorité infrarégionale avant les indépendances

Les autorités infrarégionales ou traditionnelles ont toujours joué un rôle dans la procédure d'acquisition d'espaces fonciers. Avec le temps, ce rôle a différé en fonction des systèmes de gouvernance mis en place. Le rôle qu'elles jouaient et la place qu'elles occupaient sous le régime de l'appropriation coutumière (1), va différer sous le régime de l'immatriculation foncière (2).

Page | 58

1- Sous le régime de l'appropriation coutumière

Deux périodes ont marqué l'histoire du foncier au Cameroun : la période avant la période coloniale, et la période pendant la période coloniale. Avant la période coloniale, la gestion des terres était assurée par les chefs de clans ou chefs de terres sur une base communautaire. La terre pour chaque communauté appartenait au « premier occupant » faisant de l'appropriation non pas le mode d'obtention du droit de propriété, mais d'utilisation de celle-ci. Ce qui permettait à toutes les populations de tirer utilité des espaces qu'elles occupaient sans avoir besoin de se les approprier¹². Mais les hommes s'attachaient fortement à celle-ci, dans la mesure où ils la considéraient comme la mamelle nourricière de la communauté c'est-à-dire, la génératrice de tous les moyens de subsistance. La terre était un bien commun, inaliénable et même sacré. Elle se transmettait de génération en génération et il était alors pratiquement impossible de parler de propriété individuelle. Les individus ne pouvaient exercer qu'un droit de jouissance pour la satisfaction de leurs besoins de nourriture ou d'habitation¹³.

Les modes d'attribution aux membres du clan ainsi que celles de jouissance variaient d'une région à une autre et d'une ethnie à l'autre. Mais ce mode de gestion des terres était globalement connu sous la désignation de régime foncier « coutumier » ou « traditionnel ». La notion d'appropriation individuelle sera introduite par la colonisation.¹⁴ Avec la venue de la colonisation, d'importantes réformes seront observées. Avec la colonisation, la notion de « propriété individuelle » va voir le jour au Cameroun. Elle sera privilégiée au détriment de l'utilisation des

¹² V. Le foncier Rural au Cameroun : notes sur la terre dans le secteur rural, éd. 2013, p. 12. 25.pp. « les chefs traditionnels doivent être associés dans les processus de cessions des droits sur les terres en zone rurale, et dans tous les mécanismes de suivi des projets mis en œuvre sur le territoire de leurs villages ».

¹³ Etude diagnostique pour la modernisation des secteurs du cadastre et des domaines, Banque Africaine de Développement, Fonds Africain de Développement pour le Cameroun, ORCE, novembre 2009, p. 6-7, 65pp.

¹⁴ Ibid.

terres, où l'appropriation sera imposée comme base du régime des terres¹⁵. Le pays va par la suite subir dans son histoire trois colonisations¹⁶ : allemande, française et britannique, qui ont modelé chacune le paysage foncier de sa zone d'occupation en fonction de ses intérêts.

La colonisation allemande de courte durée, étendit son influence à l'ensemble du Cameroun. C'est elle qui délimita le territoire du Cameroun sur le plan foncier. Elle a introduit l'inscription au « *Grundbuch* » comme principe de sécurisation foncière surtout en faveur de l'administration allemande, qui occupait de vastes domaines fonciers dans les zones côtières. Après le traité de Versailles et le protectorat du Cameroun sous de la Société Des Nations, la partie orientale est placée sous domination française et la partie occidentale sous administration anglaise¹⁷. Il faut rappeler qu'à l'époque coloniale, il était commode de dénier aux « natifs » la propriété des terres sur lesquelles leurs ancêtres et eux-mêmes avaient toujours vécu et ce afin de s'approprier la majorité des ressources. Les terres étaient proclamées propriété de l'Etat et les propriétaires traditionnels étaient désignés comme simples occupants et utilisateurs tolérés sur ces terres¹⁸.

Dans la partie francophone et ce jusqu'à la veille de l'indépendance, il exista trois régimes fonciers : le régime de la transcription, le régime de la constatation des droits fonciers coutumiers et le régime de l'immatriculation. Avec le régime de la transcription, la publication des droits fonciers était régie par la loi du 21 juillet 1921. Il suffisait d'inscrire sur un registre spécial chaque immeuble qu'on possédait. Le conservateur foncier affectait à cet immeuble un compte sur lequel étaient inscrits chronologiquement les droits réels grevant ledit immeuble. Ce régime n'intéressait que les français expatriés et assimilés. Il faut donc préciser que sous le régime de la transcription, la place de l'autorité traditionnelle n'était pas spécifiée. On assimilait son rôle à un simple témoignage, à la simple justification de la véracité des dires du déclarant.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ L'Arrêté colonial de 1933 portant statut des chefs indigènes et le décret n°77/245 du 15 juillet 1977 distinguent bien le chef traditionnel en tant qu'autorité de la communauté dont il a la direction. Dans le premier cas, l'identification ne pose pas de problème juridique particulier : le chef traditionnel est un agent de l'Administration. Encore faut-il le classer dans la nomenclature plurielle des personnels administratifs. Mais la difficulté se pose d'avantage au niveau de la définition juridique de la chefferie entendue comme une collectivité humaine. Ses rapports tant avec le chef qu'avec l'Etat ne sont ni de ceux que l'on trouve dans le cas de la décentralisation administrative, ni de ceux qu'induirait un système de déconcentration administrative. NACH MBACK (C), *la chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques*, Africa Development, Vol xxv, Nos. 3&4, 2000, p.78, 118pp.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Liz Alden (W.), *Le statut de la propriété foncière coutumière au Cameroun*, Ed Fenton, 2011, p. 13.

Le deuxième régime dit régime de la constatation des droits fonciers coutumiers des indigènes a été instauré par le décret du 21 juillet 1932. Avec ce texte, il était question pour l'indigène de faire constater par les autorités administratives ses droits sur la terre, c'est-à-dire de prouver qu'il occupait ou exploitait effectivement celle-ci. L'autorité traditionnelle qui faisait partie de la commission de constat d'occupation, n'avait qu'un rôle honorifique de représentant de la communauté dans laquelle était situé l'espace. A l'issue de cette preuve, le déclarant bénéficiait de la délivrance d'un titre appelé « *livret foncier* ». Mais ce livret était inférieur au « *titre foncier* », qui constitue le couronnement de la procédure d'immatriculation¹⁹.

Au Cameroun britannique entre 1919 et 1927, les parties nord et sud du Cameroun sous administration britannique étaient régies par des législations différentes issues du Nigeria voisin. En 1921 a été signée la *Land and Native Right Ordinance*. Le but de ce texte était de permettre à tous l'utilisation et l'occupation des terres, c'est-à-dire de bénéficier des droits de jouir et d'occuper la terre. Ces deux droits formaient le Right of occupancy. Il en existait deux types suivants qu'on était allogène ou autochtone : le *Statutory Right of occupancy* et le *Customary Right of occupancy*. Plus tard, la *Land and Native Right Ordinance* a été assortie d'un article disposant qu'« *à tout moment, le Gouverneur pouvait retirer le Customary Right of occupancy* » donc, le droit reconnu aux indigènes sur un fond de terre. En 1956, une réforme garantissait l'accès à la pleine propriété au Cameroun britannique à travers le « *free hold land* » ou le « *lease hold land* ». En dehors de ces deux catégories, toutes les terres, occupées ou non sont déclarées terres coutumières.

Après l'indépendance, une nouvelle politique foncière est mise en place à travers le décret-loi n° 63/2 du 09 janvier 1963. Cet important texte créa le patrimoine collectif national géré par l'Etat, constitué des terres retirées aux collectivités coutumières à l'exception de celles qui sont considérées comme des possessions des collectivités, celles qui sont immatriculées ou transcrites en vertu du code civil et celles qui constituent le domaine public et le domaine privé prévus par les textes. Cette nouvelle politique foncière du nouvel Etat met l'accent sur la mise en valeur de la terre comme Condition de délivrance du titre foncier. Le décret n°64/10 du 30 janvier 1964 précise la répartition entre le patrimoine collectif national et les terres des collectivités coutumières²⁰.

¹⁹ Ibid., p. 7.

²⁰ Sur le plan social, ce nouveau régime foncier a eu le mérite de détribaliser l'accès à la terre dans la mesure où il donne le droit à tout camerounais d'accéder à la pleine propriété partout dans le pays. Devant les difficultés d'application liées aux problèmes de délimitation et d'acceptation des populations, et les limites de cette nouvelle politique foncière, de nouvelles réformes s'avéraient nécessaires. L'unification du pays en 1972 donna l'occasion de procéder à ces réformes

2- Sous le régime de l'immatriculation

C'est avec la présence coloniale que la propriété individuelle voit le jour au Cameroun. La loi du 17 juin 1959 permettait désormais à tout camerounais de faire constater ses droits coutumiers suivant une procédure aboutissant à la délivrance du document appelé « livret foncier », ayant une force probante²¹. Cette force n'a véritablement rien modifié aux dispositifs d'attribution de la propriété foncière posés précédemment par les textes de 1921 et de 1932. Ces textes présentaient le rôle du chef tant dans la constatation en qualité d'autorité traditionnelle, que dans la constatation en qualité d'autorité administrative et donc, limitaient la place des chefs traditionnels à la seule phase de constatation.

Sous le régime de l'immatriculation, le constat de propriété était premièrement effectué par l'autorité traditionnelle, représentante de l'administration dans la localité où la propriété était déclarée. C'est elle qui était capable de justifier en premier ressort qu'effectivement l'espace de terre acquis l'était par celui qui se prévalait disposer de ces droits. Ce qui voulait dire d'une part, que le chef de circonscription traditionnelle était désigné en premier avant la validation de l'autorité compétente. Cette désignation lui donnait droit à un traitement pécunier qui ressemblait bien à une rémunération contre prestation, justifiant sa qualité d'auxiliaire de l'administration au niveau local. Le chef exerçait de nombreuses missions de service public dont le règlement des litiges entre riverains, et la célébration des mariages coutumiers. Il s'agit des missions de l'Administration publique qui faisaient du chef traditionnel un auxiliaire de l'Administration²².

Le chef traditionnelle participe à la certification officielle de la propriété immobilière. Il est membre de la commission de constat d'occupation ou d'exploitation des dépendances du domaine national²³. D'après l'art 13(1) du décret n°2005/481, un extrait de la demande

pour également harmoniser les différents régimes fonciers des parties francophone et anglophone. Ce fut l'objet des ordonnances lois 74-1 et 74-2 du 06 juillet 1974.

²¹ Il faut relever qu'avec l'Art 5 du décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française, L'immatriculation est facultative. Exceptionnellement elle est obligatoire :

1. Dans le cas d'aliénation ou de concession de terres domaniales ;

2. Dans le cas où un immeuble, détenu jusque-là dans les formes admises par les coutumes indigènes, doit faire pour la première fois l'objet d'un contrat écrit, rédigé en conformité des principes du droit français. Dans ces deux cas, la formalité doit précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties, à peine de nullité audit acte. Mais avec le décret du 25 novembre et son arrêté d'application du 30 novembre 1966, l'immatriculation est devenue impérative et considérée comme seul mode d'accession à la propriété foncière. Les réformes de 1974 ne sont que venues confirmer ces dispositions du décret du 25 novembre 1966.

²² EBANG MVE (U-N), *Le titre foncier au Cameroun, recherche sur la spécificité d'un acte administratif unilatéral*, l'Harmattan, 2011, p 53.

²³ Ibid.

d'immatriculation est affiché dans ses locaux²⁴. L'article 13 (1) du décret n°2005/481 du 16 décembre 2005 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°76/165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier au Cameroun, précise que dès réception du dossier, le délégué départemental des Affaires foncières fait publier dans les quinze jours, par le chef de service départemental des affaires foncières, un extrait de la demande par voie d'affichage dans les locaux du service, de la sous-préfecture; du district, de la mairie et à la chefferie du village concerné.

Le professeur EBANG MVE précise par ailleurs que le rôle du chef de village est accentué par le fait que sa présence est obligatoire dans la commission de constat, ce que le juge Camerounais avait déjà relevé bien avant dans l'affaire Nteppe Clermond en ces termes : « *Attendu que l'article 16 alinéa 2 de l'ordonnance n°74/1 du 06 juillet 1974 fixant le régime foncier ensemble l'article 12 du décret n°76/166 du 27 avril 1976 fixant les modalités de gestion du domaine national créent une commission consultative ou obligatoirement en effet doivent siéger entre autres, le chef et 2 notables du village ou de la collectivité où se trouve le témoins* »²⁵.

Ce procédé a connu quelques légers aménagements avec les indépendances, et le sursaut d'orgueil du législateur camerounais de prendre en mains la destinée de son territoire et de ses terres.

B- La compétence des autorités infrarégionales après les indépendances

Les initiatives louables du législateur Camerounais depuis le décret de 1959 jusqu'à l'ordonnance du 6 juillet 1974 ont permis d'organiser le système foncier Camerounais. Elles font intervenir dorénavant plusieurs autorités dans la procédure d'établissement du titre foncier. Elles détiennent suffisamment de pouvoir pour se prononcer sur des affaires importantes, aidant ainsi le chef à administrer²⁶. Ce système implique, outre les chefs en qualité d'autorités traditionnelles²⁷, mais aussi et surtout les notables (1) dont les rôles sont bien définis (2).

²⁴ Art 13(1) du décret n°2005/481 précité.

²⁵ CS/CA, jugement n°05 du 23 novembre 1989, Nteppe Clermond et autres contre Etat du Cameroun.

²⁶ Ibid.,

²⁷ Déjà présentées, il faut d'abord faire des précisions sur l'une d'elle qui a un statut pour le moins particulier, il s'agit du chef. Tel que relevé, ce dernier, tout en étant un particulier, doit être vu comme auxiliaire de l'administration

1- Les notables

Le notable est considéré comme une autorité traditionnelle de second rang, et ne saurait être considéré comme un agent administratif. Sa qualité de citoyen fait de lui un pilier pour sa collectivité. A cela, il est tout simplement une autorité traditionnelle car il est amené à aider le chef de village à administrer dans sa circonscription²⁸. L'Article 16 de l'ordonnance du 6 juillet 1974 fait de lui un membre la commission consultative, entant que représentant de l'autorité traditionnelle²⁹. Cette commission, selon l'article 12 du décret n°76/166, comprend deux notables. Mais ce nombre est variable en fonction des situations qui peuvent survenir à tout moment au cours de la procédure. Il peut s'agir d'une part, de la survenance d'un incident ou d'aléas qui ne favorisent pas l'achèvement du bornage en présence de tous les membres de la commission. A cet effet, le sous-préfet en sa qualité de président de ladite commission, va désigner un comité ad hoc comprenant obligatoirement un notable³⁰, pour effectuer lesdits travaux.

Par ailleurs à la lecture des dispositions de l'alinéa 5 du même article, le nombre de notaires pourrait être supérieur à celui indiqué à l'alinéa 7 ci-dessus. Il dispose que lorsque l'immeuble à immatriculer intéresse plusieurs circonscriptions administratives, les commissions consultatives concernées siègent ensemble, à l'initiative de celle qui détient le dossier³¹. Il va de soi que dans une mesure plus raisonnable, si deux ou trois circonscriptions administratives sont intéressées par ce même immeuble alors qu'une commission est composée d'en moyenne deux notables, on se retrouverait en face de quatre ou six notables pour cette nouvelle commission, sans qu'il ne soit fait distinction de leur mode de désignation en qualité de membre de la commission. Si l'on s'en tient au raisonnement selon lequel le notable est d'abord choisi par une communauté pour laquelle il est membre, il devient plus facile de voir cette autorité traditionnelle revêtir une double casquette à travers un double principe de désignation. Tout d'abord, il est désigné comme « bras séculier » du chef de sa communauté, ce qui a précédemment été dit. Ensuite, comme membre de la commission de consultation. Une question mérite d'être posée ici : de quelle autorité résulte la présence du chef au sein de ladite commission ?

²⁸ Le choix des notables, leur nombre ainsi que leur hiérarchie, dépend des us et des coutumes locales, et c'est de ces us et coutumes qu'il a hérité de cette fonction.

²⁹ Ibid.

³⁰ Art 13 (7) du décret n°2005/481, précité.

³¹ Ibid.

Selon l'article 12 du décret n°76/166, le notable est nommé et ce, par le sous-préfet en sa qualité de président de la commission consultative³², qui par la suite nomme tous les autres membres de ladite commission. Cette désignation lui confère donc un rôle très important dans la procédure d'obtention du titre foncier.

2- Le rôle des notables

C'est dans la commission consultative de constat et d'évaluation que sont véritablement définis les rôles du notable. Le rôle du notable est quasiment similaire à celui du chef traditionnel. Mais dans le domaine de la titrisation foncière, les notables ont pour rôle premier, d'attester la propriété coutumière. Ce rôle leur sied, car les notables sont les tous premiers représentants de leurs communautés et principaux témoins du grand héritage foncier dont dispose leurs localités. A ce titre, leur rôle dans l'attestation de la propriété foncière trouve toute sa justification. Car tout comme les chefs, ils sont les personnes ressources pour justifier de la propriété dans leur communauté. Ils ont également pour charge d'éclairer la commission durant les travaux. Cela dit, ils participent aux travaux de la commission consultative non pas seulement dans le cadre de la titrisation, mais aussi et surtout dans le cadre de la protection de l'environnement³³ en qualité de membre de ladite commission³⁴. A cet effet, ils émettent des avis sur chaque demande d'établissement du titre foncier et d'examiner les litiges qui peuvent en découler tels que les oppositions à l'immatriculation, les inscriptions³⁵. Mais il faut relever que le plus gros est le constat qu'ils effectuent dans la mise en valeur des terrains concernés pour l'obtention du titre foncier³⁶. En plus, la validité des travaux de ladite commission est conditionnée par leur présence effective et même obligatoire³⁷.

La limitation et la restriction de la compétence des autorités des circonscriptions traditionnelles dans la procédure d'établissement du titre foncier par la loi du 27 avril 1976 a plutôt permis d'étendre la compétence des autorités administratives centrales dans cette procédure.

³² Art 12 du décret n°76/166. Le silence de la loi et même de la jurisprudence sur la question du mode de choix du notable par le sous-préfet fait supposer un choix discrétionnaire

³³ PRIEUR (M), « Démocratie et droit de l'environnement et du développement » *R.J.E*, 1/1993, p.1.

³⁴ Art 14 du décret n°76/166, précité.

³⁵ NYAMA (J-M), « Régime foncier et domaniaité publique au Cameroun », Presses de l'UCAC, édition 2012, p.242 et s.

³⁶ CS/CC, Arrêt n°52 du 26 janvier 1983, Ngnakam Justine contre Wouateur Norbert, *R.C.D*, n°31, 1986, p.310.

³⁷ Art 13 (7) du décret n°2005/481, précité.

II- L'EXCLUSION DE LA COMPETENCE DES AUTORITES INFRAREGIONALES DANS LA PHASE DEFINITIVE

La phase définitive est la phase d'établissement du titre foncier proprement dite : C'est la phase après immatriculation. A la lecture des dispositions des articles 12 (1 et 2), et 13 (1 et 2) du Décret N° 2005/481 du 16 décembre 2005, trois autorités administratives étaient compétentes dans la procédure d'attribution des titres de propriétés foncières au Cameroun³⁸. Il s'agissait selon l'article 12 (1), du chef de district et du sous-préfet ; et selon l'article 13 (1), du Délégué départemental des affaires foncières³⁹. Mais depuis la réforme administrative de 2008 qui a fait disparaître le chef de district pour laisser place uniquement au sous-préfet, leur nombre est passé de trois à deux⁴⁰. Les rôles dévolus autrefois à ce dernier ressortissent dorénavant de la compétence du sous-préfet (A). Le Délégué départemental quant à lui, fait place au préfet (B).

A- La compétence du Sous-Préfet

Ce rôle était autre fois associée à celui du chef de district qui, en qualité de président de la commission consultative de l'unité administrative dont il avait la charge, recevait les dossiers de demande d'immatriculation, transmettait un extrait de la demande à la délégation départementale des domaines et des affaires foncières. Mais le décret n°2008/376 du 12 novembre 2008 va apporter des modifications à l'organisation administrative en transformant cette unité en arrondissement, dirigé par un sous-préfet. Ce qui ne va pas modifier considérablement la procédure antérieure, puisque le sous-préfet qui faisant déjà parti, s'occupe comme dans la procédure présentée par le décret n°76-165, de la réception du dossier de demande d'immatriculation (1), et de sa transmission au préfet (2).

³⁸ Art. 12 (1), Décret N° 2005/481 du 16 décembre 2005. Le dossier est déposé auprès du chef de district ou du sous-préfet du lieu de situation de l'immeuble...

(2). Dès réception du dossier, et dans les soixante-douze (72) heures, le sous-préfet ou le Chef de District délivre, sans aucune formalité préalable sur le terrain, un récépissé à l'adresse y indiquée, puis le transmet dans les huit jours à la Délégation Départementale des Affaires Foncières.

³⁹ Art. 13 (1). Décret N° 2005/481 du 16 décembre 2005. Dès réception du dossier, le délégué départemental des Affaires foncières fait publier dans les quinze jours, par le chef de service départemental des affaires foncières, un extrait de la demande par voie d'affichage dans les locaux du service, de la sous-préfecture ; du district, de la mairie et à la chefferie du village concerné.

(2). Sur proposition du chef de service départemental des affaires foncières, le sous-préfet ou le chef de district territorialement compétent, président de la commission consultative, fixe par décision, la date de constat d'occupation ou d'exploitation

⁴⁰ Ibid.

1- La réception du dossier de demande d'immatriculation

Le décret n°76-165 du 27 avril 1965 présente la procédure d'obtention du titre foncier au Cameroun et détermine les compétences dévolues à chaque autorité administrative. Mais sauf qu'à partir de l'article 11, il est présenté un ensemble de conditions à respecter aux fins de recevabilité de la demande d'immatriculation, et donc le non-respect entraînent automatiquement des effets. D'après l'article 11 (1) du décret n°2005/481⁴¹ qui vient compléter certaines dispositions du décret n°76/165⁴², toute personne habilitée à solliciter l'obtention d'un titre foncier sur une dépendance du domaine national doit constituer un dossier comprenant :

- une demande en quatre (4) exemplaires dont l'original est timbré, indiquant ses noms et prénoms, sa filiation, son domicile, sa profession, son régime matrimonial, sa nationalité, le nom sous lequel l'immeuble doit être immatriculé ;
- la description de l'immeuble (situation, superficie, nature de l'occupation ou de l'exploitation, estimation de sa valeur, indication des charges qui le grèvent).

L'alinéa (2) de cet article précise que la demande signée ne doit viser qu'un immeuble composé d'une seule parcelle. Si une route ou une rivière traverse le terrain, celui-ci fait l'objet d'autant de demandes qu'il y a de parcelles distinctes. Il détermine par ailleurs la rigueur avec laquelle le législateur entend faire respecter cette procédure.

La procédure posée aux articles 11 des décrets n°76/165 et 2005/481, fait ressortir deux effets. D'abord l'irrecevabilité, et ensuite la nullité de la demande en cas de vice de forme. Il précise à l'alinéa (3) que les demandes portant sur les terres libres de toute occupation ou de toute exploitation sont irrecevables. Elles sont instruites selon la procédure de concession. A l'alinéa (4) suivant également la procédure de concession, les demandes portant sur des mises en valeur réalisées après le 5 août 1974, sauf s'il est établi par la commission consultative que ces mises en valeur étaient précédées par une occupation ou une exploitation non probante réalisée avant le 5 août 1974. Ce qui ne laisse pas sans dire que le non-respect de toutes ces conditions entraîne automatiquement l'irrecevabilité de la demande, et la nullité de celle-ci.

⁴¹ Art 11 du décret n°2005/481 précité.

⁴² Art 11 du décret n°76/165 précité.

Ensuite, il est délivré un récépissé à l'adresse y indiquée, en cas de respect des conditions relevées aux alinéas 3 et 4 des articles 11 précédents⁴³, avant la transmission au service départemental compétent.

2- La transmission du dossier de demande d'immatriculation

Page | 67

Après réception du dossier de demande d'immatriculation, le décret de 2005/481 du 16 décembre 2005 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°76/165 du 27 Avril fixant les conditions d'obtention du titre foncier précise en son article 12 (2), que le sous-préfet le transmet à la délégation départementale des affaires foncières. Mais cette transmission est faite en respect d'un certain nombre de délais, ce qui démontre à suffisance l'importance que le respect des délais présente dans le déroulement de la phase d'immatriculation et partant, de la titrisation foncière. L'alinéa 2 de l'article 12 du décret de 2005 stipule que : « *Dès réception du dossier et dans les soixante-douze (72) heures, le sous-préfet ou le Chef de District délivre, sans aucune formalité préalable sur le terrain, un récépissé à l'adresse y indiquée, puis le transmet dans les huit jours à la Délégation Départementale des Affaires Foncières* ».

Déjà il faut remarquer qu'un premier délai de 72h au plus est accordé au sous-préfet pour délivrer un récépissé de dépôt de dossier au demandeur. En plus, le décret n°90-1482 du 09 novembre 1990⁴⁴ modifiant l'article 12 du décret n°76/165 du 27 Avril 1976 précité donnait également au sous-préfet un second délai de 15 jours à compter de la date de dépôt du dossier, délai entériné par les dispositions du décret n° 2005/481 est venu entériner, qui ramenait ce délai à 08 jours pour ce processus.

Ce dynamisme vient à s'expliquer par l'effet des nombreuses difficultés qu'éprouvaient les usagers dans les procédures d'obtention du titre foncier. L'administration des domaines et des affaires foncières nouvellement mise en place en 2005, s'est donnée pour objectif d'y apporter des réponses adéquates, et c'est d'ailleurs ce qui explique la promulgation en 2005 du Décret portant modification et complément de certaines dispositions du Décret 76/165 du 27 août 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier⁴⁵. Ce décret a été initié avec pour objectif de résoudre le problème très complexe de lenteur dans la procédure d'obtention du titre foncier au Cameroun.

⁴³ Art 12 (2) du décret n°76/165 précité. « *Dès réception du dossier, et dans les soixante-douze (72) heures, le sous-préfet ou le chef de district délivre, sans aucune formalité préalable sur le terrain, un récépissé à l'adresse y indiquée...* »

⁴⁴ V. décret n°90-1482 du 9 novembre 1990, modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°76-165 précité.

⁴⁵ TCHAWA (P), *Amélioration de la gouvernance du secteur foncier au Cameroun*

Mise en œuvre du Cadre d'Analyse de la Gouvernance Foncière. Yaoundé, Février 2014, p.36. 119.pp.

Cette mesure a donc permis de réduire d'une part le temps d'attente, les délais, la lourdeur de la procédure après transmission de la demande au service départemental compétent. Sauf que, comme on peut le remarquer avec l'alinéa 2 dudit décret, il n'est par exemple pas déterminé la nature des jours liés au délai de transmission. On serait tenté de voir y compris les jours fériés et week-ends. Ce ci justifie le fait que cette réorganisation n'a véritablement pas résolu toutes les difficultés des réformes précédentes, du moins sur le plan de sa procédure.

B- La compétence du Préfet

Avant le décret n°2008/376 du 12 novembre 2008 portant organisation administrative au Cameroun, trois autorités administratives étaient concernées par le processus d'obtention du titre foncier. Mais avec la réforme qu'elle a entraînée, ne sont dorénavant et principalement concernés par ladite procédure, que le sous-préfet, et le préfet.

Si le sous-préfet reçoit le dossier de demande d'immatriculation, le préfet quant à lui coordonne les opérations d'immatriculation suivant les aspects matériels qui doivent se dérouler dans sa circonscription administrative⁴⁶(1). Et la procédure telle que présentée par le décret n°76/166, fait de lui le secrétaire des opérations (2).

1- La coordination des opérations d'immatriculation

Le décret de 2005/481 du 16 décembre 2005 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°76/165 du 27 Avril fixant les conditions d'obtention du titre foncier fait du Préfet l'autorité de tutelle en matière foncière et domaniales, chargé d'orienter la procédure d'immatriculation. A la lecture des dispositions de l'article 12 du décret n°76/166 qui fixe les modalités de gestion du domaine national, il assure également la tutelle des services départementaux des affaires foncières et domaniales, au même titre que celle sur les services administratifs, juridiques et politiques placés sous son autorité dans la préfecture. C'est d'ailleurs par l'entremise de ce service qu'il coordonne les affaires intéressées en ayant un droit de regard sur les services départementaux des domaines et des affaires foncières.

Le décret n°76/165 donne quitus au préfet en qualité d'autorité de tutelle, pour orienter et diligenter les activités de la procédure sur les affaires intéressées. Mais en qualité d'autorité de tutelle sur les services départementaux, Sur proposition du chef de service départemental des affaires foncières, le sous-préfet ou le chef de district territorialement compétent, président de la

⁴⁶ EBANG MVE (U-N), *Op. Cit.*, p. 55.

commission consultative, fixe par décision la date de constat d'occupation ou d'exploitation⁴⁷. Lorsqu'il y a plusieurs demandes, il est établi chaque mois, à la diligence du chef de service départemental des affaires foncières et par décision du préfet ou du chef de district concerné, un calendrier des travaux de la Commission consultative⁴⁸.

En outre il importe de relever qu'en dehors de la coordination des opérations d'immatriculation, la nouvelle réforme foncière de 2005 fait du préfet le secrétaire du service de représentation départementale.

2- Le secrétariat des opérations

Le service de représentation départemental auquel est transmis la demande d'immatriculation, propose le calendrier des travaux de la commission et le chef de service départemental des affaires foncières qu'est le préfet, assure le secrétariat de la commission. A cet effet, il est chargé de la publicité foncière au niveau départemental, et de l'organisation des décentes de la commission.

En ce qui concerne la publicité foncière, ce rôle lui est expressément défini par l'article 13 (1) du décret de 2005 qui dispose que « *Dès réception du dossier, le délégué départemental des Affaires foncières fait publier dans les quinze jours, par le chef de service départemental des affaires foncières, un extrait de la demande par voie d'affichage dans les locaux du service, de la sous-préfecture ; du district, de la mairie et à la chefferie du village concerné* »⁴⁹.

A l'article 1^{er} du décret n°76/165, il est prévu une procédure selon laquelle, au service départemental des domaines, le requérant est invité à remettre un mandant-poste de 3.000fcfa libellé à l'adresse du receveur des domaines pour frais d'ouverture du dossier. Dans le mois qui suit la transmission du dossier à la section départementale des domaines, le préfet informe le public de l'extrait de la demande, par voie d'affichage dans les locaux de la préfecture, des sous-préfectures, mairies, et au village intéressé⁵⁰. Ces procédés avaient fière allure de moyens d'information et de publicité de la demande d'obtention dudit titre. Mais à ce stade, seul le préfet est compétent pour organiser matériellement les décentes, et même procéder aux affiches dans les différents lieux indiqués. Tel que précise l'article 13 (2) du décret n°76/165, il prend un arrêté

⁴⁷ Art 12 (2) du décret n°76/165 précité.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ GUIFFO (J-P), *le titre foncier au Cameroun*, Edition de l'Essoah, 2008, p.38.

fixant la date du constat d'occupation ou d'exploitation. Cette disposition lui donne la faculté en qualité de chef de service départemental des affaires domaniales et foncières, d'organiser matériellement les décentes de la commission⁵¹.

A la suite des dispositions de l'article 12 du décret n°76/166 du 27 avril 1978 fixant les modalités de gestion du domaine nationale, le préfet nomme la commission consultative. Et si l'on s'en tient aux dispositions de la loi n° 2008/376 du 12 novembre 2008 portant organisation administrative de la république du Cameroun, cette commission siège au niveau de l'Arrondissement et comprend :

- le sous-préfet (Président),
- un représentant du service des domaines (secrétaire),
- un représentant du ministère dont la compétence a un rapport avec le projet,
- le chef et deux notables du village ou de la collectivité où se trouve le terrain.

Conclusion

La présente étude a eu pour objectif d'apporter un éclairage des textes sur la place de l'autorité infrarégionale dans la procédure d'établissement du titre foncier au Cameroun, en répondant à la question de savoir : quelle est cette place ? l'hypothèse a démontré qu'elle est dérisoire, puisqu'elle est restreinte à la seule phase préparatoire, notamment d'immatriculation. Cette place est donc restreinte à la seule phase préparatoire, et même inexistante dans la phase définitive ou phase d'établissement proprement dite du titre foncier. Les récentes évolutions du 02 février 2022 n'ont rien apporté en supplément ou en restriction aux compétences de ces autorités, en particulier la place qu'elles occupent dans le processus d'établissement du titre foncier, si ce n'est annuler et même invalider les titres appelés « Attestations ou certificats d'abandons des droits coutumiers », délivrés par les chefs traditionnels aux plus offrants. Il est clair que leur prolifération devenait une gangrène grandissante qui nuisait davantage aux droits de la propriété foncière, mais également à sa sécurité. La circulaire du 02 février du MINDCAF est donc une sorte de rappel à l'ordre sur le respect des compétences de chacune de ces autorités et notamment traditionnelles.

⁵¹ Art 12 du décret n°76/166 précité.

**L'approche évaluative de la performance des entreprises
publiques au Cameroun***The evaluative approach of the performance of public enterprises in**Cameroon* Page | 71

Par:

NDOUTA EMIANG Jeannette Vanessa

Docteur en droit public à l'Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

La création de structures étatiques nécessite impérativement la mise en place d'un système d'accompagnement des dites institutions du moins dans les débuts de leur fonctionnement jusqu'à leur adaptation effective. C'est alors que le Cameroun s'est engagé dans ce vaste mouvement de décentralisation et déconcentration, en créant des entreprises et établissements publics qui pourront un tant soit peu améliorer et désengorger la gestion centralisée de l'État. Tel est donc l'engagement pris dans les années 60. Pour mener à bien cette mission, des mesures d'accompagnement, et partant des institutions adéquates ont été créées. Au rang de celles-ci figurent en juste place des institutions telles la Commission technique de Réhabilitation des Entreprises publiques. Ainsi, une évaluation subséquente depuis leur création peut dès lors être faite pour voir si oui ou non, nous sommes dans une logique des performance des Entreprises publiques et si leur existence en vaut véritablement la peine.

Mots clés : Évaluation – Performance – Entreprises publiques – Efficacité - Contrat de performance – Contrat-plan – Réhabilitation

Abstract :

The creation of state structures requires the establishment of a system to accompany the said institutions at least from beginning of their operation until effective adaptation. It was then that Cameroon engaged in this vast movement of decentralization and deconcentration, by creating companies and public institutions that will be able to somewhat improve and declog the centralized management of the State. This is therefore the commitment made in the 1960s. To carry out this mission, accompanying measures, and therefore adequate institutions have been created. These include institutions such as the Technical Commission for the Rehabilitation of Public Enterprises. Thus, the subsequent evaluation since their creation can therefore be made to see whether or not we are in a logic of the performance of public companies and whether their existence is really worth it.

Keys words: Evaluation – Performance – Public companies – Efficiency – Performance contract– Plan contract - Rehabilitation

Introduction

La mise en œuvre des politiques publiques au Cameroun depuis les indépendances a conduit l'État à penser à une nouvelle forme de gestion axée sur des secteurs précis de service public. L'État ne pouvant dès lors plus couvrir toute la grande majorité des domaines, va confier ou relayer ses pouvoirs à de nouvelles entités à la hauteur des attentes des usagers. Celles-ci seront plus tard considérées et encadrées dans un climat de développement économique, social, culturel, sanitaire et bien d'autres. Il s'agit notamment des établissements et entreprises publics.

Page | 73

La survenance des entreprises publiques au Cameroun a été l'un des atouts fort porteur et propulseur du développement. À travers des politiques publiques mises en place par l'État central qui assurent leur encadrement, il apparaît tout à fait évident que l'on ne saurait plus s'en découdre au vue de la place centrale qu'occupent désormais ces entités. Nous sommes partis de la création des entreprises publiques à la recherche effrénée de leur performance. L'objectif étant de limiter et de réduire les dépenses de l'État en associant à la gestion des entreprises publiques, des techniques managériales qui conduisent à une gestion plus efficace dans l'atteinte des objectifs fixés avec le maximum de rendement¹. Néanmoins, les laisser complètement à l'abandon et à l'autogestion par leurs propres moyens serait tout aussi incongru et libéral. C'est donc à ce niveau qu'intervient l'État à travers la mise sur pied des plans de performances des entreprises publiques.

Depuis les années 60, nous observons une mobilisation de plus en plus croissante² au fil des décennies de l'appareil central quant au suivi des entreprises publiques en vue d'un bon rendement et d'une meilleure efficacité. Cet enclage se manifeste par des fondements juridiques qui respectent la hiérarchie des normes. Ils sont aussi bien constitutionnels³ que législatifs. C'est alors que nous observons à partir des indépendances, plusieurs textes⁴ tels que des décrets

¹ CHEVALLIER (J), *Science administrative*, Paris, PUF, 5^{ème} édition, p. 31-37.

² Nous sommes partis des textes sur de simples contrôles tels que le décret n° 68/DF/275 du 15 juillet 1968 portant contrôle des sociétés de développement, à des textes de véritables contrôles de performances sur l'efficacité des entreprises publiques.

³ Le Préambule de la Constitution présente une vision de développement très cher au peuple camerounais à laquelle nous pouvons rattacher l'exigence de performance des entreprises publiques. Cette vision se décline dans le Constitution à travers l'article 67 de la Constitution de 16 janvier 1996.

⁴ - Le décret n° 68/DF/275 du 15 juillet 1978 portant contrôle des sociétés de développement.

- Le décret n° 86/656 du 03 juin 1986 portant création d'une mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n° 87/864 du 27 juin 1987 portant modification de certaines dispositions du décret n° 86/656 du 03 juin 1986.

- Le décret n°88/906 du 29 juin 1988 portant nomination du vice-président et des membres chargés spécialement du secteur financier de la commission technique de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

ordonnances et même des lois qui vont être signés afin de s'assurer de l'efficacité des entreprises publiques.

Par ailleurs, il existe des fondements historiques qui consistent simplement à démontrer que le Cameroun est engagé depuis des décennies dans le processus de recherche de plus d'efficacité de ses entreprises publiques. Ceci se justifie par la présence des contrats de performance de première génération⁵, contrat-plan⁶, contrat d'objectif minimum⁷ dont l'objectif jusqu'ici était la réhabilitation⁸. Plus récemment et d'actualité, nous avons les nouveaux contrats de performance⁹ qui améliorent et boostent au mieux les entreprises publiques. Au regard de toute cette implication de l'organe étatique et de l'évolution de la notion, quelle évaluation peut-on faire sur la performance des Entreprises publiques au Cameroun ?

À travers cette interrogation, nous pouvons voir une dualité de sens de la notion de performance des entreprises publiques. Ceci se traduit par un bénéfice d'efficacité accordé bel et bien des entreprises publiques mais elle reste tout de même à questionner et à interroger quant à la durée à long terme de cette efficacité. Nous sommes partis de la création des entreprises publiques

- Le décret n°88/906 du 29 juin 1988 portant nomination du vice-président et des membres chargés spécialement du secteur financier de la commission technique de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°90/428 du 27 février 1990 modifiant certaines dispositions du décret n°86/656 du 3 juin 1986 portant création d'une mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°05/056 du 29 mars 1995 portant réorganisation de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°96/023 du 07 février 1996 modifiant certaines dispositions du décret n°5/056 du 29 mars 1995 réorganisant de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°97/001 du 03 janvier 1997 modifiant certaines dispositions du décret n°95/056 du 29 mars 1995 portant réorganisation de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°97/002 du 03 janvier 1997 portant organisation et fonctionnement de la commission technique de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°99/010 du 04 janvier 1999 portant élargissement des attributions de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- Le décret n°99/241 du 29 octobre 1999 modifiant et complétant les dispositions du décret n°95/056 du 29 mars 1995 portant réorganisation de la mission de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic.

- La loi de 2017/011 portant statut général des entreprises publiques.

- Les décrets de 2019 portant application de la loi de 2017.

- La circulaire du 05 juillet 2022 fixant le régime des contrats de performance fixé entre l'État et les entreprises publiques.

- La circulaire du 06 octobre 2023 portant précision des modalités et conditions d'élaboration, de conclusion et de mise en œuvre des contrats de performance entre l'État et les entreprises publiques.

⁵ Dans les années 60-70

⁶ Dans les années 80

⁷ Dans les années 90-2000

⁸ La circulaire du 06 octobre 2023 portant précision des modalités et conditions d'élaboration, de conclusion et de mise en œuvre des contrats de performance entre l'État et les entreprises publiques.

⁹ Ces contrats prendront actes dès le mois de novembre 2023 et concernera pour un début les entreprises publiques telles la Camair-CO, le port autonome de Douala et la CICAM.

à la recherche effrénée de la performance. Malgré cette limite, la performance de l'entreprise publique trouve un terreau particulièrement fertile dans le cadre du développement¹⁰ et de l'atteinte des objectifs à l'horizon 2035¹¹. Ceci étant la performance des entreprises publiques est belle constatée (I), mais elle demeure tout de même questionnable quant à son efficacité réelle (II).

I- UNE EVALUATION AXEE SUR LA PERFORMANCE VERIFIEE DES ENTREPRISES PUBLIQUES AU CAMEROUN

Le droit d'existence des entreprises publiques vient de leur création depuis les indépendances. Elles sont mises en place pour mieux gérer des domaines qui aujourd'hui semblent moins proches du contrôle absolu de l'État. Loin de toute incapacité pour lui à assurer cette gestion, l'appareil central trouve mieux de déléguer cette compétence aux entreprises publiques. Ce qui lui réussit d'ailleurs bien car à l'observation, la gestion décentralisée s'accorde mieux aux atteintes des populations. En lisant les lignes des articles 3¹² et 4 du décret n° 2019/320 du 19 juin 2019 *précisant les modalités d'application de certaines modalités des lois n° 2017/010 et 2017/011 du*

¹⁰ Ce problème montre les limites de l'évaluation de la performance.

¹¹ La vision du Cameroun à l'horizon 20-35 ans est la suivante : « LE CAMEROUN : UN PAYS EMERGENT DEMOCRATIQUE ET UNI DANS SA DIVERSITE ». Elle s'appuie sur les résultats des études rétrospectives, le recensement des besoins et aspirations des populations et les ambitions des politiques. En particulier, elle systématise les aspirations et visions expérimentées par les différents acteurs et se résume comme suit :

- Une nation unie, solidaire et jouissant d'un environnement de paix et de sécurité ;
- Une démocratie réelle, forte et juste ;
- Une administration décentralisée et au service du développement ;
- Une économie prospère et dotée d'infrastructures performantes ;
- Une démographie à croissance maîtrisée ;
- Une Nation favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives autant que leur égalité professionnelle ;
- Une femme au rôle social renforcé et économiquement autonome ;
- Une famille stable et harmonieuse ;
- Un accès de tous aux services sociaux de base de qualité ;
- Une justice indépendante et accessible à tous ;
- Un niveau de pauvreté, d'analphabétisme et d'exclusion sociale résiduelle ;
- Une culture camerounaise affirmée dans son unité plurielle, attrayante et exportable au plan international ;
- Un niveau de chômage et de sous-emplois résiduel ;
- Une jeunesse bien formée exaltant le mérite et l'expertise nationale ;
- Une allocation équitable de ressources entre villes et campagnes et entre les régions du pays.

¹² L'État assure un suivi actif de performance des entreprises et des établissements publics;

Il veille au maintien d'un climat de confiance entre les dirigeants des organes sociaux ;

Il veille à la participation systématique des Directeurs Généraux des entreprises et des établissements au processus de préparation du budget de l'État, le cas échéant ;

Il veille à l'opérationnalisation d'un système de contrôle de gestion et d'audit interne ;

Il veille au suivi des mandats des dirigeants et membres sociaux des organismes relevant de sa compétence ;

Il met en place un cadre de coordination entre les tutelles technique et financière, à la diligence de la tutelle technique ;

Il produit et soumet au Président de la République, le rapport annuel sur la situation de l'entreprise publique ou de l'établissement public concerné au plus tard un (01) mois après l'approbation des comptes par les organes délibérants ;

Il produit et publie un rapport annuel consolidé sur les entreprises et les établissements publics, y compris leurs performances opérationnelles et financières, la gouvernance d'entreprise et leurs relations financières avec l'État.

12 juillet 2017 portant statuts général des établissements publics et des entreprises publiques et la circulaire du 06 octobre 2023 portant précision des modalités et conditions d'élaboration, de conclusion et de mise en œuvre des contrats de performance entre l'État et les entreprises publiques, Nous observons clairement que les EP sont nettement détenteurs de pouvoirs autrefois exercés de plein droit par l'État.

En outre, il n'est pas anodin de penser à une certaine autonomie dans la gestion des EP. L'appui indéniable et incontestable de l'appareil central n'est non plus négligeable. Néanmoins, il existe désormais au vu de la performance des EP, un certain équilibre entre les deux parties à travers les Contrats dits de performance (A) dont ne se contentent pas seulement ces entités. Elles en viennent désormais à rechercher de nouvelles garanties de performance extra étatiques (B).

A- La présence d'un équilibre entre l'État et l'entreprise publique

Loin de penser à une certaine suprématie ou hégémonie étatique sur les entreprises, les deux parties en présence dans le contrat jouent toutes leur partition et ceci de façon équitable. Les contrats de performance durent minimum 3ans et maximum 5ans éventuellement renouvelable¹³ si les parties l'estiment nécessaire. A la base, ils ont été pensés au regard de la faillite généralisée des entreprises du secteur public et parapublic observée dans les années 80. Sous la pression des bailleurs de fonds internationaux, les pouvoirs publics au Cameroun ont eu recours aux contrats de performance. À ce jour, l'État camerounais a conclu une trentaine de ces contrats avec les EP.

Au départ, l'on ne considère pas le contrat de performance comme un contrat au sens juridique, il est plutôt un plan de redressement d'une EP en difficulté, convenu entre les deux parties cocontractantes et fondé sur les engagements respectifs des partenaires. Le contrat de performance repose dès lors sur des objectifs clairement définis (efficacité¹⁴, productivité¹⁵, rentabilité¹⁶), qui font l'objet d'un strict suivi. Les contrats de performance imposent aux entreprises de engagements relatifs à la gestion, ceux liés au redressement financier et ceux portant sur les ressources humaines.

¹³ Circulaire du 06 octobre 2023 portant précision des modalités et conditions d'élaboration, de conclusion et de mise en œuvre des contrats de performance entre l'État et les entreprises publiques.

¹⁴ PAYETTE (A), *L'efficacité des gestionnaires et des organisations*, Québec, Presse Universitaire du Québec, 1997, 244p.

¹⁵ GICQUEL (J-E), *La performance en droit public et science politique*, Presse Universitaire de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2019, pp 75-91.

¹⁶ Ibid.

Les engagements de l'État concernent la restructuration financière, un engagement de performance affirmant l'autonomie de gestion de l'entreprise concernée, des engagements relatifs aux investissements. L'État assure un suivi actif de performance des entreprises et des établissements publics; veille au maintien d'un climat de confiance entre les dirigeants des organes sociaux ;veille à la participation systématique des Directeurs Généraux des entreprises et des établissements au processus de préparation du budget de l'État, le cas échéant; veille à l'opérationnalisation d'un système de contrôle de gestion et d'audit interne ; veille au suivi des mandats des dirigeants et membres sociaux des organismes relevant de sa compétence ; met en place un cadre de coordination entre les tutelles technique et financière, à la diligence de la tutelle technique ; produit et soumet au Président de la République, le rapport annuel sur la situation de l'entreprise publique ou de l'établissement public concerné au plus tard un (01) mois après l'approbation des comptes par les organes délibérants; produit et publier un rapport annuel consolidé sur les entreprises et les établissements publics, y compris leurs performances opérationnelles et financières, la gouvernance d'entreprise et leurs relations financières avec l'État.

L'Entreprise publique est toute aussi bien engagée dans ce mouvement quant à la mise en œuvre des contrats de performance. Puisque l'État n'a pas les moyens d'observer les importants engagements financiers, il faut bien s'accorder et trouver des points qui les feront grandir.

Durant les dernières décennies, les choses se sont considérablement améliorées dans la mesure où, nous sommes passés du stade de redressement par les contrats de performance au stade de simple accompagnement¹⁷. C'est alors qu'une classification des contrats de performance peut être faite en deux catégories à savoir les contrats de performance de réhabilitation ou de redressement (1) et ceux d'accompagnement (2).

1- Les contrats de performance de redressement

Cette catégorie concerne deux types de contrats à savoir les contrats de performance dits de première génération et les contrats de seconde génération.

Les premiers sont intervenus dès les années 60 jusqu'en fin années 70 et début années 80. Les seconds quant à eux sont intervenus à partir des années 90 jusqu'à la fin de la première décennie 2000. Ils étaient particulièrement des contrats de réhabilitation qui intervenaient

¹⁷ Circulaire n° 00004918/MINFI du 05 juillet 2022 régissant les contrats de performances entre l'État et les établissements et entreprises publics.

beaucoup plus destinés aux entreprises en difficultés et dans le besoin de se remettre sur pied. L'État était en ce moment-là plus considéré comme un « sapeur-pompier » plutôt qu'une partie cocontractante. Il les aidait à ce moment à retrouver leur moyen de productivité or tel n'est pas le cas pour les contrats de performance d'accompagnement. Pour leur part, ils viennent tout simplement améliorer, booster et valoriser davantage dans ses performances, la situation des entreprises publiques qu'elles soient en difficulté ou pas.

2- Les contrats de performances d'accompagnement

Conformément à la circulaire N° 00004918/MINFI du 05 juillet 2022 régissant les contrats de performances entre l'État et les établissements et entreprises publics, il y est disposé : « *Dans le cadre de la poursuite de la mise en œuvre de la réforme des EEP conduite par le gouvernement depuis 2017, en vue de la maîtrise du pilotage et de la gouvernance de ces entités, il a été donné de constater la faible performance des EEP dans l'accomplissement de leurs missions statutaires et dans la génération de profits ; le poids important de ces structures sur les finances publiques, à travers des opérations d'apport de trésorerie, de subventions ou de recapitalisation par l'État ; les risques budgétaires pour l'État, dont la responsabilité pourrait être appelée du fait du passif global et de l'encours important des engagements financiers de ces structures...* »¹⁸

Les établissements se doivent donc de suivre un certain programme afin d'être à même d'obtenir les objectifs souhaités. En cela, les contrats de performance mis sur pied dès les années 2000 s'entendent répondre aux atteintes des différentes parties. Que ce soit pour l'EP ou encore pour l'État lui-même. Nous pouvons citer comme contrats d'accompagnement ayant été mis en exercice jusqu'ici : Les contrats-plans¹⁹ et les contrats d'objectif minimum²⁰.

Ces deux types de contrat se rejoignent dans la mesure où ils ont de nouvelles orientations précises. Elles ont été établies par l'État pour garantir la performance et mieux accompagner les EP. Dès l'année 2010 jusqu'en 2019, le DSCE (Document de Stratégie pour la Croissance et l'Emploi)²¹ se présente comme un cadre intégré de développement, un cadre de cohérence

¹⁸ Circulaire n° 00004918/MINFI du 05 juillet 2022 régissant les contrats de performances entre l'État et les établissements et entreprises publics.

¹⁹ Ils ont intervenu dans le début, la première décennie des années 2000.

²⁰ Ils sont d'actualité.

²¹ Le DSCE a été élaboré dans un contexte caractérisé par le renchérissement du coût de la vie au niveau national, la crise financière internationale, la crise alimentaire et la crise énergétique au niveau mondial. Cette stratégie vise porter la croissance à environ 5,5% en moyenne annuelle dans la période 2010-2020 ; ramener les sous-emplois de 75,8% à moins de 50% en 2020 avec la création de dizaines de milliers d'emploi formels par an dans les dix prochaines années ; ramener le taux de pauvreté monétaire de 39,9% en 2007 à 28,7% en 2020. Pour atteindre ses objectifs, la DSCE se

financière, un cadre de consultation et de concertation avec la société civile, mais surtout de coordination de l'action gouvernementale et des appuis. Les EP ont donc eu à suivre ces différentes prescriptions pour mieux aboutir à la performance tant recherche dans ces entités publiques. Le relais du Document de Stratégie pour la Croissance et l'Emploi jusque-là limitatif, va être pris par la Stratégie Nationale de Développement (SNE) en 2020.

La SNE 2020-2030 s'appuie sur les leçons de la mise en œuvre du DSCE dont elle prendra le relais jusqu'en 2030 dans la perspective de l'accomplissement des objectifs de la Vision 2035 qui ambitionne de faire du Cameroun « *un pays émergent, démocratique et uni dans sa diversité* ». La première vague des EP concernées par ces nouveaux contrats de performance consacrés par la circulaire du 05 juillet sont :

- Le Port Autonome de Douala
- La CICAM
- La CAMAIR-CO
- La CAMTEL

Elles sont suffisamment avancées dans le processus et peuvent servir d'exemple aux autres EP qui se doivent d'être toutes aussi performantes. Et leur performance se traduit d'ailleurs par l'augmentation de recette et l'appui financier de plus en plus croissant au budget de l'État. Il n'est donc pas difficile de voir et de constater l'effet positif de l'appui de l'État pour une meilleure performance des EP. Cependant pour plus d'efficacité, les EP se joignent également aux recommandations extranationales et internationales.

B- La recherche de nouvelles garanties de performance extra-étatiques

Certes l'État assure déjà un certain encadrement des entreprises publiques à travers les contrats de performance mais l'entreprise elle-même cherche déjà plus d'opportunités ailleurs pour une efficacité et un rendement encore meilleurs. La quête d'expériences extra étatiques les conduit à observer certaines conditionnalités dont leurs imposent les organisations sous régionales ou internationales que ce soit au niveau de l'Organisation des Nations Unies (1) ou des conditionnalités des Institutions de Bretton woods (2).

décline en une stratégie de croissance, une stratégie d'emplois, une stratégie d'amélioration de la gouvernance et de la gestion stratégique de l'État.

1- La performance des Entreprises publiques par le respect des Objectifs de Développement Durable (ODD)

L'année 2015 marque la fin des OMD²² (Objectifs du Millénaire pour le Développement) mais le monde et les gouvernements doivent continuer à travailler pour les atteindre réellement en s'attaquant à de nouvelles questions. C'est ainsi qu'ils cèderont la place aux ODD (Objectifs de Développement Durable) afin de mieux redéfinir les priorités jusqu'en 2030. L'ONU mène à cet effet une réflexion qui aboutit à ce qu'on appelle désormais les « objectifs mondiaux pour un développement durable » ou les « objectifs mondiaux ». Il y a 17 objectifs qui couvrent différents sujets importants dont le domaine de développement économique des États-membres de l'organisation. D'après le premier ministre camerounais, Chief Dr. Joseph DION NGUTE, Avec les Objectifs de Développement Durable (ODD), « *le pays est engagé à ne laisser personne de côté dans sa marche vers l'émergence* ». D'ailleurs, le Président de la République, Son Excellence Paul BIYA, dans son discours d'investiture du 06 novembre 2018 a invité l'ensemble des camerounais à faire de l'émergence une cause nationale en déclarant : « *L'objectif de l'émergence doit être érigé en grande cause nationale qui mobilise l'ensemble de nos concitoyens afin de faire du Cameroun un pays moderne et socialement avancé* ».

Au rang des 17 objectifs de l'ONU à atteindre en 2035, se trouve en juste place l'objectif 9 qui semble interpeller directement les Entreprises publiques. Il s'agit de l'industrie, l'innovation et les infrastructures. Le but ici est de soutenir les Entreprises, de favoriser le développement et de permettre l'accès de tous aux nouvelles technologies. Cela passe inéluctablement à l'attribution de certains financements qui généralement proviennent des institutions financières internationales rattachées à l'Organisation des Nations Unies sous réserve de certaines conditionnalités.

2- Les conditionnalités des Institutions de Bretons Wood

La Déclaration de politique générale relative aux EP négociée avec la Banque Mondiale puis adoptée en Mai 1994 par le Gouvernement marque une véritable rupture dans la philosophie de l'État. Elle a défini de nouvelles règles d'intervention de l'État dans l'économie, qui impliquent

²² Les OMD regroupent 8 objectifs choisis par les États pour guider les efforts des organisations internationales et des États afin notamment de combattre la pauvreté et la faim, d'éradiquer des maladies, de promouvoir l'égalité entre les filles et les garçons, ou encore de permettre à plus d'enfants d'aller à l'école. Ces objectifs devaient être atteints en 2015 et malgré les progrès accomplis, il reste encore beaucoup à faire et nous sommes encore loin du but. Durant toute la période, les États membres ont rédigé des rapports réguliers expliquant l'avancement de leur travail pour atteindre ces objectifs. L'ONU observe tout de même des progrès des États et évalue leur réussite.

un désengagement du secteur productif concurrentiel et un recentrage sur les domaines de base du développement. Elle s'est traduite dès le 14 juillet 1994, par un décret admettant 15 nouvelles entreprises à la procédure de privatisation, ce qui portait à 22, le nombre total d'entreprises à liquider.

Elles sont dès lors pour la plus part politiques²³. Le Fond Monétaire International et la Banque Mondiale sont dans une optique de promouvoir le développement des États. Elles ne mettent pas seulement des fonds à disposition, mais proposent également des palliatifs qui permettront de mieux booster des EP. Ceci étant, il faudrait juste respecter leur mode de fonctionnement et parfois même d'accompagnement car oui les Institutions financières attribuent des fonds mais allouent également des éléments accompagnateurs pour le suivi et le bon investissement des dits fonds. Ceci afin de laisser l'EP dans sa totale liberté de gestion.

Est-ce donc à dire que ces institutions nationales sont suffisamment outillées pour qu'on en arrive à parler de pleine performance sans la présence d'élément de soumission qui pourrait remettre en question de cette performance-là ?

II- UNE EVALUATION AXEE SUR LA QUETE PERPETUELLE DE PERFORMANCE DES ENTREPRISES PUBLIQUES AU CAMEROUN

La forte propension des EP a donné lieu à penser à de nouveaux moyens d'encadrement et de suivi²⁴. Comme nous l'avons présenté précédemment, l'État va prendre des dispositions tout en

²³ Les actions suivantes ont été menées pour mettre en application effective cette nouvelle politique :

- Des efforts intenses pour une meilleure internationalisation de cette nouvelle politique se sont avérés indispensables et même urgents, d'autant que le décret du 14 juillet 1994 plaçait la plupart des grandes entreprises nationales sur la liste des privatisations.
- Une clarification du cadre juridique et institutionnel de mise en œuvre de la réforme. Tout en reconnaissant la nécessité de parfaire certains textes, le Gouvernement a à plusieurs niveaux et de différentes manières, réaffirmé que les privatisations se feront à l'intérieur du cadre juridique existant mis en place en 1990 par le chef de l'État et le Parlement et après consultation de secteur privé. Ce cadre est défini par l'ordonnance N° 90/1257 du 30 Aout 1990. Les privatisations se feront également à l'intérieur de du cadre institutionnel de la Mission de réhabilitation mis en place par le décret 86/656 du 03 Juin 1986 modifié et complété par les décrets N°87/864 du 27 Juin 1987, N° 89/010 du 04 Janvier 1989, N°90/428 du 27 Juin 1987, N° 147/CAB/PR du 11 Mars 1991.

²⁴ La réhabilitation des Entreprises publiques, décidée en 1986, a été conçue entre 1987 et 1989, sur la base du contexte socio-économique et financier de cette période. Aucun texte doctrinal nouveau n'a été publié depuis 1990 et donc aucun infléchissement officiel de stratégie n'est intervenu. Il est constaté que les données globales, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays, ne sont plus les mêmes et que les moyens financiers de l'État ont considérablement été réduits. L'État n'a plus en effet les moyens d'assurer le fonctionnement et encore moins le développement des entreprises qu'il avait prévu conserver dans son portefeuille. Les opérations financières des entreprises publiques conduisent à une situation de plus en plus confuse. Les compensations plus ou moins justifiées deviennent très fréquentes, le non paiements des impôts, des charges sociales, des fournisseurs et des banques, la suspension du service de la dette extérieure, les revendications d'exonérations fiscales et douanières de toute nature, rendent très difficile le suivi des

laissant la pleine latitude aux EP de s'autogérer. Cependant cette liberté plus ou moins accordée n'est pas sans incidence. Certes l'État n'a plus entièrement les pleins pouvoirs sur celles-ci mais il reste qu'il garde toujours dans un domaine très important de la vie de l'EP, un total contrôle qui semble remettre en question la performance tant recherchée des EP.

En effet, le paradoxe demeure celui de la forte présence au sein des EP des outils de contrôle de l'État. Ils passent par le contrôle technique, financier ceci en promouvant toujours l'assurance du maintien de l'intérêt général. À partir de là, il semble difficile voire superflu d'affirmer avec autorité que les EP disposent réellement de la performance qui est pourtant très chère à leur efficacité. Vu sur cet angle-là, l'Entreprise publique n'est plus une entité économique indépendante susceptible de s'éloigner des exigences de la puissance publique²⁵. Au contraire, elle continue d'être sous le joug de l'action de l'État.

La forte propension de l'État se justifie dès lors par leurs contrôles explicites et implicites (A) dont une meilleure performance des EP ne serait possible que par le respect des obligations (B).

A- L'Omniprésence de l'État par les contrôles explicite et implicite dans la gestion des entreprises publiques

L'État reste présent dans tous les aspects de la vie des EP. Que ce soit au stade de la création, de la réhabilitation, de l'accompagnement ou même de la dissolution, il occupe la place de choix et d'acteur principal. Il revient donc à l'État, d'encadrer l'action de ces derniers.

C'est d'ailleurs dans cette logique des choses qu'il semble plausible d'affirmer que, « *l'État demeure détenteur de la compétence de la compétence. Il est de toutes les personnes morales de droit public, le seul qui fixe lui-même les limites de son intervention. Il fixe les secteurs et les modalités de déploiement dans lesdits secteurs et domaines. S'il existe une limitation de ses compétences, celle-ci ne dépend que de sa propre volonté* »²⁶. À cet effet, il donne le canevas et l'orientation à suivre aux EP²⁷. Cela passe par le contrôle explicite de tutelle (1) qu'il effectue sur

entreprises publiques. Une défaillance généralisée des systèmes d'informations, comptables et de suivi (conséquence ou cause des faits précédents) est constatée.

²⁵ GARELLO (J), *Moyens et actions de l'État*, Libre.org, 2004, P. 3.

²⁶ NDZOMO (J), *La tutelle de l'État sur les Établissements publics et Entreprises publiques en droit administratif camerounais*, Université de Douala, Thèse Doctorat Ph. D, 2019-2020, Pp 56-57.

²⁷ ONDOUA BIWOLE (V) et TCHEUWA (J-C), *Lois sur les établissements et entreprises publiques au Cameroun : Innovations et reculades*, Yaoundé Cameroun, éditions Afrédit, 2018, 196p.

ces institutions publiques mais également des différents contrôles implicites d'audit interne et des comités spécialisés (2).

1- La tutelle technique et financière de l'État sur les Entreprises publiques

Avec la grosse vague de privatisation dans les années 1990, l'on a pensé à voir l'État plus en retrait des activités des EP. Il n'en est rien pourtant. Au contraire cette situation de vulnérabilité dans laquelle elles se trouvaient a encore plus intensifié le droit de regard de l'État. Les politiques stratégiques²⁸ récurrentes et régulières mises en place par l'État. Ici il faudra parler des différents plans de performance depuis les indépendances : première génération, seconde génération, contrat-plan... Si l'on a pensé au fait que ces différents contrats de performance instaurés par l'État pouvaient accorder aux EP une latitude d'action, au final, c'est loin d'être le cas. Ces contrats au constat, n'ont fait qu'intensifier cette forme de volonté de domination « *inavouée* » de l'État. DELION A. G. décrira d'ailleurs les Entreprises publiques comme des organismes « *soumis au pouvoir prépondérant d'autorités publiques* »²⁹.

Cette forme de tutelle est assurée par le ministère du domaine d'exercice de l'EP. Il s'agit par exemple du Ministère des postes et télécommunications pour CAMTEL, du Ministre de l'eau et de l'énergie pour CAMWATER ou du Ministère des Transports pour CAMAIR-CO. Ceci étant, l'action de l'EP reste sous l'emprise et l'influence des décisions des membres des Conseils d'Administration ou même des personnes nommées par l'autorité centrale ne constituant ainsi qu'une entrave à l'épanouissement de l'Entreprise et à la limitation de sa performance.

La tutelle financière quant à elle est assurée par le Ministère des finances quelque soit le domaine d'exercice de l'EP. Le contrôle va au-delà de la tutelle car implicitement elle est également faite par les différents audits et contrôle des comités spécialisés.

2- Le contrôle implicite des Entreprises publiques

Les politiques stratégiques instaurées jusqu'ici par l'État ont pour but principal de palier aux problèmes qui gangrènent certaines entreprises publiques. Afin d'améliorer les pratiques de gouvernance³⁰ et faciliter la prise des décisions, les EP avec l'appui de l'État doivent développer

²⁸ Note de service N°0000131/MINFI/CPR/PDT du 30 octobre 2018 relative à la tenue des conférences de suivi des Contrats-Plan.

²⁹ DELION (A), *Les entreprises et le concept d'efficacité*, F.A.P., 1981, n°20, p. 15.

³⁰ ONDOUA BIWOLE (V) et TCHEUWA (J-C), *Lois sur les établissements et entreprises publiques au Cameroun : Innovations et reculades*, Yaoundé Cameroun, éditions Afrédit, 2018, p. 139.

les outils de gouvernance toujours sous l'œil attentif de l'État. Ces mesures reposent implicitement sur les audits financiers et l'instauration de comités spécialisés.

Les audits financiers des EP sont généralement faits à la demande de l'organe de tutelle financière qui se rattache forcément à l'État. La loi de 2017³¹ ne désigne pas les services de l'audit, ni ses critères de qualité, ni ses normes de fonctionnement. La fonction d'audit qui n'était pas assez développée dans les entreprises publiques, prend progressivement de l'ampleur. Elle relève plus de l'exception que de la règle. Afin de mieux s'assurer de la bonne gestion financière de la structure, un temps est pris par l'acteur désigné de l'audit pour voir si les dépenses et recettes initialement prévues par le budget sont respectées. Si et seulement si tel n'est pas le cas, des mesures incitatives ou coercitives peuvent être engagées afin de remettre sur la droiture ce qui s'en serait éloigné.

En outre, les audits dans la plus part des cas permet de relever les problèmes cachés de la structure mais il n'en demeure pas moins que tout cela reste de l'apanage de l'État qui y garde une position de leader. Au premier abord, il vise à rassurer les dirigeants sur la véracité des transactions menées par l'entreprise mais à bien y regarder, il vise plutôt à maintenir le contrôle de l'État sur les finances internes de l'EP.

La loi également n'a pas explicitement encadré la notion de comités spécialisés. Ni la création, ni la composition pour superviser le processus de production de l'information n'ont été tacitement précisées par la loi. Ce qui constitue une entorse à la pratique de la bonne gouvernance dont l'objectif principal est de renforcer la transparence. Leur rôle reste tout de même très faible en contexte camerounais parce qu'ils se limitent à la transmission des propositions de résolutions au Conseil d'Administration jusque-là, garant des droits de l'État. Mais dans le cadre de l'amélioration de la perpétuelle quête de la performance des entreprises publiques, l'État gagnerait à leurs accorder plus de latitude et de libre arbitre de leurs choix et décisions.

B- La nécessité du respect des obligations par les parties prenantes pour une performance effective des Entreprises publiques

Au rang des acteurs concernés ici, nous avons la Commission Technique de Réhabilitation des EP entendue CTR (1) et bien évidemment l'État et les EP (2).

³¹ Loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des Entreprises publiques.

1- L'implication véritable de la Commission technique de Réhabilitation des EP

Conformément à la circulaire du 05 juillet 2022 qui fixe le cadre général de l'État et des EP, la CTR est au cœur du processus et conduit les EP sous la houlette du Ministre des Finances publiques, président du Comité Interministériel de la Commission de Réhabilitation³². Elle a également cette particularité qu'elle a pour principale mission au regard du décret n°97/002 du 03 janvier 1997 portant organisation et fonctionnement de la commission technique de réhabilitation des entreprises du secteur public et parapublic, de veiller au suivi des EP et propose des solutions au gouvernement pour résoudre les problèmes auxquels elles font face. C'est d'ailleurs pourquoi elle élabore un rapport annuel³³ de la situation des entreprises publiques et ceci est fait par secteur d'activité. Mais seule l'implication de la CTR ne saurait suffire à attribuer une performance aux EP, il faudrait voir tout aussi l'implication des deux autres parties par le respect des obligations respectives.

2- Le respect des obligations par l'État et les Entreprises publiques

La réhabilitation des Entreprises publiques, décidée en 1986, a été conçue entre 1987 et 1989, sur la base du contexte socio-économique et financier de cette période³⁴. Il est constaté que les données globales, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays, ne sont plus les mêmes et que les moyens financiers de l'État ont considérablement été réduits. L'État n'a plus, en effet les moyens d'assurer le fonctionnement et encore moins le développement des entreprises qu'il avait prévu conserver dans son portefeuille. La performance recherchée ici par les EP est aussi bénéfique pour elles que pour l'État. Il importe que ces deux parties jouent leur rôle dans le respect et l'égalité de répartition.

De plus, cela doit se faire dans la bonne foi car ce n'est qu'ainsi que nous pourrions espérer voir nos EP atteindre l'objectif de performance³⁵ tant recherché.

³² La circulaire du 05 juillet 2022 fixant le régime des contrats de performance fixé entre l'État et les entreprises publiques.

³³ Rapport de la CTR qui se fait chaque année à l'exercice N-1 par secteur d'activité dans lesquelles se meuvent chaque Entreprise publique.

³⁴ Déclaration de politique générale relative aux entreprises du secteur public et parapublic, Yaoundé, Mai 1994.

³⁵ Note de service N°0000131/MINFI/CPR//PDT du 30 octobre 2018 relative à la tenue des conférences de suivi des Contrats-Plan.

Conclusion

Il importe dès à présent pour l'État de repenser et recentrer ses objectifs généraux recherché. Il gagnerait à limiter son intervention et jouer véritablement un rôle d'agent de régulation et de réglementation, notamment pour les activités bénéficiant d'un monopole de fait ou de droit. Page | 86

Par ailleurs, les EP gagnerait à assurer la restauration durable d'une situation de concurrence saine. L'accroissement de la compétitivité et productivité des EP par le transfert au service privé des activités du secteur serait également d'un grand atout si ces structures étatiques souhaitent atteindre véritablement le point de l'efficacité. En plus, la qualité des ressources humaines devrait être revue. Partant de la formation jusqu'à la mise en service de ceux-ci. Le monde est constamment en évolution et le personnel se doit de suivre le rythme en faisant progressivement des recyclages et des mises à jour de leurs compétences.

**La guerre en Ukraine et l'éventuelle exclusion de la Russie des Nations Unies :
une analyse juridique à l'aune du pragmatisme politique**

*The war in Ukraine and a possible exclusion of Russia from the United Nations: a legal analysis
in the light of political pragmatism*

Page | 87

Par :

Roméo TEMBO NGOUDZO

Doctorant en droit public

Université de Yaoundé II (Cameroun)

romeotembo93@gmail.com

Résumé :

De l'annexion illégale de la Crimée en 2014 à l'agression totale de l'Ukraine le 24 février 2022 par la Russie, l'idée selon laquelle la paix soit le seul état légitime semble être confortée et tout conflit comme celui déclenché par le Kremlin est insupportable. Il est donc nécessaire d'apporter un remède dans les plus brefs délais. C'est dans cette logique que s'inscrit la présente contribution qui pose la question d'une éventuelle exclusion de la Russie des Nations Unies du fait de son opération militaire illégale et persistante en Ukraine. Cette exclusion sanction pose de véritables préoccupations, d'abord celle relative à sa faisabilité et ensuite celle relative à sa pertinence. Théoriquement envisageable, une telle mesure demeure néanmoins illusoire. À la vérité, cette sanction ne saurait en réalité apporter une paix durable en Ukraine et dans le reste du monde. En effet, la paix se présente comme l'objectif fondateur et organisateur de la société internationale telle que la Charte des Nations Unies la structure, et dont la finalité ultime consiste à préserver les générations présentes et futures du fléau de la guerre. À cet effet, elle devra être recherchée et maintenue par tous et avec tous. Il reste que cette guerre meurtrière et injuste déclenchée par le Kremlin a révélé aux yeux du monde un matamore russe affaibli et qui cherche par tous les moyens et à tous les prix à la gagner.

Mots clés : Aggression, Ukraine, Russie, Paix, Charte des Nations Unies.

Abstract:

From the illegal annexation of Crimea in 2014 to Russia's all-out aggression against Ukraine on February 24, 2022, the idea that peace is the only legitimate state seems to be reinforced and any conflict like the one unleashed by the Kremlin is unbearable. It is therefore necessary to provide a remedy as soon as possible. It is in this logic that the present contribution raises the question of a possible exclusion of Russia from the United Nations because of its illegal and persistent military operation in Ukraine. This sanction exclusion raises real concerns, first of all relating to its feasibility and then that relating to its relevance. Theoretically conceivable, such a measure nevertheless remains illusory. The truth is that this sanction cannot actually bring lasting peace to Ukraine and the rest of the world. Indeed, peace is presented as the founding and organizing objective of international society as structured by the Charter of the United Nations, and whose ultimate purpose is to save present and future generations from the scourge of war. To this end, it must be sought and maintained by all and with all. The fact remains that this murderous and unjust war unleashed by the Kremlin has revealed to the world a weakened Russian matamore who seeks by all means and at all costs to win it.

Keywords: Aggression, Ukraine, Russia, Peace, Charter of the United Nations.

Introduction

Les problèmes de paix et de guerre ont toujours été au cœur du droit international. Alors que durant longtemps la guerre a été un moyen légal et légitime de poursuite d'objectifs nationaux, un instrument ordinaire à la disposition des États, elle est désormais largement condamnée au sein de la société internationale¹. Elle n'a pas pour autant disparu. C'est en tout cas ce que démontre la fameuse « opération militaire spéciale » déclenchée en Ukraine par le Kremlin le 24 février 2022 et qui dénote « la dérégulation du droit par le recours à la force »². Partant de l'annexion illégale de la Crimée en 2014 à l'agression totale de l'Ukraine le 24 février 2022 par la Russie, d'importantes questions se posent en droit international, en particulier celle d'une éventuelle exclusion de la Russie des Nations Unies. En effet, c'est à juste titre de rappeler que la guerre en Ukraine a bien débuté en 2014 avec l'annexion de la Crimée et la guerre menée par des séparatistes soutenus par la Russie dans le Donbass. S'il est un truisme que la question d'une adhésion de l'Ukraine à l'OTAN (Organisation du Traité de l'Atlantique Nord) s'est posée depuis les années 2000, Kiev a en fait bénéficié d'un soutien occidental et d'un partenariat limité avec l'Alliance depuis le Partenariat pour la paix établi en 1994³. Pour le Président Poutine, la Russie « ne pouvait se sentir en sécurité » du fait de l'entrée de l'Ukraine dans l'OTAN car constituant une « menace » et par conséquent, l'action militaire russe constitue un mal nécessaire. Dès lors, selon lui, l'action militaire russe en Ukraine vise à empêcher un conflit de plus grande ampleur. Ce dernier semble donc faire référence bien que de manière implicite, à la légitime défense préventive qui fut mise en exergue autre fois en 2003 par les États-Unis pour tenter de justifier l'invasion de l'Irak sans autorisation des Nations Unies⁴. En sus, l'invocation d'un génocide contre les populations russophones des républiques de Donetsk et de Lougansk est l'autre alibi mis en exergue par le Kremlin pour essayer de justifier son action. Cela laisse croire à la responsabilité de protéger comme le suggère la déclaration du représentant russe au Conseil de sécurité le 23 février 2022⁵.

¹ SUR Serge, *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2011, p. 409.

² DIWOUTA AYISSI Loth Pierre, « La guerre en Ukraine : Synoptique entre respect du droit international et rapports de force dans l'ordre international? », *IMJST*, vol.7 issue 5, mai 2022, p. 4934.

³ CAMILE Grand, « Les États-Unis et l'OTAN face à la guerre en Ukraine », *Hérodote*, Éditions La Découverte, 2023/3 (N° 190-191), p. 26.

⁴ À l'époque, le Président George W. Bush avançait que les États auraient le droit en cas de menace d'agression de « riposter préventivement ». Outre le fait que déjà à l'époque la soi-disant menace n'était pas réelle, la prétendue légitime défense préventive n'a jamais été reconnue en droit international positif et a été au contraire fortement rejetée par la communauté internationale des États, à commencer par la Russie.

⁵ Cf. Permanent Mission of the Russian Federation to the United Nations, *Statement and reply by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UNSC briefing on Ukraine*, 23 février 2022 (disponible sur <https://russiaun.ru/en/news/230222un>., consulté le 06/12/2023).

À la vérité, la Russie se présente comme un État voyou, tyrannique à l'intérieur, mais encore et surtout agressif à l'extérieur, qui en plus de violer l'intégrité territoriale de l'Ukraine et, dans le même temps, remet en cause son indépendance politique. L'action militaire menée par la Russie menace et rompt ainsi la paix et la sécurité internationales⁶. Pour certains, « C'est la Charte de l'ONU que l'on assassine, c'est le droit humanitaire que l'on viole. À ce titre, la Russie doit être combattue, mise au ban des nations et ses responsables pénalement poursuivis »⁷. Si le droit et en particulier le droit international n'a pas pu remplir sa fonction préventive, qu'en est-il de sa réaction face à l'agression persistante de la Russie ? D'autant plus que la Charte des Nations Unies précise en son article 6 que « si un Membre de l'Organisation enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité ». Bien avant, le Pacte de la Société des Nations (SDN) prévoyait déjà une telle mesure. C'est pourquoi en son article 16, le Pacte rappelait que « peut être exclu de la société tout Membre qui s'est rendu coupable de la violation d'un des engagements résultant du Pacte. L'exclusion est prononcée par un vote de tous les autres membres de la société représentés au Conseil »⁸. À cet effet, il se pose le problème de la faisabilité et de la pertinence d'une éventuelle exclusion de la Russie des Nations Unies. Alors, peut-on ou doit-on exclure la Russie des Nations Unies du fait de son action armée persistante en Ukraine ? L'intérêt accordé à une telle question s'impose par la seule force de l'évidence, d'autant plus qu'elle permet de résoudre le dilemme entre exclure l'État russe des engagements dont le respect est justement recherché et priver du même coup, l'ONU de tout moyen d'action à l'égard de la Russie pour le ramener sur la voie du droit. À la vérité, si l'exclusion de la Russie des Nations Unies semble théoriquement envisageable (I), du fait de la violation par ce dernier des principes majeur de la Charte de San Francisco, il faut cependant observer qu'une telle sanction demeure illusoire au regard de la pratique des Nations Unies et de la « Realpolitik », élément incontournable des relations internationales (II).

I- UNE EXCLUSION THÉORIQUEMENT ENVISAGEABLE

Le 24 février 2022 marque le retour de la guerre en Europe du fait de l'invasion de l'Ukraine par la Russie. La prétendue « opération militaire spéciale » de Vladimir Poutine n'est

⁶ SUR Serge, « La guerre du droit dans le conflit ukrainien », semaine juridique-édition générale-N° 20-21, 23 mai 2022, p. 1034.

⁷ *Ibid.*

⁸ Article 16, paragraphe 4 du Pacte de la SDN.

rien d'autre qu'une déclaration de guerre conventionnelle majeure. Elle vise à redessiner les frontières internationalement reconnues, héritées de l'ex-Union soviétique. Il s'agit à n'en point douter d'une rupture majeure de l'ordre européen construit depuis la fin de la guerre froide et même depuis 1945⁹. À cet égard, partant de l'annexion de la Crimée en 2014 pour finalement aboutir le 24 février 2022 à une agression totale et persistante de l'Ukraine, la société internationale connaît un tournant majeur comparable au choc du « 11 Septembre » 2001¹⁰. Cette mise en exergue du *hard power* dans les relations internationales traduit un sursaut du dépassement du droit international¹¹ et laisse croire que ce droit a été mis hors-jeu¹². Il n'en est rien, bien que faiblement représenté, le droit international dans ce conflit demeure omniprésent¹³ et constamment mis en branle. D'ailleurs, le droit des Nations Unies prévoit d'exclure tout membre qui fait preuve d'une conduite « incorrigible » et qui viole de manière persistante les principes des Nations Unies. Dès lors, une potentielle exclusion de la Russie des Nations unies est envisageable au regard de l'exégèse de l'article 6 de la Charte des Nations Unies (A) mais surtout au regard du *jus in bello* (B).

A- De l'exégèse de l'article 6 de la Charte des Nations Unies

Conformément à l'article 6 de la Charte des Nations Unies, « si un Membre de l'Organisation enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité ». Cette disposition rappelle la possibilité d'exclure un État membre de l'ONU qui se rend coupable de la violation de son engagement international. Aussi, il faut que l'acte de l'État concerné soit contraire à la lettre et à l'esprit de la Charte de San Francisco. C'est donc la persistance de l'action militaire illégale russe en Ukraine (1) à laquelle s'ajoute la violation des principes cardinaux de la Charte (2) qui justifient une potentielle exclusion de la Fédération du concert des nations.

⁹ CAMILE Grand, « Les États-Unis et l'OTAN face à la guerre en Ukraine », *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ DIWOUTA AYISSI Loth Pierre, « La guerre en Ukraine : Synoptique entre respect du droit international et rapports de force dans l'ordre international? », *IMJST*, vol.7 issue 5, mai 2022, p. 4933.

¹² SUR Serge, « La guerre du droit dans le conflit ukrainien », *op. cit.* p. 1034.

¹³ NGOUDZO TEMBO Roméo, « Le conflit russo-ukrainien : le droit international en état végétatif ? », *IMJST*, Vol. 7 issue 7, July 2022, p. 5237.

1- La persistance de l'action militaire russe en Ukraine

« Par son fait, l'URSS s'est exclue de la Société des Nations. Il en résulte qu'elle ne fait plus partie de la Société »¹⁴. Tel est le constat effectué par le Conseil de la SDN par rapport à l'intervention soviétique contre la Finlande le 14 décembre 1939¹⁵. Cette « guerre d'hiver » déclenchée par Staline le 30 novembre 1939 est jugée illégale par la Société des Nations, qui en représailles, exclut l'Union soviétique de la Société des Nations en date du 14 décembre 1939. Une telle sanction peut aussi être retenue dans le cadre de la fameuse « opération militaire spéciale » lancée par Vladimir Poutine le 24 février 2022 dont les prémisses sont perceptibles depuis 2014. Ce d'autant plus qu'il s'agit d'une action militaire qui « enfreint de manière persistante » l'esprit et la lettre de la Charte des Nations Unies. L'exclusion, qui se veut une sanction autonome¹⁶, subodore alors que l'État sanctionné ait violé de manière persistante les principes contenus dans la Charte des Nations Unies. La mise en œuvre de l'article 6 dans le cadre du conflit russo-ukrainien peut donc être déclenchée dans la mesure où la Russie s'obstine à ne pas tenir compte des différentes réactions de l'Organisations des Nations Unies depuis le déclenchement de la guerre en février 2022.

À la vérité, la cristallisation du conflit russo-ukrainien n'est pas un phénomène récent. Partant de la sécession de la Crimée en février 2014, soutenue par des troupes masquées et sans insignes, mais fortement armées dont on a fortement soupçonné l'appartenance à l'armée russe succédait alors l'annexion par la Russie en mars 2014¹⁷. Par la suite, en très peu de temps, deux zones du Donbass, région de l'Est de l'Ukraine, ont tentées de reproduire le même scénario avec la sécession des deux républiques autoproclamées de Donetsk et de Lougansk. Cette sécession a tout de même été soutenue par la Russie, « financièrement, logistiquement en armes et possiblement par des conseillers voire des soldats sans insignes »¹⁸. Il faut aussi mettre en exergue les deux référendums tenus dans les zones contrôlées par les rebelles le 11 mai 2014, lesquels ont servi de caution consultative aux déclarations d'indépendance. Après plusieurs mois d'affrontements et la prise de Debaltsevo par les rebelles, l'accord de Minsk II du 12 février 2015

¹⁴ Cf. *Supplément spécial au Résumé mensuel des travaux de la Société des Nations*, décembre 1939, pp. 82- 85.

¹⁵ Adoptée par 7 voix pour, 4 abstentions et 2 membres absents, il y a eu discussion sur le fait de savoir si l'unanimité requise par l'article 16 § 4, avait été obtenue malgré les abstentions.

¹⁶ Contrairement à la suspension de l'article 5, qui n'est qu'une sanction additionnelle aux mesures coercitives, L'exclusion quant à elle ne suppose pas de sanction préalable en guise d'avertissement.

¹⁷ LASSERRE Frédéric et ALEXEEVA Olga, « Guerre en Ukraine. Quelles causes ? Quelles conséquences pour les relations russo-chinoise ? », CQEG, vol. 8, N° 1, hiver 2022, p. 10.

¹⁸ *Ibid.*

a permis un cessez-le-feu, précaire et souvent émaillé de combats sporadiques marqués par des duels d'artillerie tout au long des années suivantes. Tous ces faits traduisent l'action et l'implication à la fois persistante et lointaine de la Russie dans la guerre déclenchée par elle en Ukraine. Toutes situations qui rendent encore plus légale mais surtout légitime un probable déclenchement de l'article 6 de la Charte des Nations Unies.

L'État menacé d'exclusion doit avoir enfreint de manière « persistante » les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies. Alors, de 2014 à 2022 et la poursuite de la guerre en 2023 et 2024 démontre sans aucun doute cette violation « persistante » du droit international et de la Charte des Nations Unies par la Russie. Il convient dès lors de mettre en exergue les principes énoncés dans cette Charte et qui font l'objet d'une violation flagrante de la part du kremlin confortant ainsi l'idée d'une sanction exclusion de la Fédération de Russie.

2- La violation des principes de la Charte par la Russie

Afin de poursuivre les buts énoncés à l'article 1 de la Charte des Nations Unies¹⁹, l'Organisation et ses membres doivent agir conformément aux principes énoncés à l'article 2 de la Charte. L'article 6 de la Charte en parlant des « principes » renvoi *de facto* et *de jure* à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Cependant, il faut distinguer les « principes » auxquels doivent se conformer les États membres et ceux que l'Organisation elle-même doit respecter. Dans le cadre de la présente analyse, ce sont les premiers qui nous intéressent. En ce qui concerne donc les « principes » que doivent respecter les États membres, il faut se référer aux paragraphes 2, 3, et 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Lesdits paragraphes mettent en exergue un ensemble d'obligations incombant à tous les États membres des Nations Unies. Par conséquent, la Russie étant membre fondateur des Nations Unies depuis le 24 octobre 1945 ne saurait ignorer ces principes qui gouvernent l'Organisation.

¹⁹ Selon l'article premier de la Charte, « Les buts des Nations Unies sont les suivants :

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix;
2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;
3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion;
4. Être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes ».

Résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre, « les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous, la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte »²⁰. L'interprétation exégétique de cette disposition de la Charte laisse subodorer que la Russie, en tant que membre des Nations Unies et membre permanent au Conseil de sécurité est tenue de « remplir de bonne foi » et non de mauvaise foi ses obligations. Au premier rang de ses obligations, figure le développement des relations amicales fondé sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes sans toutefois oublier de prendre toutes les mesures pour consolider la paix dans le monde²¹. Il est donc clair que l'action militaire russe en Ukraine est contraire à la lettre mais encore et surtout l'esprit de la Charte de l'ONU. Ce d'autant plus que pour cerner la bonne foi d'un État membre, il suffit de voir si l'action dudit État ne paralyse pas l'Organisation toute entière²². Or, depuis l'invasion de l'Ukraine par le kremlin, tout porte à croire en la mauvaise foi de la Russie. Le fait d'être membres des Nations Unies oblige à un certain altruisme²³ et ce sont les buts de l'Organisation qui déterminent le degré de bonne foi requise d'un État membre²⁴. L'invasion de l'Ukraine par la Russie porte ainsi atteinte au principe d'égalité souveraine et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes consacré par la Charte des Nations Unies et entériné par la Cour International de Justice²⁵.

En sus, l'autre principe de la Charte que la Russie outre passe en envahissant l'Ukraine est celui du règlement pacifique des différends. En effet, « les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger »²⁶. Ce non-respect de la lettre et de l'esprit du paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte par la Russie démontre la volonté du kremlin de mettre la Charte des Nations Unies au banc de touche au profit de l'unilatéralisme et pour des motifs purement idéologiques. Le règlement pacifique des différends se présente alors comme un aspect essentiel des Nations Unies auquel les États membres sont tenus de se conformer. Il s'agit

²⁰ Article 2 de la Charte des Nations Unies, paragraphe 2.

²¹ Cf. Article 1 de la Charte des Nations Unies, paragraphe 2.

²² COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 2005, p. 422.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 423.

²⁵ Cf. Affaire du Sahara occidental, CIJ, ordonnance du 22 mai 1975 ; Avis consultatif du 16 octobre 1975, Affaire du Timor Oriental Portugal c. Australie, CIJ, Arrêt du 30 juin 1995.

²⁶ Article 2 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies.

en réalité d'un principe fondamental ayant une portée universelle²⁷. Cette règle d'or des relations amicales est d'une importance majeure. Elle doit être mise en œuvre par les États au détriment du recours à la voie de l'unilatéralisme ou à la force comme le fait le Kremlin dans le cadre de sa prétendue « opération militaire spéciale ». Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies imprime donc la nécessité de pourvoir à un monde pacifique pour résoudre les différends. Les prémices d'une telle vision commencent dès 1919 lorsque l'ensemble de la communauté internationale a décidé, au travers du pacte de la Société des Nations de réglementer l'usage de la force armée²⁸. Par la suite, le pacte Briand-Kellogg signé le 27 août 1928 vit le jour et mettait ainsi fin aux tensions Franco-Américaines, condamnant par ricochet la guerre comme moyen de règlement des différends²⁹.

« Une véritable mutation du droit international, un changement qu'il n'est pas excessif de qualifier de révolutionnaire ». C'est en ces termes que Michel VIRALLY présente le principe de l'interdiction du recours à la force. Il s'agit d'une règle d'or qui joue un rôle fondamental en droit international contemporain³⁰. Le 24 février 2022 restera, sans aucun doute, aux yeux du monde, une date historique. C'est en ce jour que le Kremlin décide d'attaquer militairement l'Ukraine, alors qu'il est clairement établi que « Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies »³¹. Cette disposition de la Charte des Nations Unies met ainsi un terme au modèle westphalien du droit subjectif à la guerre³². Il faut donc dire avec Roméo TEMBO que l'invasion de l'Ukraine par le Kremlin n'est rien d'autre qu'une violation d'une norme de *jus cogens*³³ pour des motifs purement idéologiques et fallacieux³⁴. Alors que le droit international prône des relations amicales et entend favoriser le développement des relations amicales et la

²⁷ COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 427.

²⁸ Cf. Article 15 du pacte de la SDN.

²⁹ Lors de sa signature, le Pacte liait environ 63 États à la veille de la seconde guerre mondiale.

³⁰ *Ibid.*, p. 437.

³¹ Article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

³² LE FLOCH Guillaume, « Le principe de l'interdiction du recours à la force a-t-il encore valeur positive ? », *Droit et cultures*, N° 57, 2009, p. 49-76.

³³ Il s'agit d'une norme impérative de droit international que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 considère comme étant « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

³⁴ NGOUDZO TEMBO Roméo, « Le conflit russo-ukrainien : le droit international en état végétatif ? », *op. cit.*, p. 5230.

coopération entre les États³⁵. À la vérité, la conception classique de CLAUSEWITZ de la guerre comme étant la politique par d'autres moyens³⁶ est de nos jours dépassée. L'utilisation indépendante de la force armée par la Russie est donc illicite et peut à cet effet justifier son exclusion du concert des nations.

À tout prendre, la Russie en lançant ce qu'elle appela « opération militaire spéciale », porte atteinte aux principes consacrés aux paragraphes 2, 3 et 4 de la Charte des Nations Unies. Les justifications³⁷ présentées par le Kremlin se heurtent au droit international en vigueur. Ainsi, les opérations militaires persistantes russes menées sur le territoire ukrainien constituent sans le moindre doute des violations du droit international, à commencer par l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations unies qui dispose que « les membres de l'organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies ». Dans les faits, il est clairement établi que l'action militaire menée par la Russie vise à la fois à violer l'intégrité territoriale de l'Ukraine et, dans le même temps, à remettre en cause son indépendance politique. En sus, quelles que soient les griefs que la Russie pourrait avoir à l'encontre de l'Ukraine, il lui revient en vertu de la Charte des Nations unies de régler pacifiquement ses différends³⁸. Dans la même logique, la reconnaissance unilatérale de l'indépendance des provinces de Donetsk et de Lougansk puis, la conclusion d'accords avec ces dernières portent atteinte à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de l'Ukraine. Il y a là une violation des principes fondamentaux qui structurent l'ordre juridique international. De ces faits, il peut donc être ouvert d'une part, des procédures judiciaires devant engager la responsabilité internationale de la Russie et mais encore et surtout la possibilité d'exclure la Russie du concert des nations. D'autre part, le déclenchement des actions destinées à assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales en application du Chapitre VII de la Charte des Nations unies. À tout prendre, il est donc un truisme que l'action militaire persistante russe en Ukraine puisse justifier son exclusion du concert des nations au

³⁵ MAMADOU Aliou Barry, *Le contrôle du commerce des armes en Afrique, Utopie ou réalité ?*, L'Harmattan, Paris, 2017, p. 58.

³⁶ « *Die Fortsetzung der Politik mit Einmischung anderer Mittel* ». La guerre se présentant selon cet auteur comme étant la politique par d'autres moyens. Cf. CLAUSEWITZ Von, *Vom Kriege*, Leipzig, 132 (éd. 1935), p. 640.

³⁷ « Dénazifier l'Ukraine » et protéger les populations des régions de Donetsk et de Lougansk d'un prétendu génocide ne constituent pas une justification admissible au regard du droit international.

³⁸ Cf. Article 2, paragraphe 3 de la Charte.

regard de l'exégèse de l'article 6 de la Charte des Nations Unies. Il en est de même des règles régissant ou encadrant les conflits armés.

B- Du *jus in bello*

Ce conflit armé international entre la Russie et l'Ukraine relève du droit international humanitaire et il est à ce titre de portée universelle. Le droit dans la guerre, ou *jus in bello*, a vocation à l'universalité. Il contient des obligations absolues, indérogables, dont la violation ne saurait justifier la réciprocité. Il appartient donc aux États de le respecter et de le faire respecter. Tirant ses bases juridiques fondamentales dans la Convention de la Haye, la Convention de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977³⁹, le droit international humanitaire établit les règles relatives à la limitation de la conduite des hostilités⁴⁰. Aussi, ce même droit protège les personnes qui ne participent pas ou plus à la guerre⁴¹. En clair, la systématisation des règles juridiques visant à protéger les personnes et tous ceux qui ne participent pas ou plus directement au conflit est établie. Au regard de tout cet arsenal juridique, il convient de rappeler que dans le cadre du conflit russo-ukrainien, on observe un quasi non-respect des règles de distinction par la Russie (1), auxquelles s'ajoutent celles relatives aux conduites des hostilités (2). Alors qu'en temps de guerre, certaines règles humanitaires doivent être observées même à l'égard de l'ennemi.

1- Un quasi non-respect des règles de distinction

Le déclenchement d'un conflit armé ne subodore pas l'anéantissement physique et complète de l'adversaire. Il suppose que les parties respectent le droit de la guerre et fassent une nette distinction entre belligérants et non belligérants. Cette prescription du droit international humanitaire n'est pas suivie à la lettre par la partie russe dans le cadre du conflit qui l'oppose à l'Ukraine. En effet, « le recours au conflit armé (à la guerre) en vue d'atteindre des fins politiques suppose nécessairement la survie de l'humanité après le conflit »⁴². C'est pourquoi, les combattants mis hors combat, les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités, ne doivent

³⁹ KALINDYE BYANJIRA Dieudonné, KAMBALE BIRA ' MBOVOTE Jacques, *Droit international Humanitaire*, L'Harmattan, Paris, 2015, p. 54.

⁴⁰ Cf. Convention de la Haye de 1899 et 1907.

⁴¹ Cf. Les 4 Conventions de Genève : La Convention I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; La Convention II pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et de naufragés des forces armées sur mer ; La Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre ; La Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerres.

⁴² AUSTIN RHF, « Le droit international humanitaire. Le droit des conflits armés internationaux », in KALINDYE BYAUNJIRA Dieudonné, sous la collection de, *Traité d'Education aux Droits de l'Homme en république Démocratique du Congo. Doctrine étrangère*, Kinshasa, éditions de l'IADHD, 2004, p. 266.

pas être attaquées⁴³. Ces personnes protégées sont donc les combattants blessés, malades et naufragés, la population civile et les prisonniers de guerre.

En ce qui concerne d'abord les combattants blessés, malades et naufragés, les Conventions I et II et le Protocole I précisent : « tous les blessés, malades et naufragés, à quelque partie qu'ils appartiennent seront respectés et protégés »⁴⁴. Pour cela, quatre conditions doivent être réunies pour jouir du statut de combattant. La première est le port de l'Uniforme pour être distingué de la population civile. La seconde est le port de manière ouverte d'armes, car le combattant a le droit de tuer les autres combattants adverses. Le combattant doit en outre appartenir à une unité dirigée par un commandement connu et en fin, respecter les règles et coutumes de la guerre⁴⁵.

La population civile quant à elle est l'ensemble des personnes qui ne font pas partie des forces armées et qui ne participent pas aux hostilités. Au regard du développement du conflit russo-ukrainien, il faut dire que la population civile ukrainienne est celle qui souffre le plus des conséquences des hostilités. En effet, bien qu'il soit interdit de diriger les attaques contre les populations civiles, celles-ci ne sont pas épargnées par la violence des combats. La guerre en Ukraine met donc à mal la pierre angulaire du droit international humanitaire du fait de l'action militaire russe et peut à cet effet justifier l'exclusion de ce dernier du concert des nations. En effet, le principe de distinction constitue l'un des « principes cardinaux » du droit international humanitaire et « intransgressibles du droit international coutumier »⁴⁶. À cet égard, « [...] le fait de prendre des civils pour cible est absolument prohibé en droit international coutumier »⁴⁷. Cependant, il faut rappeler avec l'article 51, paragraphe 3 du 1^{er} Protocole additionnel et l'article 13, paragraphe 3 du 2^{ème} Protocole additionnel l'existence d'une concession aux nécessités militaires. Suivant cette logique, il est admis que les civils peuvent perdre la protection que leur confère le *jus in bello* lorsqu'ils participent directement aux hostilités⁴⁸ et pendant la durée de cette participation. Dès lors, naît aussi tôt la distinction entre les civils protégés et les civils non protégés. Dans la même mouvance, comme à propos des individus, conformément à l'article 48 du 1^{er}

⁴³ Cf. Convention de Genève, I, II et III, article 12 commun.

⁴⁴ Cf. Articles 12 et 18 Conventions de Genève I et II.

⁴⁵ KALINDYE BYANJIRA Dieudonné, KAMBALE BIRA ' MBOVOTE Jacques, *Droit international Humanitaire*, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁶ CII, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996, para. 78.

⁴⁷ TPIY, *Procureur c. Blaškić*, IT-95-14-A, 29 juillet 2004, para. 109.

⁴⁸ La participation directe aux hostilités recouvre tous « les actes qui, par leur nature ou par leur intention, ont pour objet d'infliger des dommages réels au personnel et matériel de l'ennemi ». Cf. TPIY, *Procureur c. Kordić et consort*, IT-95-14/2-A, 17 décembre 2004, para. 51.

Protocol additionnel⁴⁹, les belligérants doivent, en permanence, établir une distinction entre les biens à caractère militaire et ceux de nature civile afin d'épargner ces derniers. Ce principe coutumier est donc supposé s'appliquer dans le cadre de la guerre déclenché par la Russie en Ukraine.

En ce qui concerne les prisonniers de guerre, il faut dire de prime à bord que ces derniers ont un statut humanitaire que la puissance ennemie doit respecter. Concrètement, les prisonniers de guerre sont des membres des forces armées d'une partie au conflit qui sont tombés aux mains de l'autre partie. Alors, ces derniers doivent pouvoir bénéficier de traitement humanitaire s'ils sont blessés, et donc le corolaire est le droit d'être traité en prisonnier⁵⁰. Dans la même veine, plusieurs autres catégories de personnes méritent d'être protégées dans le cadre de la guerre en Ukraine, il s'agit notamment des aumôniers ; du personnel médical et paramédical ; les femmes et les enfants, les personnes vivant avec handicap, les migrants et les réfugiés. Cependant dans la poursuite de la prétendue « opération militaire spéciale » du Kremlin, ces règles fondamentales du droit international humanitaire sont battues en brèche au profit de l'affirmation du *Hard power* russe.

Le déroulement du conflit russo-ukrainien laisse donc voir que les règles fondamentales applicables dans les conflits armés ne sont pas respectées. Les objectifs militaires semblent ne pas être distincts des objectifs civils. Alors que « les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »⁵¹. En cas de non-respect de ces règles, il est clairement établi que la CPI (Cour Pénale Internationale) doit agir en vue de réprimer de telles actions considérées comme des crimes de guerre. C'est donc l'action de l'armée russe conduisant à l'attaque et au bombardement, des villes, les villages, habitation ou bâtiments ukrainien qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires par essence qui peut conduire le Procureur de la CPI à délivrer un mandat d'arrêt contre les autorités russes responsables de telles atrocités. C'est donc parce qu'ils portent atteinte à la paix, la sécurité et au bien-être mondial,

⁴⁹ Cette disposition précise : « [e]n vue d'assurer le respect et la protection [...] des biens de caractère civil, les parties en conflit doivent en tout temps faire la distinction entre [...] les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires ». Il convient alors de lire cette disposition en conjonction avec l'article 52, paragraphe 1 du même Protocole dont le contenu est le suivant : « [l]es biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles ».

⁵⁰ Cf. Article 3 du Règlement de la Haye.

⁵¹ Article 54, point 2 du Protocole additionnel I.

mettent en péril la communauté humaine dans son essence et dans son existence. Ces crimes constituent aussi un affront à la « morale internationale »⁵². Ainsi, la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale à savoir les crimes de génocide, les crimes d'agression, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Dans la foulée, et de manière spectaculaire, le 17 mars 2023, la CPI a émis un mandat d'arrêt international contre le Président Russe Vladimir POUTINE et un autre contre Maria LVOVABELOVA, Commissaire aux droits de l'enfant à la présidence russe. Ils sont tous les deux suspectés de déportation et transferts illégaux d'enfants ukrainiens vers la Russie. Ils sont poursuivis pour crimes contre l'humanité conformément à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. VLADIMIR Poutine est suspecté d'être le commanditaire de ces infractions, en tant que supérieur hiérarchique. D'ailleurs, le Procureur Général de la CPI Karim KHAN dit « avoir des preuves que le Président russe est impliqué dans des transferts illégaux d'enfants depuis le territoire occupé vers la Russie »⁵³. En sus donc des poursuites pénales, l'action militaire russe en Ukraine au regard du *jus in bello* peut justifier une éventuelle mise au banc de touche de la Russie des Nations Unies du fait du non-respect des règles de distinction. Il en est de même du non-respect par le Kremlin des règles relatives aux conduites des hostilités.

2- Un quasi non-respect des règles de conduites des hostilités

En droit international humanitaire, il existe des règles fondamentales applicables dans les conflits armés en vue de préserver une certaine humanité. En effet, « la guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldat [...]. La fin de la guerre étant la destruction de l'ennemi, on a le droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main, mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, ils cessent d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on a plus de droits sur leur vie »⁵⁴. Ces propos de Jean-Jacques Rousseau démontrent à suffisance que les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde du droit international humanitaire. Et à cet effet, un ensemble de principes relatifs aux conduites des hostilités doivent être respectés par les parties lors d'un conflit. Il en est de même du conflit russo-ukrainien déclenché par la Russie le 24

⁵² LOCHAK Danièle, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2002.

⁵³ France 24, *Mandat d'arrêt contre Poutine*, parcouru le 05 avril 2023.

⁵⁴ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Contrat social*, Livre I, chapitre IV.

février 2022. Cependant, force est de constater la violation des règles fondamentales applicables dans les conflits armés par le Kremlin.

Dans la nomenclature juridique des conduites des hostilités, il faut dire qu'il est proscrit de tuer ou de blesser un adversaire qui se rend ou qui est hors de combat ; les personnes blessées doivent être recueillies et soignées par la partie au conflit qui les aura en son pouvoir⁵⁵. Aussi convient-il de respecter la dignité et la vie des personnes capturées dans le cadre des conflits, mais aussi celles des personnes hors combat⁵⁶. En plus, nul ne saurait faire l'objet dans le cadre d'une guerre d'acte de torture sous toutes ses formes. Il en est de même du choix des moyens de guerre qui doivent être encadré car il est interdit d'utiliser les armes de nature à causer des pertes inutiles ou des souffrances excessives⁵⁷. En gros, c'est l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui rappelle les principes de conduites des opérations militaires. Cet article fait donc référence aux règles d'humanité, à l'intégrité corporelle, mais encore et surtout au respect de la dignité de la personne humaine. Dans le cadre du déroulement de la guerre en Ukraine, les forces russes visent des cibles civiles depuis le début du conflit et ce fait emporte des conséquences inévitables : des millions de personnes fuient les combats, et les techniques mises en œuvre par l'armée russe peuvent être qualifiées de crimes de guerre et engagent donc conséquemment la responsabilité pénale de leurs auteurs⁵⁸. « La communauté internationale doit donc à la fois trouver les moyens d'accueillir au mieux les exilés de guerre ukrainiens et de mettre en place les procédures adéquates pour poursuivre les criminels de guerre russes »⁵⁹. D'ailleurs, trois modalités sont simultanément mises en action. La Cour pénale internationale (CPI) est déjà à pied d'œuvre depuis 2014 et a intensifié ses travaux à compter du lancement de la prétendue « opération militaire spéciale » russe. Les tribunaux ukrainiens ont également commencé dans les mois qui ont suivi le début de l'invasion, à juger des militaires russes pour crimes de guerre. Enfin, plusieurs États, en vertu de leur compétence universelle, ont ouvert des procédures pénales pour juger les responsables des actes commis sur le territoire ukrainien. Il s'agit donc des procédures pénales consécutives au non-respect du *jus in bello lato sensu*, et des règles de conduites des hostilités *stricto sensu*.

⁵⁵ KALINDYE BYANJIRA Dieudonné, KAMBALE BIRA ' MBOVOTE Jacques, *Droit international Humanitaire*, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁸ ITEN Jean-Louis « Le conflit en Ukraine : laboratoire d'innovations juridiques », Hérodote, Éditions La Découverte, 2023/3 (N° 190-191), p. 113.

⁵⁹ *Ibid.*

Dans la foulée, la création d'un Tribunal pénal international *ad hoc* pour juger spécifiquement les responsables de la guerre en Ukraine peut être envisagée. En effet, cette idée a été mise en exergue par différentes instances internationales telles que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 15 septembre 2022, qui a souligné la « nécessité urgente de mettre en place un système complet de responsabilité pour les violations graves du droit international résultant de l'agression russe contre l'Ukraine »⁶⁰. L'idée a également été défendue par la Commission européenne en date du 30 novembre 2022⁶¹. Politiquement admissible, une telle création semble cependant difficile à réaliser juridiquement. En effet, les exemples issus de la guerre en Yougoslavie et du génocide rwandais résultaient d'une résolution du Conseil de sécurité prise sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations unies. Or cette procédure serait évidemment impossible à mettre en œuvre en raison du veto russe au Conseil de sécurité.

À tout prendre, il faut dire qu'au regard de l'exégèse de l'article 6 de la Charte des Nations Unies et des règles qui régissent le droit dans la guerre l'exclusion de la Russie des Nations Unies semble clairement envisageable et justifiée. Cependant, une telle sanction contre un membre permanent du Conseil de sécurité de l'ONU se présente dans la pratique comme une pure utopie.

II- UNE EXCLUSION PRATIQUEMENT ILLUSOIRE

L'intérêt accordé à la sanction (exclusion) d'un membre des Nations Unies semble être tombé au fil des années en désuétude⁶². S'il est vrai que des tentatives de déclenchement des procédures d'exclusions se sont bien manifestées par le passé, avec notamment le cas de l'Afrique du Sud pour sa politique d'apartheid et Israël après les guerres de 1967, 1973 et 1982 du fait de son refus de régler la question de la Palestine ; il faut cependant observer en ce qui concerne la Russie, que cette sanction se présente de plus en plus comme un vœu pieux au regard de la question du veto (A) mais encore et surtout du fait de son statut de puissance au sein des relations internationales (B).

⁶⁰ Décision du Conseil de l'Europe adoptée lors de la 1442^{ème} réunion, 14-15 septembre, CM/Del/Dec (2022)1442/2.3, 15 septembre 2022.

⁶¹ Déclaration de la présidente Von der Leyen sur la responsabilité de la Russie et l'utilisation des avoirs russes gelés, Bruxelles, 30 novembre 2022.

⁶² LEBEN Charles, « Article 6 » in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 568.

A- De la problématique du veto

« Si un Membre de l'Organisation enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité »⁶³. Il faut voir en la recommandation du Conseil de sécurité, une mesure prise dans les conditions définies à l'article 27 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire un vote affirmatif de neuf membres y compris les voix de tous les membres permanents. Ce préalable s'avère donc nécessaire pour que l'Assemblée générale puisse prononcer l'exclusion de la Russie des Nations Unies. Malgré les initiatives quoi que symbolique qu'a eu à prendre l'Assemblée générale (1), il reste que l'usage du droit de veto empêche la mise en œuvre d'une telle sanction contre la Russie, membre permanent au Conseil de sécurité de l'ONU (2).

1- Les initiatives symboliques de l'Assemblée générale

S'il est vrai que l'exclusion d'un membre au sein des Nations Unies se fait sur recommandation du Conseil de sécurité, il faut cependant reconnaître que c'est l'Assemblée générale qui acte la sanction. Avant de mettre en exergue les initiatives prises par l'Assemblée générale dans le cadre du conflit russo-ukrainien, il convient d'abord de revisiter son action dans le cadre d'une tentative de mise en œuvre de l'article 6 de la Charte dans le passé.

En 1960 et en 1970, une tentative de sanction semble être mise en œuvre contre l'Afrique du Sud et Israël respectivement⁶⁴. Alors, par le biais de la résolution 1761 (XVII) du 6 novembre 1962, l'Assemblée générale « réprova énergiquement l'attitude du gouvernement de l'Afrique du Sud qui continue de ne tenir aucun compte des obligations que lui impose la charte [...] », c'est pourquoi, elle « pria le Conseil de sécurité de prendre des mesures appropriées [...] et le cas échéant d'envisager l'application de l'article 6 de la Charte »⁶⁵. Par le biais de la résolution 3207 (XXIX) du 30 novembre 1974 l'Assemblée générale demande au Conseil de sécurité « d'examiner les rapports entre l'Organisation des Nations unies et l'Afrique du Sud, compte tenu de la violation continue par cette dernière des principes de la Charte et de la déclaration universelle des droits de l'homme »⁶⁶.

⁶³ Article 6 de la Charte des Nations Unies.

⁶⁴ CADOUX Charles, « L'Organisation des Nations Unies et le problème de l'Afrique australe : l'évolution de la stratégie des pressions internationales », AFDI, 1977, pp. 127-174.

⁶⁵ Cf. *Doc. Off.*, XVII^{ème} sess., Supp. n° 17, pp. 9-10.

⁶⁶ Cf. *Doc. Off.*, XXIX^{ème} sess., Vol. I, Supp. n° 31, pp. 2-3.

En ce qui concerne Israël, l'Assemblée générale dans la résolution 37/123 du 16 décembre 1982 considère une fois de plus que « les mesures prises par le passé par Israël, de même que ses actes, confirment qu'il n'est pas un État membre pacifique, qu'il a violé de façon persistante les principes énoncés dans la Charte, et qu'il ne s'est pas acquitté ni de ses obligations en vertu de la Charte, ni de son engagement aux termes de la résolution III de l'Assemblée générale, en date du 11 mai 1949 »⁶⁷.

Cette manière de l'Assemblée générale de délégitimer les pays qui violent de façon persistante les principes fondamentaux de la Charte tel que perçu lors de ces précédents historiques ne manque pas d'être observée dans le cadre de la guerre déclenchée en Ukraine par le Kremlin. En effet, l'Assemblée générale a adopté le 2 mars 2022 par 141 voix pour, 5 voix contre (Russie, Biélorussie, Corée du Nord, Syrie et Érythrée) et 35 abstentions⁶⁸, une résolution qualifiant d'« agression » l'attaque de l'Ukraine par la Russie et demandait alors à la Russie de mettre fin immédiatement à son intervention armée.

Dans le cadre de sa onzième session extraordinaire d'urgence et dans le cadre du premier anniversaire de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, l'Assemblée générale a adopté une nouvelle résolution⁶⁹ visant à défendre les principes de la Charte des Nations Unies sous-tendant « une paix globale, juste et durable en Ukraine »⁷⁰. Cette résolution exige de nouveau que la Fédération de Russie « retire immédiatement, complètement et sans condition toutes ses forces militaires du territoire ukrainien à l'intérieur des frontières internationalement reconnues du pays »⁷¹. Par la suite, il est exigé à la Russie et à l'Ukraine que tous les prisonniers de guerre bénéficient d'un traitement conforme aux dispositions de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 et du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949⁷². Quelle que soit la charge symbolique des résolutions adoptées par l'Assemblée générale et même si celles-ci ne sont en rien contraignantes pour la Russie ni pour les autres membres de l'Organisation, de telles résolutions visent néanmoins à délégitimer le kremlin avec sa prétendue

⁶⁷ Cf. Doc. Off., XXXVII^{ème} sess., supp. n° 51, p. 45.

⁶⁸ Cf. Assemblée générale, onzième session extraordinaire d'urgence, lettre datée du 28 février 2022, adressée à la présidente du Conseil de sécurité par le représentant permanent de l'Ukraine auprès de l'Organisation des Nations unies, « Agression contre l'Ukraine », A/ES-11/L.1, 1^{er} mars 2022.

⁶⁹ Cf. Nations Unies, A/ES-11/L.7, 16 février 2023.

⁷⁰ *Ibid.*, Paragraphe 1.

⁷¹ *Ibid.*, paragraphe 5.

⁷² Cf. A/ES-11/L.7, 16 février 2023, Paragraphe 6.

« opération militaire spéciale » au sein de la société internationale. C'est finalement le veto russe qui viendra alors bloquer toutes sanctions contre elle.

2- Le blocage au sein du Conseil de sécurité

Si l'article 16, paragraphe 4 du Pacte de la SDN autorisait l'exclusion de tout membre, par un vote unanime de tous les autres membres représentés au Conseil, la Charte des Nations Unies quant à elle requiert un vote affirmatif de neuf membres du Conseil de sécurité y compris les voix de tous les membres permanents⁷³. En effet, la « recommandation » du Conseil de sécurité mentionnée à l'article 6 de la Charte subodore l'entente des « cinq grands ». Les membres permanents que sont les USA, la Russie, le Royaume-Uni, la France et la Chine bénéficient du droit du veto. Par conséquent, toute action entreprise par le Conseil contre les intérêts du Kremlin sera tout simplement bloquée par le veto russe, il en sera de même avec une éventuelle exclusion de la Fédération de Russie des Nations Unies. L'instrument de ce blocage au sein du Conseil de sécurité va donc être sans surprise le droit de veto dont la Russie va user contre les initiatives qu'elle désapprouve⁷⁴.

On dirait un retour au système observé peu de temps après la deuxième guerre mondiale. Ce fut notamment le cas lors de l'invasion de la Hongrie et de la Tchécoslovaquie par l'armée soviétique respectivement en 1956 et 1968. Aussi, l'invasion de l'Égypte par l'armée anglaise, française et israélienne, c'est la logique du veto qui prévaut avec l'action des deux puissances européennes paralysant à cet effet le Conseil de sécurité des Nations Unies⁷⁵. De même en 1961, l'invasion de Goa par l'Inde amène l'URSS à user de ce privilège pour bloquer un appel au cessez-le-feu⁷⁶. Ce blocage du Conseil de sécurité n'est pas inédit. Il renvoie donc à la période qu'a connue l'ONU pendant la guerre froide. L'Assemblée générale pourrait-elle prendre le relais du Conseil de sécurité ? Si elle l'a fait par le passé, lorsqu'elle constatait la paralysie de la sécurité collective en raison d'un veto au Conseil de sécurité, il faut dire que dans la célèbre résolution Acheson de 1950 du nom du secrétaire d'État américain qui en a eu l'initiative, l'Assemblée générale de l'ONU prit acte du blocage soviétique sur le conflit coréen mais considéra que le Conseil de sécurité n'avait que la responsabilité principale et non exclusive du maintien de la paix.

⁷³ Cf. Article 27 de la Charte des Nations Unies, Paragraphe 3.

⁷⁴ NGOUDZO TEMBO Roméo, « Le conflit russo-ukrainien : le droit international en état végétatif ? », *op. cit.*, p. 5233.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ GHERARI Habib, *Relations internationales*, LGDJ, Paris, 2010, p. 105.

Affirmation ouvrant donc la voie à l'intervention de force des Nations unies en Corée. Depuis cette date, l'Assemblée générale s'est autorisée à prendre le relais du Conseil de sécurité s'il démontre son incapacité à assumer sa fonction principale. Ce fut le cas concernant l'Afghanistan, la Palestine ou la Namibie. Elle n'a plus jamais invoquée cette possibilité depuis 1982 et le conflit russo-ukrainien laisse croire qu'une telle initiative a été définitivement abandonnée par l'Assemblée générale. Si à un moment donné on a pu observer une entente entre les « cinq grands »⁷⁷, une telle entente serait difficilement perceptible dans le conflit russo-ukrainien. La particularité de la guerre en Ukraine est qu'elle est menée par un membre permanent du Conseil de sécurité. Pour cela, toute mesure prise contre ce pays au Conseil de sécurité fera face au veto russe. Il s'agit donc d'un obstacle infranchissable qui paralyse l'institution onusienne presque dans son ensemble.

D'ailleurs, dans la foulée, Le 25 février 2022, les États-Unis et l'Albanie présentèrent au Conseil de sécurité de l'ONU un projet de résolution réaffirmant l'attachement à la souveraineté, l'indépendance, l'unité et l'intégrité territoriale de l'Ukraine. Le texte reçut 11 votes favorables, 3 abstentions (Chine, Inde et Émirats arabes unis) mais fut bloqué par le veto russe. Les trois abstentions se justifient plus par une volonté politique marquée par la stratégie de laisser la place à la diplomatie dans la résolution du conflit, mais encore et surtout par la volonté de la Chine, de se préoccuper à ce stade du conflit des questions sécuritaires de la Russie face à l'expansion de l'OTAN⁷⁸. Alors, parce que ne pouvant pas faire adopter cette résolution par le Conseil de sécurité, le texte a été transmis à l'Assemblée générale qui l'adopta le 2 mars 2022 par 141 voix pour, 5 voix contre (Russie, Biélorussie, Corée du Nord, Syrie et Érythrée) et 35 abstentions⁷⁹. Quoiqu'il en soit, il faut dire que la société internationale est caractérisée par l'existence de grandes puissances qui exercent une certaine attraction communautaire. La Russie, considérée comme telle au sein des relations internationales rend encore plus improbable l'adoption d'une telle sanction exclusion de la Fédération de Russie.

⁷⁷ Après la guerre froide, la sécurité collective a encore été mise à l'épreuve. Après la montée des tensions entre le Koweït et l'Irak, la nuit du 1er au 2 août 1990 les troupes irakiennes occupent le Koweït. Le Conseil de sécurité réagit très rapidement et adopte le même jour la résolution 660 condamnant l'invasion irakienne et exige ainsi le retrait des troupes. Durant ce même mois d'août, environ cinq autres résolutions avaient été prises et infligeaient ainsi diverses sanctions à l'Irak.

⁷⁸ ITEN Jean-Louis « Le conflit en Ukraine : laboratoire d'innovations juridiques », *op. cit.*, p. 103.

⁷⁹ Assemblée générale, onzième session extraordinaire d'urgence, lettre datée du 28 février 2022, adressée à la Présidente du Conseil de sécurité par le représentant permanent de l'Ukraine auprès de l'Organisation des Nations unies, « Aggression contre l'Ukraine », A/ES-11/L.1, 1^{er} mars 2022.

B- Du Statut de la puissance russe dans les relations internationales

S'il est vrai que les relations internationales sont régulées par le droit et en particulier le droit international, il ne faut cependant pas oublier que de manière assez spontanée, elles le sont aussi par la puissance (1)⁸⁰. C'est donc le Statut de la Russie, perçu comme puissance qui rend encore plus difficile de penser à une éventuelle sanction exclusion de ce pays des Nations Unies. Malheureusement ou heureusement selon les cas, il faut relever l'affaiblissement de la puissance russe du fait de son action militaire persistante en Ukraine (2).

1- De la régulation des relations internationales par la puissance

« Tout cela n'est qu'une question de rapports de force ». Cette formule très souvent évoquée dans les relations internationales traduit à n'en point douter que malgré qu'elle puisse être controversée, la société internationale est régulée par la puissance. Pour les réalistes, la société internationale est composée d'États sans puissance commune. Elle est naturellement anarchique dans la mesure où l'État poursuit ses intérêts propres. En défendant donc ses intérêts, il empiète sur celui des autres. D'ailleurs, Thucydide affirmait déjà que : une cité commence par s'armer pour ne pas tomber sous l'oppression d'une autre cité ; une fois doté d'un outil militaire puissant, elle en vient au raisonnement qu'elle sera encore mieux protégée si elle fait passer sous tutelle les cités voisines ; elle devient ainsi impérialiste en n'ayant cherché qu'à se défendre⁸¹. Alors, peut-on valablement dire que la Russie en est une ? Il est vrai que la puissance est une notion assez complexe et qui présente parfois des aspects contradictoires. Cependant, il existe un certain nombre d'éléments qui permettent de définir ou du moins de saisir ce qu'on entend par puissance.

La puissance, définie par Raymond Aron comme la « capacité d'une unité politique d'imposer sa volonté aux autres unités » se présente comme un acte par lequel on commande ou encore comme le pouvoir de faire quelque chose. La puissance renvoie donc à quatre capacités⁸² : la « capacité de faire ; capacité de faire faire ; capacité d'empêcher de faire ; capacité de refuser de faire »⁸³. La première capacité subodore agir par ses propres moyens et pouvoir par

⁸⁰ SUR Serge, *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2011, p. 219.

⁸¹ LEFEBVRE Maxime, *Le jeu du droit et de la puissance. Précis de relations internationales*, PUF, 4^{ème} éd., Paris, 2013, p. 12.

⁸² Aptitudes, actions qui se traduisent par des manifestations concrètes jusqu'à leur mise en œuvre. Par exemple, « la capacité d'intervention extérieure suppose l'aptitude à projeter des forces, mais elle serait anéantie si une seule projection réalisée la faisait disparaître. Concrètement, cette capacité connaît des degrés et peut progressivement être affectée par son usage, de sorte que sa capacité de renouvellement, ou de résistance à l'usure, indispensable à toute activité matérielle, est un élément de la puissance ». Cf. SUR Serge, *Ibid.*, p. 249.

⁸³ SUR Serge, *Relations internationales, op. cit.*, p. 249.

la même occasion contrôler tous ses actions⁸⁴. Une telle capacité peut être reconnue à la Russie dans la mesure où la Fédération démontre qu'elle a une force de frappe militaire conséquente la permettant de poursuivre des opérations militaires au-delà de ses frontières. C'est le cas perceptible avec la prétendue « opération militaire spéciale » menée en Ukraine. Mais bien avant, on a pu assister à la manifestation de la puissance russe dans le cadre des deux conflits en Tchétchénie⁸⁵ avec notamment une inaction avérée de l'ONU, résultante de l'opposition de la fédération de Russie au Conseil de sécurité. Les exactions commises à l'encontre des populations civiles par l'armée russe en Tchétchénie sont de parfaites illustrations de la manifestation de la puissance Russe. En effet, dans le cadre de ce conflit, on assiste à une violation du droit international général et du droit humanitaire en particulier⁸⁶. Mais encore et surtout à l'impunité des auteurs des crimes et l'absence d'action en faveur de la population civile Tchétchène du fait du Statut de la Russie.

La seconde capacité quant à elle voudrait qu'on agisse par le biais d'autrui et tirer à cet effet avantage de l'action de l'autre. Il faut voir ici l'action de la Biélorussie, l'Iran⁸⁷, la Corée du Nord, la Syrie et de l'Érythrée qui apportent leur soutien indéfectibles à Moscou dans le cadre de la guerre en Ukraine. En effet, d'un point de vue historique, Le Royaume-Uni à l'époque de sa gloire impériale, attache qu'il était à un principe d'économie de moyens, cherchait souvent à obtenir pour la promotion de ses intérêts le concours de partenaires. Durant la guerre de Crimée par exemple de 1855-1856, on prétendait plaisamment que les Anglais étaient prêts à se battre jusqu'au dernier Français ou que « les Français fournissent les poitrines, les Anglais fournissent les machines ». La capacité de faire faire est donc une manifestation de l'habileté de la puissance⁸⁸.

La capacité d'empêcher de faire pour sa part renvoie à la dissuasion nucléaire. Ce qui interdits aux autres États membres du Conseil de sécurité d'adopter un certain nombre de comportement à l'égard de la Russie qui dispose aussi de l'arme nucléaire. Cette aptitude

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Le premier conflit Tchétchène (1994-1996), avec un déplacement massif de populations civiles estimé en 1995 à 460 000 personnes dont 100 000 en Ingouchie, 70 000 au Daghestan, 40 000 dans les Républiques et régions du sud de la Russie et 250 000 en Tchétchénie même et des pertes en vie humaines à 80 000. Cf. Statistiques fournies par la Division de Presses du CICR, Genève, 1995. Et le second conflit Tchétchène de 1999, avec un nombre de déplacé estimé à 350 000 personnes.

⁸⁶ BENCHIKH Madjid, *Les organisations internationales et les conflits armés*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 246.

⁸⁷ Durant de la première année du conflit, pas moins de dix « trains » de sanctions adoptées par l'Union européenne à l'encontre de la Russie mais aussi de la Biélorussie en réponse à son implication dès l'origine et, plus tard, vis-à-vis de l'Iran en raison de l'utilisation de drones iraniens par la Russie pour attaquer des infrastructures civiles ukrainiennes. Cf. « Réaction de l'UE à l'invasion de l'Ukraine par la Russie », disponible sur www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-response-ukraine-invasion/. (Consulté le 06 /12/2023).

⁸⁸ SUR Serge, *Ibid.*

négative⁸⁹ subodore une capacité d'action de la Russie sur les autres États qui en réalité les prévient d'agir. La capacité de refuser de faire finalement est bien perceptible dans l'attitude du Kremlin dans le cadre de la guerre qu'il mène en Ukraine. En effet, depuis l'invasion de l'Ukraine par la Fédération de Russie le 24 février 2022, le pays résiste bien aux pressions et refuse de reconnaître que son action est une violation flagrante du droit international. La Russie refuse également de se plier aux diverses exigences de l'Assemblée générale des Nations Unies.

À tout prendre, la Russie combine à la fois son *hard power*⁹⁰ et son *Soft power*⁹¹, nécessaire pour caractériser une grande puissance. Il s'agit d'un ensemble d'éléments compris entre la détention de l'arme nucléaire, la capacité de projection des forces armées à l'extérieur de son territoire, une capacité spatiale avérée ; l'importance territoriale, en termes soit quantitatifs soit géopolitiques ; l'équilibre social et la stabilité politique internes ; la prospérité industrielle ; le niveau de recherche, le développement technologique ; la capacité d'exportation sans oublier l'influence idéologique et culturelle⁹².

L'idée développée par Hans MORGENTHAU, selon laquelle la politique internationale est un « effort continu pour maintenir et accroître la puissance de sa propre nation et pour restreindre ou réduire la puissance des autres nations »⁹³, semble être celle que le Kremlin partage en envahissant l'Ukraine. En effet, la société internationale est marquée par le jeu d'affirmation de la puissance, les États luttent pour la sauvegarde de leurs intérêts nationales, par la consolidation des acquis tout en cherchant à affaiblir les autres⁹⁴. Cette affirmation mise en exergue par le *hard power* russe « présente la société internationale sous la forme d'une jungle par la puissance, où la poursuite des intérêts reste le seul objectif voire la seule motivation de l'action des États »⁹⁵. Quoiqu'il en soit, et au regard de l'évolution de la guerre en Ukraine, on assiste à l'affaiblissement de la puissance russe.

⁸⁹ *Id.*, p. 250.

⁹⁰ Il s'agit ici de la mise en exergue des moyens matériels.

⁹¹ Moyens d'influence politiques, culturels et technologiques.

⁹² SUR Serge, *Relations internationales, op. cit.*, p. 255.

⁹³ Cité par DIWOUTA AYISSI Loth Pierre, « La guerre en Ukraine : Synoptique entre respect du droit international et rapports de force dans l'ordre international? », *op.cit.*, p. 4938.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

2- De l'affaiblissement de la puissance russe

En sus d'être régulées par le droit international, les relations internationales sont régulées par la puissance. Cette réalité juridico-politique laisse entrevoir un jeu qui pourrait conduire à l'arbitraire et à l'anarchie. En effet, « c'est le déficit de la puissance qui est désorganisateur alors que la puissance est cohésive et organisatrice »⁹⁶. La Russie se présente alors comme un pays dont les « capacités » semblent s'étioler progressivement. En faisant recours à la violence en Ukraine, le Kremlin démontre l'échec de sa puissance et les conséquences sont énormes. En cherchant à reconquérir maladroitement son statut de grande puissance⁹⁷, le Kremlin en déclenchant la guerre en Ukraine participe davantage et plutôt à l'affaiblissement de la puissance russe. En réalité, la puissance subodore une certaine mise à l'écart et non une confrontation directe avec l'adversaire⁹⁸. C'est dans ce sens que le Professeur Serge SUR affirme que « la force est un échec de la puissance, la violence est un échec de la force » car l'usage de la force et de la violence par la puissance produit des résultats négatifs pour cette dernière et participe à son affaiblissement. D'un point de vue historique, il faut dire que la guerre, en plus de ses inconvénients moraux, constitue un échec pour la puissance en termes de bilan humain, économique et social.

Par ailleurs il convient de distinguer dans le cadre de la guerre en Ukraine déclenchée par le Kremlin la « capacité de la Russie de nuire » et sa « capacité de faire » qui à la vérité ne doivent pas être confondues. La capacité de nuire de la Russie ici se traduit par l'orientation qu'elle entend faire de son statut de puissance, qui au lieu d'être usité pour apporter des avantages à d'autres États et en l'occurrence à l'Ukraine cherche plutôt à nuire ce pays dont les frontières sont internationalement reconnues en droit international par la communauté des États. Cette capacité de nuire, loin d'être un objet de la puissance, n'est rien d'autre qu'un degré de la mise en exergue du matamore russe. En effet, bien que la force soit un instrument de la puissance, elle ne saurait être confondue à elle⁹⁹.

Quoi qu'il en soit, il convient *Primo* de dire que la force représente pour celui qui la détient plus une charge qu'un avantage car, il faut la mettre sur pied, l'entretenir et la maintenir en l'état¹⁰⁰. Alors, le poids excessif des dépenses liées à l'appareil militaire russe risque de contribuer à la

⁹⁶ SUR Serge, *Relations internationales, op. cit.*, p. 248.

⁹⁷ Aujourd'hui plus que jamais, la Russie veut se reconstituer et étendre son influence sur la scène internationale.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 254.

⁹⁹ SUR Serge, *Relations internationales, op. cit.*, p. 253.

¹⁰⁰ *Ibid.*

paralysie de l'économie de la Russie. Ce d'autant plus que la Russie avait dès le début de la guerre en Ukraine prévue mener sa prétendue « opération militaire spéciale » en seulement quelques jours. Or depuis le début de l'invasion effective de l'Ukraine par le Kremlin jusqu'à nos jours, plus de deux années sont déjà écoulées, et la guerre se poursuit.

Deuxio, il convient de rappeler que la puissance des pays libéraux semble plus solide que celle des pays dictatoriaux ou non démocratiques auquel est souvent assimilé à tort ou à raison la Russie. Au sein de ce pays, l'usage de la force et de la répression tendent à être mis en exergue constamment. Alors, le recours à la force traduit un échec mais surtout un affaiblissement de la puissance. Ce d'autant plus que « le citoyen est d'abord en rapport avec sa conscience ; s'il oublie sa conscience, il a ce rapport avec la loi ; s'il oublie la loi, il n'est plus citoyen ; là commence son rapport avec le pouvoir »¹⁰¹. Ces propos de Saint JUST traduisent une matérialisation de l'*ultima ratio regum*¹⁰². Cette mise en contact des forces russe avec celles de l'Ukraine traduit le caractère vulnérable de la puissance russe dans la mesure où la puissance ne suppose pas une confrontation directe et hostile¹⁰³.

En tout état de cause, la puissance a ses expressions. Elle est à la fois images et réalités, elle peut se dissimuler ou s'afficher. On la montre mais pour ne pas l'utiliser car sa seule visibilité permet aux autres d'adopter un certain comportement¹⁰⁴, c'est la capacité de faire faire. Si elle est donc réellement efficace, elle agit sans nul besoin de s'exposer inutilement¹⁰⁵. La véritable puissance ne saurait donc prétendre à son seul profit aux dépend des autres États au point d'être désorganisatrice. Son action doit en réalité refléter une stabilité et à la satisfaction de tous : c'est la régulation des relations internationales par une puissance positive et constructive. Cette amenuisement de la maîtrise du Kremlin par lui-même dans ses rapports avec Kiev traduit à n'en point douter une sorte de déclin de la puissance russe¹⁰⁶. Dans le cadre de l'action russe en Ukraine, le repli serait alors pour le Kremlin symbolique mais conduira surtout l'État à prendre acte de son affaiblissement. La Russie pourrait par ailleurs, choisir une réaction plus ambitieuse de métamorphose qui consiste sauvegarder son statut en s'adaptant au nouveau enjeu du monde. D'un

¹⁰¹ Cité par SUR Serge, *Ibid*, p. 254.

¹⁰² Fait référence au dernier argument des rois, celui qu'on utilise en dernier recours et après tous les autres.

¹⁰³ SUR Serge, *Id.*, p. 254.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 262.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Souvent en effet, le déclin international est lié à une faiblesse intérieure, et les deux s'accroissent mutuellement. La fin de la IV^{ème} République en France était marquée par exemple par la paralysie du système politique, spécialement face au problème algérien.

point de vue historique, il faut penser ici à l'Allemagne et au Japon ou encore à la France gaullienne qui, ont eu par le passé à développer de formules nouvelles de la puissance par le biais du nucléaire, du spatiale, ouverture des frontières, l'industrialisation et le réinvestissement en Europe¹⁰⁷.

Conclusion

Le conflit déclenché en Ukraine par le Kremlin le 24 février 2022 laisse subodorer que le droit international soit en état végétatif¹⁰⁸. « Plus que jamais, le droit international palpite au rythme du monde. Il en exprime, jusqu'au paroxysme, les sauts et soubresauts, les progrès et régressions, les déceptions et les espérances »¹⁰⁹. À la question de savoir si on « peut » ou si on « doit » exclure la Russie des Nations Unies du fait de son action armée persistante en Ukraine, plusieurs réponses doivent être retenues.

En ce qui concerne le « peut », il a été démontré qu'au regard de l'exégèse de l'article 6 de la Charte des Nations Unies et du *jus in bello*, une telle sanction est théoriquement envisageable contre la Russie État envahisseur et agresseur de l'Ukraine. Cependant, la Fédération de Russie, perçue comme une puissance et détentrice du droit de veto au sein des Nations Unies, une telle mesure prise en son contre s'avère difficilement faisable dans la pratique. Par ailleurs, si l'on s'intéresse à la locution « doit », en rapport avec cette exclusion, il faut dire qu'une telle sanction peut se révéler contre-productive voire inutile. En effet, l'objectif de l'article 6 de la Charte des Nations vise à mettre la pression contre un État qui porte gravement et continuellement atteinte à la légalité internationale. C'est donc un article qui a été conçu pour ne pas être effectivement mise en œuvre d'autant plus que les sanctions de l'article 6 délient l'État exclu des engagements dont le respect est justement recherché. Elles font alors cesser l'obligation au lieu de sa violation et privent à cet effet, et du même coup, l'Organisation de tout moyen d'action à l'égard de l'État qu'il s'agit de ramener dans le droit chemin¹¹⁰. La Russie si elle était exclue, les Nations Unies seraient privées de tout moyen contre ce pays toute chose qui priverait du même coup la possibilité de faire cesser la guerre en Ukraine. Alors, les Nations Unies prendraient le risque d'une insécurité

¹⁰⁷ SUR Serge, *Relations internationales, op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁸ NGOUDZO TEMBO Roméo, « Le conflit russo-ukrainien : le droit international en état végétatif ? », IMJST, Vol. 7 issue 7, July 2022, pp. 5229-5243.

¹⁰⁹ BOUTROS BOUTROS (G), « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation », RCADI, La Haye, 2000, Vol. 286, p. 17.

¹¹⁰ COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 570.

internationale résultant du comportement d'un ex-membre permanent titulaire du droit de veto au Conseil de sécurité et détenteur de l'arme nucléaire.

À la vérité, les pères fondateurs des Nations Unies en confiant aux cinq grandes puissances le droit de veto, c'était pour éviter tout risque d'escalade de la violence. Ainsi, le système, perçu comme un fusible, peut donc être déconnecté par le biais du veto face à une situation où le risque d'affrontement est plausible entre les membres permanents comme c'est le cas avec la guerre en Ukraine. Le 24 février 2022 et l'invasion russe de l'Ukraine marquent le retour de la guerre en Europe et constituent un tournant majeur non seulement pour l'Ukraine et la Russie mais également pour l'Europe et les Nations Unies. Plus que jamais, le changement dans l'ordre international est ressenti comme inévitable, légitime et nécessaire. En effet, la paix ne saurait signifier le maintien d'un ordre juridique, politique, culturel, social ou économique immuable. La paix doit donc s'accompagner d'une recherche permanente de moyens en vue d'aboutir à un changement pacifique là où cela semble important. La paix devra donc être assurée par tous et avec tous.

**La revendication de l'indépendance de « l'azawad » par le MNLA en 2012 :
entre impossibilité, déni et violation du droit international public**

*The claim for the independence of "azawad" by the MNLA in 2012: between impossibility,
denial and violation of public international law*

Page | 114

Par:

Ambogou Paul OULA

Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)

Résumé :

Le Mali post-indépendance a connu un cyclique conflit sécessionniste dirigé par des irrédentistes et séparatistes touareg revendiquant l'indépendance d'un Etat chimérique appelé « Azawad » regroupant les trois grandes régions septentrionales à savoir Tombouctou, Gao et Kidal soit les 2/3 du territoire malien. Si les acteurs alliés aux groupes islamistes ont réussi à occuper le territoire pendant un bon bout de temps, force est de reconnaître que la proclamation de l'indépendance de « l'azawad » en 2012 par le le mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) est tombée dans la sourde oreille de la communauté internationale pour la seule cause qu'elle viole tous les principes fondamentaux du droit international public.

Cet article met en lumière que toutes les hypothèses juridiques soutenues par le mouvement indépendantiste pour diviser le Mali sont en déphasage avec le droit international public.

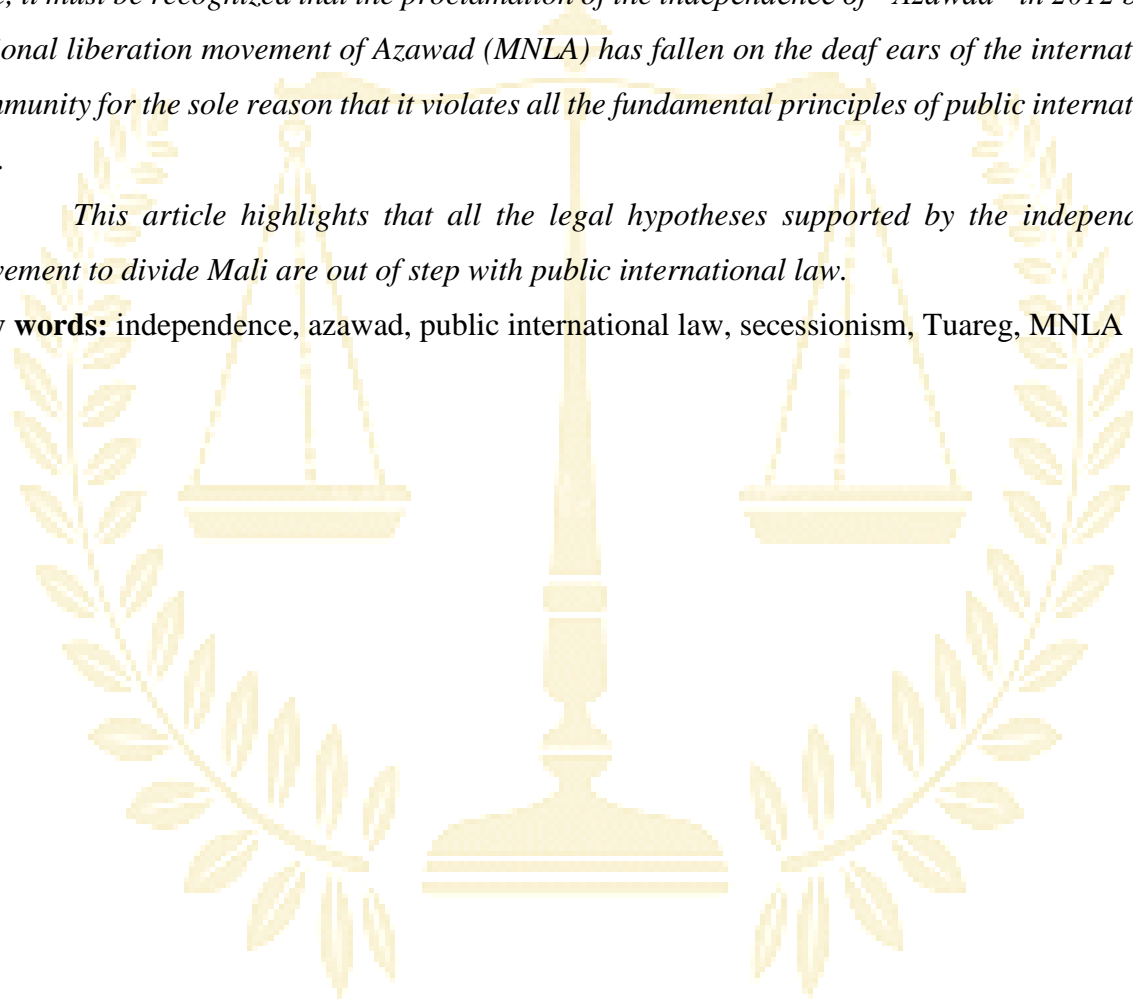
Mots clés : indépendance, azawad, droit international public, sécessionnisme, touareg, MNLA.

Abstract :

Post-independence Mali experienced a cyclical secessionist conflict led by Tuareg irredentists and separatists claiming the independence of a chimerical state called “Azawad” bringing together the three large northern regions, namely Timbuktu, Gao and Kidal, i.e. 2/3 of the territory. Malian. If actors allied to Islamist groups managed to occupy the territory for a long time, it must be recognized that the proclamation of the independence of “Azawad” in 2012 by the national liberation movement of Azawad (MNLA) has fallen on the deaf ears of the international community for the sole reason that it violates all the fundamental principles of public international law.

This article highlights that all the legal hypotheses supported by the independence movement to divide Mali are out of step with public international law.

Key words: independence, azawad, public international law, secessionism, Tuareg, MNLA



Introduction

Depuis l'accession de la République du Mali à l'indépendance le 22 septembre 1960, le Mali a connu une instabilité chronique avec à la clé plusieurs rébellions dirigées par des leaders touaregs dans l'ultime but d'amputer les régions septentrionales du reste du Mali pour créer un Etat « fantoche et fantomatique » appelé « azawad ». Partant de là, il est légitime de soutenir qu'une frange partie de certaines communautés Touaregs ont toujours été animés par des vellétés sécessionnistes et indépendantistes à caractère identitaire.¹

Page | 116

En effet, en janvier 2012, le Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) déclare la guerre à l'État malien et proclame l'indépendance de l'Azawad le 6 avril 2012. Si, dans un premier temps, le MNLA en alliance avec les groupes islamistes réussirent à chasser l'armée malienne et les fonctionnaires des trois régions du Nord (Gao, Tombouctou et Kidal), force est de constater que le mouvement sécessionniste est rapidement évincé par des groupes islamistes, dont l'avancée vers le Sud motivera l'intervention française en janvier 2013.²

Les arguments juridico-politiques avancés par le mouvement indépendantiste (MNLA) pour réclamer l'indépendance de « l'azawad » sont à porte à faux avec le droit international public, que ce soit le droit à l'autodétermination, le droit des peuples à disposer d'eux même. Dans tous les cas de figure, il serait impossible pour les acteurs sécessionnistes d'avoir gain de cause, mieux, l'indépendance de « l'azawad » est en contradiction avec le principe d'intangibilité des frontières en droit international.

Il est tout à fait normal de lever toute équivoque sur cette rébellion, qui peut être considérée comme une violation du droit international public parce qu'il n'est pas question de tyrannicide, qui est une forme extrême de résistance à l'oppression, entreprise périlleuse et coûteuse pour le peuple qui se révolte mais qui lui apportera le repos dans la libération. Un dirigeant qui n'écoute pas les volontés de son peuple et pire le réprime, porte en lui sa propre violence. Il s'agit d'une violence conservatrice exercée par le pouvoir en place, violence qui est dirigée contre son propre peuple et sera finalement dirigée contre lui-même puisqu'elle pourra se solder par le renversement

¹ Le Mali postcolonial a expérimenté une série de conflits armés qualifiés de « rébellions touareg », bien que celles-ci n'aient pas été composées exclusivement d'éléments relatifs à cette entité. Un Extrait analytique provenant de Déborah Guidez : La viabilité des frontières africaines au regard des revendications d'ordre identitaire Les exemples de Bakassi et de l'Azawad p21, octobre 2015, Institut Royal Supérieur de Défense Centre d'Etudes de Sécurité et Défense.

² Denia Chebli : La révolte en héritage : Militantisme en famille et fragmentation au Nord-Mali (MNLA), Cahiers d'études africaine, 15 juin 2019, SSN : 0008-0055

du dirigeant par le peuple, voire sa mort³. Bien que les rebellions de 1963 et celle des années 1990 ont été sévèrement réprimées par les régimes de Modibo Keita et de Moussa Traoré, cela ne fait pas l'Etat du Mali, un Etat Barbare ou tyrannique, comme évoqués par les leaders du MNLA.⁴ En effet, il est très aisé de prouver que le MNLA ne peut en aucun cas brandir l'argument tyrannique pour justifier la rébellion de 2012 pour la seule raison que le Mali n'a jamais été un Etat tyrannique, les touarègues n'ont jamais été victimes de discrimination, mieux ils ont toujours été au cœur du pouvoir central du Mali. Ils ont occupé les grandes institutions nationales. Dès lors, il est impérieux de souligner que cet argumentaire est inconcevable en droit international pour justifier la rébellion du MNLA au Mali.

En outre, le droit de résistance à l'oppression peut ainsi couvrir plusieurs hypothèses en droit international : la résistance à l'oppression peut être la résistance à une puissance étrangère puissance occupante sollicitant alors le droit des conflits armés, *jus in bello* et *jus post bellum* ; dans cette hypothèse, l'établissement de la puissance occupante s'est fait sans consentement du peuple. Cette résistance peut être celle dirigée contre la domination d'une puissance coloniale (exercice du droit à l'autodétermination) et dans ce cas, le consentement du peuple n'a également jamais été donné. Cette résistance peut être celle dirigée contre un régime dictatorial pouvant se solder par le renversement d'un régime voire la mort du dictateur (tyrannicide)⁵. Pour ce cas, il est impératif de souligner que le nord du Mali, c'est-à-dire les régions de Gao, Tombouctou et Kidal, appelées par le MNLA, « Azawad » font partie du Mali depuis la nuit des temps et n'ont jamais été colonisées par l'Etat du Mali mais plutôt par la France. Ce qui veut dire que la piste du droit de résistance à l'oppression en droit international public est de facto exclue ainsi que celui du droit à l'autodétermination est écarté.

En outre, la capacité de l'État malien à exercer ses devoirs régaliens fait l'objet de fortes attaques qui dénoncent son comportement jugé « inhumain » envers les populations, ponctué par

³ Mélanie Dubuy : Le droit de résistance à l'oppression en droit international public : le cas de la résistance à un régime tyrannique *Civitas Europa* 2014/1 (N° 32), pages 139 à 163. Selon la distinction de W. BENJAMIN entre la violence fondatrice et la violence conservatrice, « Pour une critique de la violence », in *L'homme, le langage et la culture. Essais*, Paris, Denoël, Gonthier, 1971, p. 23 et s. ; lire encore M. CHEMILLER GENDREAU, *De la guerre à la communauté universelle*, Fayard, 2013.

⁴ Les rebellions de 1963 et de 1990 ont été violemment réprimées par les différents pouvoirs qui, à l'époque avaient comme solution la répression avant d'engager le mécanisme de dialogue. Ces différentes rebellions ont coûté à la vie de plusieurs touarègues. Ce massacre constitue sans doute un mauvais souvenir pour les touarègues voire une plaie béante difficile à cicatrisée. Alors, on peut appréhender la rébellion de 2012 comme une sorte vengeance des touarègues rebelles contre le Mali au moment où l'Etat du Mali était en faillite.

⁵ F. MEGRET, « Grandeur et déclin de l'idée de résistance à l'occupation : réflexions à propos de la légitimité des « insurgés », *RBDI*, 2008, p. 382-425, cit Mélanie Dubuy

des « massacres » et des « spoliations ». La « mal-gouvernance » au Nord est présentée comme volontaire. Le MNLA semble donc par ce biais vouloir s'arroger le « monopole de la violence physique légitime » pour rétablir ces torts. L'État de l'Azawad est également présenté comme ayant un rôle à jouer sur la scène internationale. Le mouvement veut ainsi entrer en résonance avec le « droit des Peuples à disposer d'eux-mêmes » et le combat des « peuples autochtones » et affiche son souci pour la « stabilité sous-régionale et la paix internationale » qui ont été mises « en péril » par l'administration précédente.⁶

L'indépendance de « l'azawad » constitue-t-elle une violation du droit international public ?

Quels sont les arguments juridiques battant en brèche dans le fond et dans la forme l'indépendance de « l'azawad » proclamée par le MNLA le 6 avril 2012 ?

Dans une démarche scientifique, nous allons démontrer que dans tous les cas de figure, il serait impossible pour le MNLA d'obtenir l'indépendance de « l'azawad » au regard du droit international public.

I- L'INDEPENDANCE DE « L'AZAWAD » VIOLE LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La position du droit international public ne souffre d'aucune ambiguïté en ce qui concerne l'épineuse question de l'indépendance de « l'azawad », qui en l'espèce est en contradiction avec les grands dispositifs fondamentaux régissant le droit international public. Cette partie a pour objet principal d'analyser l'indépendance de « l'azawad » au prisme du droit international public.

A- L'intangibilité des frontières bloque l'indépendance de « l'azawad » en droit international public

Appelé aussi, *Uti possidetis juris* est une expression juridique, faisant référence à la maxime *uti possidetis, ita possideatis*, qui signifie « de la façon dont vous possédez [une chose, un territoire, ...], que vous possédiez ainsi [cette chose, à l'avenir] » en latin. C'est un principe provenant du droit romain et visant à apaiser un conflit et/ou à éteindre des revendications en entérinant *de jure* une situation *de facto* (généralement ancienne). En droit international, il est aussi appelé *principe de l'intangibilité des frontières*, par lequel des États nouvellement indépendants

⁶ Pauline Poupart : L'Azawad comme enjeu des négociations de paix au Mali : quel statut pour un territoire contesté ? p102, Confluences Méditerranée 2017/2 (N° 101), pages 97 à 112 Éditions L'Harmattan 2012.

ou bien les belligérants d'un conflit conservent leurs possessions pour l'avenir ou à la fin dudit conflit, nonobstant les conditions de traités antérieurs. La Cour internationale de justice dans l'arrêt Burkina Faso/République du Mali¹ le définit ainsi : « Le principe de l'intangibilité des frontières vise avant tout à assurer le respect des limites territoriales d'un État au moment de son indépendance. Si ces limites n'étaient que des limites entre divisions administratives relevant initialement de la même souveraineté, l'application du principe *uti possidetis* emporte leur transposition en frontières internationales proprement dites ».⁷

Le principe de l'*uti possidetis* est né en Amérique latine au moment de la première apparition du phénomène connu aujourd'hui sous la désignation de décolonisation. Il fut repris bien plus tard en Afrique, lors du développement du processus de décolonisation dans les années soixante.⁸

Phénomène particulier en droit international, la frontière va bénéficier d'un régime juridique largement dérogoire au droit commun. Alors que le droit est absent de la formation de la frontière terrestre, elle va être juridiquement très protégée lorsque son établissement est reconnu. Son inviolabilité, son intangibilité, sa stabilité sont protégées par un caractère objectif qui fait des traités de frontières des accords hors normes dans la sphère internationale.

La frontière est inviolable. Tel est le précepte de base qui alimente toutes les relations internationales contemporaines dont le droit est le reflet. Élevée tacitement au rang d'un principe impératif (norme de *jus cogens*) au moment de la guerre du Golfe et de l'invasion du Koweït par l'Irak, l'inviolabilité de la frontière jouit d'une reconnaissance unanime tout en restant un concept parfois flou. Dans sa forme la plus simple, l'inviolabilité vise à interdire le franchissement par un État recourant à l'emploi de la force de la frontière d'un autre État en vue de porter atteinte à sa souveraineté. L'inviolabilité est avant tout le corollaire d'une exigence consubstantielle en droit international : l'intégrité territoriale des États, elle-même corollaire de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales. On remonte ainsi aux principes essentiels du droit international interétatique, l'inviolabilité des frontières représentant l'application du non recours à la force pour le respect de l'intégrité territoriale, ce que traduit l'article 2 § 4 de la charte des Nations unies. L'intangibilité de la frontière représente, elle, la vocation à la stabilité de cette frontière. Il s'agit, en l'espèce, de rendre impossible la remise en cause de frontières existantes, ce

⁷ https://fr.wikipedia.org/wiki/Uti_possidetis_juris, visité le 10/7/ 2021 à 12h 08

⁸ Marcelo G. Kohen : *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Chapitre VI. L'*uti possidetis* : un paradigme du rapport entre la possession et les titres de souveraineté territoriale p. 425-487, Nouvelle édition internationale 1997.

qui correspond également à l'immutabilité parfois invoquée. Mais, à la différence de l'inviolabilité, l'intangibilité ou l'immutabilité sont des principes protecteurs limités dans la mesure où un accord entre États permet de modifier pacifiquement une frontière. L'inviolabilité ne suppose donc pas automatiquement l'immutabilité.⁹

Si l'*uti possidetis* laisse peu de place à des modifications de frontières lors de successions d'États, le régime juridique des traités de frontière parachève la carapace juridique qui fait de la frontière internationale un concept très protégé par le droit international. Dans ce sens, on a pu considérer que les frontières sont d'une nature particulière en ce qu'elles conservent une existence séparée des traités qui les ont créées. Les conventions de codification et la jurisprudence confirment ce particularisme. La convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 indique, dans son article 62 § 2 qu'un traité établissant une frontière constitue une exception à l'invocation de la clause de changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*) admise dans les traités ordinaires. Quant à la convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités du 22 août 1978, elle exclut, dans ses articles 11 et 12, la possibilité de remettre en cause les régimes frontaliers et autres régimes territoriaux. Les accords frontaliers dérogent, par conséquent, aux traités ordinaires et ont un caractère objectif qui se fonde sur le respect du principe général de l'intégrité territoriale des États. Par là même, ils dérogent à l'effet relatif des traités à l'égard des tiers (*res inter alios acta*).¹⁰

Pour ce qui est de sa valeur juridique, le principe de l'*uti possidetis* a toujours fait l'objet d'une controverse entre ceux qui le considèrent comme une simple « ligne de conduite » ou « solution de commodité » et ceux qui lui confèrent la valeur d'une coutume (régionale ou internationale), ou d'un principe général de droit.

Enfin, d'autres juristes vont jusqu'à le considérer comme un « non-sens juridique », en lui attribuant une fonction plutôt politique.¹¹

La Charte Africaine énonce la ferme résolution des Chefs d'Etats à « sauvegarder et à consolider l'indépendance et la souveraineté durement acquises, ainsi que l'intégrité territoriale de

⁹ <https://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/la-frontiere-comme-enjeu-de-droit-international?page=3>, consulté le 10/07/2023 à 14h55mn

¹⁰ Idem

¹¹ Abdelhamidi El Ouali, «Le maintien des frontières coloniales ou le non sens juridique du principe de base de l'OUA pour le règlement des différends territoriaux, RMDDED, n.9 p.95-11, cit Mohammed Loulichk : L'intangibilité des frontières africaine à l'épreuve des réalités contemporaines p10,

nos Etats » et à « combattre le néo-colonialisme sous toutes ses formes ». Ces mêmes préoccupations ont été reprises dans l'Article 2 relatif aux objectifs de l'Organisation et l'Article 3 traitant des principes sur lesquelles elle était fondée. « Ce dernier affirme » le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque Etat et de son droit inaliénable à une existence indépendante »¹². L'Union Africaine (UA), créée pour remplacer la première décida de maintenir le même principe en rapport avec la question des frontières. Le principe de l'intangibilité est alors repris et codifié dans l'Acte constitutif de l'UA.¹³

La création d'une frontière demeure contraire aux principes fondateurs de l'UA, qui n'a toléré ces deux exceptions qu'au regard de leur particularisme historique et de la légitimité conférée par le recours à un référendum d'autodétermination. L'accès à l'indépendance reste donc non seulement une atteinte aux préceptes de l'UA, mais il n'apporte pas nécessairement la pacification dans les relations entre l'entité sécessionniste et l'État dont il s'est séparé. Cela laisse présager que d'autres cas similaires ne sauraient se multiplier sur le continent. L'autodétermination « interne » comme alternative au droit à la sécession tend à être favorisée par l'UA.¹⁴

S'agissant du cas de « l'azawad », le MNLA n'a jamais voulu faire recours ni à un référendum d'autodétermination, ni pour obtenir l'indépendance de « l'azawad. C'est après de violents combats, que le MNLA s'empare de Ménaka, Tessalit, Kidal, Gao et Tombouctou au cours du premier trimestre 2012. Dès lors, il était évident que les islamistes d'AQMI se battaient aux côtés du MNLA. Fort de sa victoire, le MNLA proclama l'indépendance de l'Azawad (6 avril 2012) et le Mali fut, *de facto*, amputé de plus de la moitié de son territoire étant divisé par une nouvelle frontière tracée selon un axe nord-sud. Le pays retrouva son unité grâce à l'opération française Serval qui reprit aux rebelles touaregs et aux islamistes d'AQMI les territoires perdus (janvier 2013) : l'État de l'Azawad n'aura donc survécu que neuf mois¹⁵.

Face à l'impossibilité pour le MNLA de prétendre à l'indépendance, la porte lui en étant hermétiquement fermée par la légalité internationale, il a pu avancer la thèse de l'autonomie. Avant de préciser la définition et la portée de cette notion au regard du droit international, il convient de

¹² Idem 52, Mohammed Loulichk : L'intangibilité des frontières africaine à l'épreuve des réalités contemporaines p20

¹³ Deklek Dobe : l'intangibilité des frontières coloniales au regard des résolutions de l'OUA /l'UA disponible sur <https://jcea.hypotheses.org/1191>, du 23 décembre 2020, consulté le 7 juin 2022 à 01h 35mn.

¹⁴ Ouguergouz Fatsah, TEHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva, "The Question of secession in Africa", in KOHEN, op. cit., p. 282.

¹⁵ Emmanuel Grégoire : Frontières étatiques, frontières mobiles et rentes frontalières dans l'espace saharo-sahélien, L'Information géographique 2018/1 (Vol. 82), pages 82 à 98.

faire quelques remarques générales. Le problème se pose dans les termes suivants : d'une part, il y a le principe de l'intégrité territoriale, d'autre part celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; quand le premier est menacé par le second, le droit international consacre l'impossibilité d'octroyer l'indépendance dans un espace clos, inviolable et intangible. Dès lors tout ce que le droit international peut faire c'est de compenser cette impossibilité par la reconnaissance de droits aux minorités en en imposant le respect. Ainsi celles-ci à travers des mécanismes d'autonomie personnelle ou territoriale, par exemple par la décentralisation, se voient reconnaître des droits au respect de leur identité. Ces droits sont essentiellement de nature culturelle, linguistique ou religieuse. L'autodétermination se réalise alors en dehors de la création d'un Etat. Pour donner un aperçu de la signification de la notion d'autonomie, il suffira de faire ici quelques remarques importantes et appropriées¹⁶.

N'ayant jamais détenu de droits ancestraux sur ledit territoire et n'ayant jamais été colonisé par l'Etat du Mali, on ne voit donc pas comment les touaregs pourraient être les héritiers légataires des lieux et encore moins comment il pourrait s'agir de demander une quelconque indépendance. Cela fait que leur velléité de séparation d'avec le Mali, ne pourrait être regardée que comme une tentative de sécession violant le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation qui est désormais bien établi dans le droit international public.¹⁷

B- La volonté sécessionniste du MNLA en contradiction avec les principes du DIP

La sécession est définie en droit international comme « action d'une partie de la population d'un Etat, visant à dissocier un territoire de l'Etat de la souveraineté duquel il relève, en vue de l'ériger en un Etat nouveau ou de l'unir à un autre Etat ». Cette dissociation doit reposer sur l'utilisation de la force.¹⁸

Les conflits sécessionnistes constituent une contestation des frontières étatiques venant de l'intérieur, tandis que les conflits frontaliers interétatiques représentent une contestation de frontières venant de l'extérieur. Qu'on soit dans un cas ou dans l'autre, il s'agit d'une menace contre les frontières déjà établies, et le « principe d'intangibilité » des frontières africaines déclare

¹⁶ Ibid Pr S. Fomba

¹⁷ Réflexion sur la question touareg au Mali : « Il faut que nos frères des mouvements armés comprennent que l'heure doit être à un dialogue franc et honnête », disponible sur <http://news.abamako.com/h/55117.html>

¹⁸ Robert Kolb : Autodétermination et « sécession-remède » en droit international public, disponible sur <https://academic.oup.com/book/36068/chapter-abstract/313161899?redirectedFrom=fulltext>, consulté le 17/07/2023 à 13h 06mn

solennellement que tous s'engagent à respecter les frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance. Par l'adoption de ce principe, l'OUA/UA s'engage clairement en faveur de la non-remise en cause des frontières établies au sortir des indépendances¹⁹.

Par ailleurs, indépendamment de la mise en œuvre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Charte des Nations Unies a posé un principe nouveau est essentiel qui est « l'interdiction de l'emploi de la force entre les Etats membres de l'ONU ». Ainsi, « les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Une telle interdiction pose évidemment problème en cas de tentative armée de sécession.

Même si ces principes s'appliquent aux seuls Etats, il en découle que toute tentative ou réalisation de sécession devrait être considérée comme illégale.

Pourtant, rappelons que cette pratique a quelque fois été admise. Ce fut le cas de la sécession de la partie orientale du Pakistan, qui a été à l'origine de la création du Bangladesh, le 16 décembre 1971. Plus récemment, en 2008, un nouveau cas de sécession armée est advenu au Kosovo qui a fait sécession de la Serbie.²⁰

Pour le cas malien, il convient de signaler que les Touaregs possèdent depuis longtemps une identité qui, pendant et après la colonisation, ne correspondait pas aux schémas traditionnels d'analyse de l'Etat en droit interne et/ou international, inspirés d'une vision essentiellement occidentale. De ce constat découle le deuxième trait particulier des Touaregs maliens, à savoir que cette population s'est souvent révoltée contre les autorités en place, que ce soit contre les Français au cours de la colonisation ou contre l'autorité centrale de l'Etat malien après la décolonisation.²¹

Toute sécession se heurte au principe fondamental de l'intégrité territoriale des Etats, le territoire sécessionniste n'ayant pas, à la différence du territoire colonial un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat qui l'administre ;

La Déclaration de 1970 sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, texte qui

¹⁹ Ladji OUATTARA, Frontières africaines 1964-2014, Diploweb.com : la revue géopolitique, 12 mars 2015, disponible sur [diploweb](http://diploweb.com), la revue géopolitique.

²⁰ Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touarègue au Nord du Mali ?

²¹ Ibid

reflète le droit international coutumier selon la Cour de la Haye, précise clairement que le principe du droit des peuples à l'autodétermination ne peut être interprété : « Comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démemblerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant »

Contrairement à ce qui se passe pour les peuples coloniaux, lorsqu'il s'agit d'un peuple intégré dans un Etat ce qui est bel et bien le cas du MNLA on ne peut déduire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes un droit à la sécession, pour la simple bonne raison que la différence de nature des territoires en cause interdit toute analogie²². En effet, le droit international a toujours reconnu un droit à la sécession uniquement aux colonies du tiers monde soumises à une domination étrangère.

Le respect de l'intégrité territoriale n'a généralement pas été mentionné de façon autonome dans les nombreux instruments internationaux renfermant une sorte de catalogue des principes fondamentaux du droit international. Dans la plupart des cas, il a été subsumé sous le cadre général de la sécurité collective ou sous le principe de l'interdiction de l'emploi de la force. C'est en effet le cas de l'article 10 du pacte de la SDN et de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte de l'ONU. La résolution 2 625 (XXV) de l'Assemblée générale ne réserve pas non plus une section spéciale à l'intégrité territoriale, comme c'est le cas pour les autres principes fondamentaux. Elle se contente en effet de rattacher l'intégrité territoriale notamment à l'interdiction de l'emploi de la force et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Seul l'acte final du 1^{er} août 1975 de la conférence d'Helsinki sur la coopération et la sécurité en Europe inclut de façon autonome, parmi les dix « principes régissant les relations mutuelles des Etats participants », celui de l'intégrité territoriale, quoique ce principe soit également intégré à ceux de l'égalité souveraine, du non-recours à la menace ou à l'emploi de la force, de l'inviolabilité des frontières et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.²³

²²Dr Salifou FOMBA : Les thèses du Mouvement National de Libération de «l'Azawad» du Nord du Mali à la lumière du droit : l'indépendance ou l'autonomie, publié le 29 janvier 2013 <https://maliactu.net/les-theses-du-mouvement-national-de-liberation-de-lazawad-du-nord-du-mali-a-la-lumiere-du-droit-lindependance-ou-lautonomie/> consulté le 4 septembre 2021 à 18h 50mn.

²³ Chapitre V. Le rôle des principes fondamentaux du droit international

C- Le droit à l'auto-détermination des peuples et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes revendiqués par le MNLA sont en déphasage avec le DIP

Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a des racines libérales et démocratiques. Non seulement il exclut pour un peuple toute forme de cession et d'annexion forcées, mais il établit un lien entre son consentement et la structure étatique dans laquelle il doit se développer et trouver son bien. Ce principe est consacré d'une manière expresse dans la Charte des Nations Unies. L'article premier stipule que l'un des buts de l'O.N.U. est de « développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et de prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix dans le monde »²⁴.

Dans l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, il est stipulé que :

« Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, 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. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unie. »

Il est intéressant de noter que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en 1981 et entrée en vigueur en 1986, semble reconnaître un droit de sécession. Les dispositions de l'article 19 (intitulé « Droit à l'égalité des peuples ») et de l'article 20 (« Droit à l'autodétermination ») condamnent en effet la domination d'un peuple sur un autre et affirment le droit inaliénable de tout peuple à l'autodétermination. Toutefois, la Charte et son interprétation sont bien souvent soumises à l'épreuve des faits et au jugement de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP). L'article 19 consacre l'égalité des peuples, qui

²⁴ Denis Gingras : L'autodétermination des peuples comme principe juridique p365, Volume 53, numéro 2, juin 1997
Regards pluriels sur Marie de l'Incarnation URI : <https://id.erudit.org/iderudit/401080ar> DOI : <https://doi.org/10.7202/401080ar>.

peuvent être constitués ou non en États, et semble ne pas exclure la possibilité pour un peuple dominé de faire sécession. Les conséquences juridiques d'une hégémonie que « rien ne peut justifier » constituent-elles pour autant une autorisation à faire sécession ? L'article 19 ne le précise pas, en revanche les décisions rendues par la CADHP lorsqu'elle a été saisie sur la base de cet article ne permettent pas d'établir une prédisposition à garantir un droit de sécession à un peuple discriminé. La plupart du temps, la Commission constate les faits incriminés et requiert de l'État concerné qu'il prenne les dispositions

législatives et réglementaires nécessaires pour y mettre un terme. L'article 20, quant à lui, assure que tout peuple « détermine librement son statut politique et assure son développement économique et social selon la voie qu'il a librement choisie » mais aussi que « les peuples colonisés ou opprimés ont le droit de se libérer de leur état de domination en recourant à tous les moyens reconnus par la Communauté internationale ». D'après la loi, la Commission estime que l'autodétermination peut s'opérer par l'une des façons suivantes : indépendance, autogouvernement, gouvernement local, fédéralisme, confédéralisme, unitarisme « ou toute autre forme de relations conforme aux aspirations du peuple mais tout en reconnaissant les autres principes établis tels que la souveraineté et l'intégrité territoriale ». Les principaux verdicts qu'elle a établis se sont fait en considération de la nécessité de sauvegarder la souveraineté et l'intégrité territoriale d'un État.²⁵

En 1960, par sa résolution 1514 (XV), l'Assemblée générale a adopté la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux. Dans cette résolution, considérant le rôle important de l'Organisation des Nations Unies comme moyen d'aider le mouvement vers l'indépendance dans les territoires sous tutelle et les territoires non autonomes, l'Assemblée a proclamé solennellement la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations et déclaré entre autres principes que tous les peuples avaient le droit de libre détermination²⁶. Cette résolution était en contradiction avec le cas du MNLA dans la mesure où l'azawad n'est pas une entité qui serait colonisée par l'Etat du Mali et ne serait pas non plus soumis à une subjugation. Dans la même dynamique la résolution 2625 de la Déclaration relative aux principes du droit international

²⁵ Déborah Guidez : La viabilité des frontières africaines au regard des revendications d'ordre identitaire Les exemples de Bakassi et de l'Azawad p9 , Institut Royal Supérieur de Défense Centre d'Etudes de Sécurité et Défense 30 Avenue de la Renaissance 1000 Bruxelles octobre 2015

²⁶ <https://www.un.org/dppa/decolonization/fr/about>, consulté le 21/07/2022 à 00h 43 mn

touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies proclame qu'« en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré, par la Charte, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure [...] et tout Etat a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte ». Cette résolution ne pourra être appliquée dans le contexte malien parce que l'azawad n'est pas un Etat et ne saurait entretenir officiellement des relations ou des coopérations avec les autres pays sur la scène internationale.

Lors de la décolonisation, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou à l'autodétermination allait de pair avec le développement du principe de non-ingérence, notamment dans le choix de leur système politique. Aujourd'hui, la défense du droit du peuple malien à disposer de lui-même va de pair avec la limitation de sa liberté de choix à un type de régime politique, la démocratie libérale et laïque, dont les commanditaires internationaux supposent qu'elle est le souhait des Maliens et qu'elle est l'outil de leur autodétermination. Dans la situation malienne, depuis le printemps 2012, se sont succédées diverses configurations politiques internes auxquelles les Etats étrangers ont réagi. Ils ont dénoncé le coup d'Etat de mars 2012, rejeté le régime islamiste envisagé par les rebelles au Nord du Mali et, enfin, souhaité le caractère démocratique du futur régime de cet Etat²⁷.

Le MNLA a clamé sur les toits des médias occidentaux que les touaregs sont les héritiers légitimes du territoire composé par les régions administratives de Gao, Tombouctou et Kidal qu'ils ont péremptoirement baptisé AZAWAD. C'est en se fondant sur ce « legs ancestrale » que le mouvement irrédentiste estime être en droit de revendiquer la sécession de cette partie du territoire national ou tout au moins une « large autonomie » pour tout le septentrion malien. Parler indépendance, il faut exister d'abord au paravent...Or, pour parler d'autodétermination ou d'indépendance, il ne suffit pas seulement d'être une minorité nationale, il faut avoir préalablement existé comme une entité politique indépendante, ayant durablement administré le territoire revendiqué, et avoir perdu sa souveraineté sur ce territoire soit par suite d'un acte colonial, soit du fait d'une annexion consécutive à une guerre. C'est ainsi que le droit International public conçoit la chose et cela ressort très clairement du principe onusien selon lequel « La sujétion des peuples

²⁷ André Moine : La prise en compte internationale de la nature du pouvoir au Mali p62, Civitas Europa 2013/2 (N° 31)2013/2 (N° 31), pages 59 à 87, Éditions IRENEE / Université de Lorraine

à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères, constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiale ». C'est à partir de cette conception qu'a été construit le principe juridique de l'autodétermination ou plus exactement, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.²⁸

Sur la place des Touaregs du Mali dans leur propre Etat, on peut considérer, en utilisant un mode de raisonnement classique pour un chercheur occidental ou européen, que cette population forme une minorité non reconnue dans ce pays. C'est d'abord une minorité numérique dans la mesure où les Touaregs ne représentent qu'un faible pourcentage de la population malienne, entre 5 et 6%, laquelle est essentiellement concentrée dans le nord du pays. C'est également une minorité non reconnue, au sens où ses demandes initiales puis ses besoins ultérieurs - notamment pendant les sécheresses - n'ont jamais été pris en compte²⁹.

Pour la plupart des théoriciens, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comporte le droit à l'autodétermination interne (le droit d'obtenir le statut de son choix à l'intérieur d'un pays) et le droit à l'autodétermination externe (le droit à l'indépendance) qui « reconnaît à une population la possibilité de se séparer d'un État, soit pour s'ériger en Etat indépendant, ce qui entraîne comme conséquence inévitable la sécession³⁰. Cette thèse ne tient pas en droit international public avec le cas du MNLA car il ne saurait en résulter en principe aucun droit à l'autodétermination externe lorsque celle-ci conduit à une sécession incompatible avec un autre principe fondamental du droit international contemporain à savoir le droit des Etats à leur intégrité territoriale. Il ne peut en aller autrement que dans les cas strictement définis dont le droit à la décolonisation constitue l'exemple le plus indiscutable. Il apparaît ici que le problème posé par le MNLA n'est pas une question de décolonisation et que toute revendication de nature identitaire, à condition d'être réellement

²⁸ Kaman Ubrahima Sidibé, juriste à la Chambre des Mines du Mali (CMM), Bamako : Réflexion sur la question touareg au Mali : « Il faut que nos frères des mouvements armés comprennent que l'heure doit être à un dialogue franc et honnête » <http://news.abamako.com/h/55117.html>, consulté le 18/03/2021 à 03h 18mn.

²⁹ Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ? *Civitas Europa* 2013/2 (N° 31), pages 19 à 33

³⁰ S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1973, p. 187. Dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, on peut notamment lire : « La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. » Cf. *Le développement historique et actuel du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sur la base de la Charte des Nations Unies et des autres instruments adoptés par les organes des Nations Unies, eu égard en particulier à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, New York, Nations Unies, Distr.Générale E/CN.4 Sub.2/404 (vol. II), 20 juillet 1978, p. 3., op cit Denis Gingras p366.

fondée, devrait trouver une solution dans une meilleure gouvernance politique, économique, sociale et culturelle assortie d'une meilleure mise en œuvre d'éventuelles obligations juridiques de l'Etat au plan interne et international³¹.

Mieux au plan interne la constitution malienne de 1992 stipule dans son article 25 que : Page | 129
« le Mali est une République indépendante, souveraine, indivisible, démocratique, laïque et sociale ». Ce qui implique que toutes formes d'indépendances constituent une violation flagrante de la constitution Malienne.

Il convient de signaler que les peuples doivent d'abord exercer leur droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État parent. « Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayent l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains »

Un peuple ne bénéficie d'un droit à la sécession selon la Cour Suprême du Canada dans le renvoi relatif à la sécession du Québec du 20 août 1998 au paragraphe 138 que dans les situations suivantes : le peuple est dans une situation coloniale; lorsqu'il est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial; un groupe défini dans un État se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel (cette discrimination institutionnelle demeure toutefois théorique).³² Aucune de ces conditions ne répond favorablement du droit à l'autodétermination, à l'indépendance, à l'autonomie et au droit aux peuples de disposer d'eux-mêmes revendiqués par le MNLA.

³¹ Ibid Pr Salifou Fomba, op cit

³² https://fr.wikipedia.org/wiki/Renvoi_relatif_%C3%A0_la_s%C3%A9cession_du_Qu%C3%A9bec#cite_note-21 , consulté le 29 avril 2021 à 02h 29 mn

II-LE REGARD DU DIP SUR L'ÉPINEUSE QUESTION DE L'INDÉPENDANCE DE « L'AZAWAD »

Les conditions dans lesquelles le mouvement sécessionniste a proclamé l'indépendance de « l'azawad » en 2012 sont irrecevables au regard du droit international public, d'où le refus de la communauté internationale à faire entrer « l'azawad » dans le concert des états indépendants. Page | 130

A- Le statut juridique contesté et contestable de « l'Azawad » en droit international public

En abordant dans le sens du droit international public, le territoire occupé dans la pratique et la doctrine internationalistes une place de choix. Il est fréquemment admis que le droit international est né des questions soulevées par la conquête européenne du continent américain : il s'agissait alors de définir les règles permettant de fonder et de répartir les compétences des États conquérants sur ce vaste espace. L'historiographie traditionnelle accorde également beaucoup d'importance à la paix de Westphalie qui, en 1648, affirme notamment la supériorité du pouvoir territorial temporel sur le pouvoir spirituel, afin de mettre un terme aux guerres européennes. Le « droit des gens », dont les sujets étaient moins des États, personnes morales, que des Souverains, personnes physiques, devient ainsi et petit à petit un droit international « répartiteur d'espaces » : à partir du XVIII^e siècle, le droit international permet de considérer que « toute terre sur le globe est soit territoire d'États européens ou d'États mis sur le même pied, soit terre encore librement occupable, c'est-à-dire territoire étatique potentiel ou colonie potentielle »³³.

En effet, selon l'historien malien, le professeur Bakary KAMIAN « *l'espace dit Azawad est une région géographique entre Tombouctou-Araouane et Kidal. Ses premiers habitants étaient des Noirs sédentaires. La région a vu l'arrivée des Peuhls, Arabes et Touaregs, lors du commerce transsaharien, elle a servi de parcours aux populations du monde* »³⁴. L'Azawad correspond à un erg d'environ 380 km² situé entre Tombouctou et Araouane.³⁵ Selon Seydou. B. Traoré « *l'Azawad n'a jamais existé en tant qu'empire encore moins comme royaume dans l'histoire.* ». Par contre, le MNLA entend par « Azawad », un territoire constitué des trois régions administratives de

³³ Thibaut Fleury Graff : Territoire et droit international p2, Civitas Europa 2015/2 (N° 35), pages 41 à 53

³⁴ Conférence de presse prononcée par le professeur Bakary KAMIAN le 10 mai 2012 à la Maison de la Presse à Bamako,

³⁵ GRIPCI, « Le conflit touareg au Mali et au Niger », *Groupe de Recherche sur les interventions de Paix dans les conflits intra étatiques*, 2002, p.2

Tombouctou, Gao et Kidal, et concerne l'ensemble du nord malien (avec quelques variantes suivant les mouvements Touaregs relatives à la limite sud du territoire). Ces trois régions ci-dessus citées, situées au cœur du Sahel, s'étendent sur une superficie de 922.490 km², soit 74,32% du territoire malien. Elles partagent plus de 5.000 kilomètres de frontières avec les pays voisins à l'Etat malien.³⁶

Au Mali, la « société touarègue » possède quelques particularités qu'il faut également reconnaître. En effet, il est important de savoir que, pour des raisons diverses, les autorités coloniales ont dressées les différentes structures composant cette population spécifique, les unes contre les autres.³⁷ Cette pratique a laissé des traces qui ont perdurées longtemps non seulement entre Touaregs eux-mêmes mais aussi avec d'autres populations majoritaires au Mali.³⁸

Il est important de savoir que le Nord du Mali représente les deux tiers du territoire du pays, mais que seul un faible pourcentage de la population y vit. En effet, il n'y a que dix pour cent de la population du pays qui résident dans cette partie du Mali³⁹. Les touarègues constituent une minorité parmi les communautés vivant dans cette partie.

Il faut envisager les particularités de cette partie de la population malienne. Selon un chercheur en anthropologie, spécialisé sur les Touaregs, A. Bourgeot⁴⁰ « le terme « touareg » est un nom que leur ont donné les Arabes quand ils sont arrivés dans la région ». Il précise que les Touaregs « appartiennent à une société tribale, très hiérarchisée et très rigide » et que « les populations touarègues continuent à pratiquer le pastoralisme et l'agropastoralisme nomades ». Même si, pour cet auteur, les Touaregs sont répartis sur cinq pays du Sahel, notons que seuls les touarègues du Mali ont eu une approche sécessionniste à propos de la région de leur pays dont ils sont issus, l'Azawad.

³⁶ Adama Traoré : Le pouvoir central malien face aux insurrections touaregues (1960-2014)p 12, mémoire de Master2 Ethique et Gouvernance ; Spécialité : Gestion des conflits et paix, Centre de Recherche et d'Action pour la Paix (CERAP) Institut de la Dignité et des Droits Humains (IDDH) Ecole des Sciences Morales et Politiques d'Afrique de l'Ouest (ESMPAO)

³⁷ G. KLUTE, « Hostilités et alliances. Archéologie de la dissidence des Touaregs au Mali », *Cahiers d'Etudes africaines*, n° 137, XXX-1, 1995, pp. 62 et s.

Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ? p21 Civitas Europa 2013/2 (N° 31)

³⁹ Selon P. GOURDIN, on trouve les Kel Adrar (dans la région administrative de Kidal), la branche Kel Ataram des Iwellemmeden (dans la région administrative de Gao) et les Kel Antessar ou Kel Ansar (dans la région administrative de Tombouctou), voir. « Géopolitique du Mali : un Etat failli ? », à l'adresse suivante : (<http://www.diploweb.com/Geopolitique-du-Mali-un-Etat.html#.UZ8Z75zEmkw>), cit par Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ?

⁴⁰ A. Bourgeot, CNRS, Directeur de recherches émérite, Laboratoire....

Enfin, pour bien comprendre la spécificité juridique de cette partie de la population malienne, notons deux autres traits particuliers. D'abord, il faut savoir que, les Touaregs possèdent depuis longtemps une identité qui, pendant et après la colonisation, ne correspondait pas aux schémas traditionnels d'analyse de l'Etat en droit interne et/ou international, inspirés d'une vision essentiellement occidentale. De ce constat découle le deuxième trait particulier des Touaregs maliens, à savoir que cette population s'est souvent révoltée contre les autorités en place, que ce soit contre les Français au cours de la colonisation ou contre l'autorité centrale de l'Etat malien après la décolonisation.⁴¹

La perspective de la décolonisation inquiète une partie des chefs coutumiers des zones désertiques. Dans la Boucle du Niger, plus de trois cents notables maures, Touaregs et songhaï signent une pétition lancée le 30 mai 1958 et adressée au président français, demandant que leur spécificité ethnoculturelle soit prise en compte dans la géographie politique postcoloniale. Au Niger, une lettre aurait été envoyée en 1960 au général De Gaulle au nom des Touaregs de l'Air par un notable d'Agadez (Deycard, 2011, p. 147-149). Sans succès. Avec l'échec de la tentative d'Organisation commune des régions sahariennes (OCRS), la décolonisation est menée dans le cadre des frontières administratives de l'empire colonial, morcelant le Sahara entre divers États et écartelant les Touaregs entre l'Algérie et la Libye au nord, le Mali, le Niger et le Burkina Faso au sud. Les axes de transhumance sont coupés. Surtout, le pouvoir est transféré aux « Noirs », les nouvelles élites nationales étant surtout composées d'hommes originaires du sud au Mali et au Niger. Ainsi, l'incorporation au Mali dominé par des Bambara est perçue comme une trahison de la France, avec des clivages exacerbés par la distance et des représentations stéréotypées négatives opposant les Touaregs « blancs », esclavagistes et oisifs, aux Subsahariens « noirs », frustes et soumis⁴².

Le territoire « azawad » a toujours été sous l'autorité du colon pendant la colonisation et celle du Mali de l'indépendance jusqu'à la rébellion de 2012. En dehors de cette définition géographique, l'idée d'Azawad porte en effet un ancrage historique et mémoriel fort. Elle dérive des conceptions du territoire et de l'ordre politique qui prévalaient avant les indépendances au Mali et au Niger. Ainsi, une référence centrale est la lettre adressée en 1958 au Président français

⁴¹ Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ?, *Civitas Europa* 2013/2 (N° 31), pages 19 à 33

⁴² Salim Chena, Antonin Tisseron : Rupture d'équilibres au Mali : Entre instabilité et recompositions, p6, *Dans Afrique contemporaine* 2013/1 (n° 245), pages 71 à 84.

par⁴³ « 300 chefs ou notables Touaregs, Maures et Songhaïs » de la région de Tombouctou et de la boucle du Niger, qui évoque le désir d'un « État saharien unifié politiquement et administrativement [...] basé sur une homogénéité culturelle ». L'État malien lie ainsi davantage l'idée d'Azawad à son « originalité culturelle et humaine » et le qualifie de terroir.

Les termes de sécession et d'autonomie sont utilisés pour qualifier les événements au Mali et les concepts se mélangent. En science politique, les dynamiques de la sécession reposent généralement sur quatre conditions : « une nation, un territoire, des chefs et du mécontentement »⁴⁴. Cependant, dans le Nord du Mali, les idées de nation et de territoire sont débattues, les chefs sont multiples et en rivalité. Seul le mécontentement vis-à-vis des autorités nationales est largement répandu⁴⁵. Dans la même dynamique, l'azawad n'a été par le passé un Etat conformément à l'esprit du 1er avis du 29 novembre 1991 de la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie a rappelé la définition de l'État traditionnellement admise en droit international, à savoir « une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé » et qui « se caractérise par la souveraineté ». Au-delà de la réunion de ces conditions « objectives » de l'existence internationale d'un État, celle-ci dépend aussi en partie de la reconnaissance de ses pairs. Cette existence factuelle ouvre droit à un statut juridique international.⁴⁶

B- La portée juridique de la déclaration de l'indépendance de l'Azawad en DIP

L'accession à l'indépendance par déclaration unilatérale étant en soi est un acte politique, elle constitue en toute logique un phénomène extra-juridique. Il n'en demeure pas moins qu'elle produit des effets juridiques à l'égard desquels le droit international ne peut rester indifférent. L'étude de l'accession unilatérale à l'indépendance lors des processus de décolonisation et de démembrement et aussi les déclarations unilatérales d'indépendance d'entité situées à l'intérieur d'État issu de la décolonisation et du démembrement, de même que les accessions par déclaration unilatérale hors décolonisation, permet d'y déterminer le rôle opérationnel, ou non, et le contenu

⁴³ Pauline Poupart : L'Azawad comme enjeu des négociations de paix au Mali : quel statut pour un territoire contesté ? Confluences Méditerranée Confluences Méditerranée 2017/2 (N° 101)2017/2 (N° 101), pages 97 à 112 Éditions L'Harmattan

⁴⁴ Selon l'Encyclopédie berbère : « D'après Paris (1952), il vient d'azawa qui signifie « dénudé » en tamasheq ». « Azaouad, d'après ce même auteur, viendrait du Kel Anteqar « Azaoua », qui est l'abreuvoir circulaire en bois et de son féminin et diminutif tazaouat qui est la calebasse en bois de taille notablement plus réduite que l'Azaoua et servant de cuve ». Enfin, « Azawad pourrait venir de Tamarix aphylla L'arbre appelé azawa par les Touaregs ». cit P. Poupart.

⁴⁵ Op cit Pauline Poupart.

⁴⁶ Béligh Nabli : Le statut de l'État en droit international p 168, L'Etat (2017), pages 168 à 186

des principes juridiques de droit international (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, intégrité territoriale, droit à la sécession, non-intervention, reconnaissance d'État) . Les positions étatiques semblent le plus souvent guidées par leurs intérêts particuliers, parfois au détriment du respect des normes de droit international. La question de la neutralité, ou non, du droit international dans l'accession à l'indépendance devient une question de degré.⁴⁷

Il n'y a donc aucune obligation en droit de reconnaître un État qui déclarerait son indépendance : il appartient à chaque État de juger s'il doit reconnaître ou non un nouveau venu sur la scène internationale. Cette reconnaissance est discrétionnaire : les États sont totalement et parfaitement libres de l'accorder ou non pour les raisons qu'ils jugent opportunes. La seule restriction est que les conditions et les circonstances qui entourent la reconnaissance doivent être conformes au droit international.⁴⁸

En dehors d'une situation coloniale, la société internationale ne reconnaît pas de droit à la sécession. Une fois devenu indépendant, l'Etat est protégé dans sa souveraineté et dans son intégrité. Toute revendication territoriale de la part d'une partie de sa population est perçue comme une atteinte à cette intégrité et à cette souveraineté. L'absence d'un droit à la sécession est fondée sur deux arguments juridiques majeurs à savoir d'une part l'obligation des Etats et par ricochet de tous les groupes ou entités non étatiques en vertu de l'obligation de due diligence imposée par le droit international de respecter le principe d'intégrité territoriale et d'autre part l'obligation de ne pas reconnaître une situation issue de la force. Rappelons que c'est après avoir été qualifiées de territoires distincts que les colonies ont pu devenir indépendantes, faute de quoi l'indépendance se serait réalisée au détriment de l'intégrité territoriale de l'Etat. C'est donc par un artifice juridique que la décolonisation n'a pas été considérée comme une sécession. Quand la sécession résulte de l'utilisation de la force, ce qui est bien le cas du MNLA, les Etats ont l'obligation de ne pas reconnaître cette situation.⁴⁹

⁴⁷ Babak Ghaedi: L'accession par déclaration unilatérale à l'indépendance vue par le droit international, résumé de sa thèse de doctorat en droit public soutenue le 28/04/2021 à Bourgogne Franche Comté sous la direction de Leila Lankarani El-Zein, consulté le 19 juillet 2023 à 12h52mn sur le site <https://www.theses.fr/2021UBFCB005>

⁴⁸ Vincent Laborderie : Le droit de sécession p89, *Outre-Terre* 2014/4 (N° 41), pages 89 à 99, Éditions L'Esprit du temps.

⁴⁹ Dr Salifou FOMBA : Les thèses du Mouvement National de Libération de «l'Azawad» du Nord du Mali à la lumière du droit : l'indépendance ou l'autonomie, publié le 29 janvier 2013 <https://maliactu.net/les-theses-du-mouvement-national-de-liberation-de-lazawad-du-nord-du-mali-a-la-lumiere-du-droit-lindependance-ou-lautonomie/> consulté le 4 septembre 2021 à 18h 55mn.

La revendication en 2012 de l'indépendance d'un État de l'Azawad a été strictement et étonnamment limitée au seul Mali et à ses frontières septentrionales, d'origine coloniale. Un "État (pan)touareg" regroupant les populations touarègues des cinq pays les abritant (Algérie, Mali, Niger, Burkina-Faso, Libye) n'a pas non plus été revendiqué.⁵⁰

En effet, la déclaration d'indépendance de l'Azawad, cette appellation signifiant littéralement « terre transhumance », le 6 avril 2012, bien plus qu'une simple remise en cause du statu quo territorial, a ravivé les dilemmes et paradoxes existant depuis des décennies autour du contrôle des frontières par l'État malien. Comme en témoignent les réactions aux revendications des membres du MNLA, les frontières en Afrique, en tant que normes internationalement reconnues, continuent de faire l'objet d'une véritable obsession, comme l'a écrit Michel Foucher⁵¹ entre les "conservateurs" qui prônent le respect de leur intangibilité et les "réformateurs" qui proposent une réinterprétation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Parmi les « conservateurs », les autorités maliennes et les pays frontaliers ont déclaré unanimement, y compris à la tribune des organisations africaines impliquées dans la gestion du conflit malien (Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), Union africaine (UA)⁵²leur attachement à l'unité et à l'intégrité territoriale du Mali⁵³. ' Dans la résolution 2056 du 5 juillet 2012 le Conseil de sécurité a abordé explicitement la question de la déclaration d'indépendance. D'abord en « réaffirmant son attachement à la souveraineté, à l'unité et à l'intégrité territoriale du Mali ». Ensuite, en explicitant « son rejet catégorique des déclarations du Mouvement national du nord du Mali pour la libération de l'Azawad (MNLA) relatives à une prétendue « indépendance » et réaffirmant en outre qu'il considère de telles annonces comme étant nulles et non avenues ». Ce positionnement en faveur de l'intangibilité des frontières, également relayé par la Communauté internationale, est prévisible à l'intérieur d'un système international bâti sur le respect de normes reconnues par tous.⁵⁴

⁵⁰ Pierre Boilley : Nord-Mali: les frontières coloniales de l'Azawad p1, Canadian Journal of African Studies / Revue canadienne des études africaines 2019

⁵¹ Michel FOUCHER, L'Obsession des frontières, Librairie Académique Perrin, 2007.

⁵² Dans son communiqué PSC/MIN/COMM. /2.(CCCXIX), faisant suite à la 319ème réunion de son Conseil de paix et de sécurité, l'Union africaine rejette la « Déclaration d'indépendance de l'Azawad faite par le Mouvement national pour la libération de l'Azawad » qu'il considère comme nulle et sans aucune valeur.

⁵³ Voir les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies S/RES/2071 (2012) et S/RES/2085(2012)

⁵⁴ Amandine GNANGUENON : Préserver l'intégrité territoriale à tout prix : dilemmes et paradoxes de la frontière au Mali p95

En ce qui concerne la situation du MLNA, on peut considérer, dans l'esprit de l'époque de la décolonisation, que c'est bien un « mouvement de libération nationale » qui s'exprime au nom du « peuple de l'Azawad » pour proclamer son indépendance. Mais dans le contexte actuel, ce constat pose problème car, contrairement à ce qui se passait pendant la période effective de la décolonisation⁵⁵ ce mouvement n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance en tant que tel, ni à l'ONU, ni par des organisations régionales, notamment africaines⁵⁶. Selon GANDOLFI, l'entité peut être catégorisée parmi les MLN « dont l'objectif est de libérer un peuple d'une occupation coloniale, ou 'micro-coloniale', d'une annexion, ou d'une forme dérivée de domination, comme le protectorat ou la tutelle. Il s'agit alors d'une 'libération-sécession' »⁵⁷ parce que lorsqu'un mouvement de libération nationale se construit, sa création à la base vient du constat que le peuple dont il est issu a besoin d'être représenté pour lutter, quelque soient les moyens, pour l'exercice de ses droits et libertés bafoués. Progressivement, le mouvement cherchera à asseoir sa représentativité de manière à rendre sa lutte plus forte et efficace. La correspondance entre les notions de peuple et de MLN vient donc, factuellement, de la correspondance dans leurs aspirations et de l'identification de leur lutte. L'outil qui leur sera commun sera alors l'exercice du droit à l'autodétermination.⁵⁸

En outre, il est important de mettre en exergue que le Nord du Mali représente les deux tiers du territoire du pays, mais que seul un faible pourcentage de la population y vit. En effet, il n'y a que dix pour cent de la population du pays qui résident dans cette partie du Mali. Dans ces dix pour cent, le groupe le plus important correspond aux Touaregs qui forment une population se subdivisant elle-même en trois grandes fédérations⁵⁹. Ce qui nous pousse à dire que le MNLA ne représente que lui-même, ainsi ce mouvement s'est trouvé buté à un problème de légitimité dans la mesure où une frange partie des communautés issues de la fantomatique « Azawad » ne se

⁵⁵ C. LAZARUS, « Le statut des mouvements de libération nationale à l'Organisation des Nations Unies », *AFDI*, 1974, pp. 173-200 ; N. QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit International Public*, 2^e ed, LGDJ 2^e éd., 1980, pp. 455 et s.

⁵⁶ Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ? Dans *Civitas Europa* 2013/2 (N° 31), pages 19 à 33

⁵⁷ Alain GANDOLFI, *Les mouvements de libération nationale*, Paris, PUF, 1989, pp. 15. Cet auteur définit le phénomène « micro-colonial » comme « une certaine forme d'irrégentisme, du refus d'un peuple, d'une ethnie, de vivre en tant que minorité dans le même ensemble étatique qu'un autre » (p. 19), op cit par D. SOW P39.

⁵⁸ Caroline WALTER : La reconnaissance des mouvements de libération nationale comme élément de mise en œuvre du droit des peuples de choisir leur propre régime politique p46, université de Québec, faculté de science politique et de droit, décembre 2008.

⁵⁹ Selon P. GOURDIN, on trouve les Kel Adrar (dans la région administrative de Kidal), la branche Kel Ataram des Iwellemmeden (dans la région administrative de Gao) et les Kel Antessar ou Kel Ansar (dans la région administrative de Tombouctou), v. « Géopolitique du Mali : un Etat failli ? », à l'adresse suivante : (<http://www.diploweb.com/Geopolitique-du-Mali-un-Etat.html#.UZ8Z75zEmkw>).

reconnait pas dans les revendications indépendantistes du MNLA.⁶⁰ Alors, même si on soumettait cette question d'indépendance de l'azawad au référendum comme ce fut le cas au Soudan, l'on est en droit de dire que les maliens s'opposent dans la mesure où c'est une infime partie de la population qui est favorable au détriment de la majorité. Autre élément très intéressant est que le mouvement indépendantiste avait pactisé avec les djihadistes d'AQMI et Ansardine pour chasser les forces de défense et de sécurité maliennes dans les trois régions quand bien même que ces différentes entités n'avaient pas les mêmes objectifs. Le premier voulait l'indépendance et le second un Etat islamique. C'est pourquoi, après la débandade des FAMA, les djihadistes ont pris le contrôle pour isoler par la suite le MNLA. Donc, Il n'est pas étonnant que l'autre mouvement rebelle touareg, Ansar Dine, ne participe pas à cette Déclaration, puisque comme l'expriment ses différentes prises de positions, pour lui, seul importe la mise en œuvre de la charia et non l'indépendance du nord-Mali⁶¹.

En effet, lorsqu'on appréhende l'Azawad, dans l'hypothèse de l'indépendance, des doutes peuvent même être émis quant à sa capacité de s'arroger certaines des prérogatives régaliennes : la difficulté d'implanter de « réelles » frontières dans la région sahélo-saharienne, la faible capacité de résilience de la population ou encore les impératifs sécuritaires sont autant d'éléments qui mettent en doute la validité d'un « Etat de l'Azawad ». Dans cette perspective, nous pouvons considérer que l'institution d'une frontière ne garantirait ni l'apaisement des relations avec le gouvernement malien ni la pérennité de l'entité sécessionniste. Les exemples érythréen et soudanais illustrent bien les enjeux auxquels doivent faire face les gouvernements issus de rébellions. La recherche de l'appropriation du pouvoir peut également mener à l'émergence de conflits internes, comme cela fut le cas dans ces deux exemples, les clivages propres à ceux de la société touarègue pouvant être facilement exploités dans le cadre des rivalités politiques. Une frontière administrative paraît ainsi plus à même de répondre aux attentes des populations. Une fois encore, ce dernier modèle ne peut fonctionner qu'à la condition de voir une réelle volonté émerger de la part de toutes les parties prenantes ; le cas échéant, le conflit restera latent sans qu'aucune sortie de crise durable ne puisse être sérieusement envisagée.⁶²

⁶⁰ Il ya eu des manifestations des ressortissants du nord du Mali à l'intérieur comme à l'extérieur pour montrer à la communauté internationale qu'ils sont contre l'indépendance proclamé par le MNLA. Ces manifestations ont coupé les ailes du MNLA et la communauté internationale en a pris acte.

⁶¹ Ibid Batyah Sierpinski : La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ?

⁶² Déborah Guidez : La viabilité des frontières africaines au regard des revendications d'ordre identitaire Les exemples de Bakassi et de l'Azawad p41, Institut Royal Supérieur de Défense Centre d'Etudes de Sécurité et Défense, Octobre 2015

C- L'alliance entre le MNLA avec les groupes islamo-terroristes : une volonté manifeste pour créer un Etat « narco-djihadiste » viole le droit international

Depuis le lancement en 2012, des premières grandes offensives du MNLA contre les positions de l'armée malienne dans le grand nord du Mali, plus précisément les camps de Ménaka et d'Aguelhok. Beaucoup d'observateurs ont pu attester la présence des groupes terroristes islamiques notamment An sardine et AQMI aux côtés du MNLA pour attaquer les forces de défense et de sécurité malienne. Une réalité tangible soutenue par les populations locales, les autorités maliennes et quelques leaders du MNLA. Dès lors, il urge de signaler que le MNLA constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales dans la mesure où il s'est allié aux groupes terroristes, qui sont sur la liste noire de l'ONU comme étant des groupes terroristes à abattre. En effet, le comité créé par la résolution 1267 du Conseil de sécurité des Nations unies en 1999 et visant à lutter contre le terrorisme a produit en 2001 une liste d'organisations et de personnes considérées comme proches d'Al-Qaïda ou des talibans, liste régulièrement mise à jour. Parmi ces organisations terroristes figurent Al-Qaïda au pays du Maghreb islamique (AQMI) depuis le 6 octobre 2001, Ansar Dine ou Ansar Eddine, 20 mars 2013.⁶³ En septembre 2006, Interpol a diffusé cette liste en collaboration avec l'ONU. Ces personnes sont susceptibles de sanctions du Conseil de sécurité des Nations unies. Elles sont recherchées mondialement dans le cadre de la Notice Spéciale Rouge d'Interpol, c'est-à-dire qu'elles représentent un grand danger et doivent être retrouvées rapidement.

En ce qui concerne l'alliance entre le MNLA avec les groupes terroristes islamistes, il convient de signaler que les différentes visions du territoire présentées ne s'excluent pas forcément et l'adhésion à celles-ci semble parfois plus liée à la conjoncture et aux rapports de force sur le terrain. Le MNLA cherche ainsi dès les premières semaines qui suivent « l'indépendance » à éviter toute confrontation. Le mouvement tient, d'une part, à ménager les différentes sensibilités qui s'expriment au sein de la communauté touarègue en particulier, mais aussi à protéger le « projet azawadien » en donnant le temps au « Conseil Transitoire de l'État l'Azawad » (CTEA) de mettre en place les premières mesures administratives et sécuritaires. Une alliance est de ce fait tentée de façon temporaire avec Ansar Eddine. Le 26 mai 2012, dans un « protocole d'accord », le projet « d'indépendance » est soutenu par ce dernier tandis que le MNLA reconnaît le caractère « islamique

⁶³

https://fr.wikipedia.org/wiki/Organisations_et_personnes_consider%C3%A9es_par_l'ONU_comme_proches_d'Al-Qa%C3%AFda_ou_des_talibans#cite_note-5,

» du territoire. Cette « fusion » y est décrite comme étant « dans l'intérêt supérieur de l'Islam et des Musulmans sur le territoire de l'Azawad ». Le 1er juin, ce protocole est dénoncé, notamment par les cadres du MNLA, en raison des coûts politiques en termes d'image que cette association pourrait avoir, mais aussi, localement, par le manque d'engagement pris par Ansar Eddine pour s'attaquer à AQMI et par l'envoi toujours repoussé des listes de ses membres prêts à s'engager au sein du Conseil Transitoire. Les rapports entre les deux groupes se tendent alors que le différentiel de force change. Ansar Eddine dispose de ressources financières plus importantes qui attirent des effectifs supplémentaires, y compris des cadres et des chefs militaires, au détriment du MNLA.⁶⁴

Après 2001, toutes les résolutions de portée générale relatives à la lutte contre le terrorisme ont été prises par référence au Chapitre VII de la Charte des Nations unies.

Le Conseil de sécurité affirme, désormais systématiquement, que "le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations constitue l'une des menaces les plus graves pour la paix et la sécurité" et que "les actes de terrorisme sont tous criminels et injustifiables, quels qu'en soient le mobile, le moment ou les auteurs"

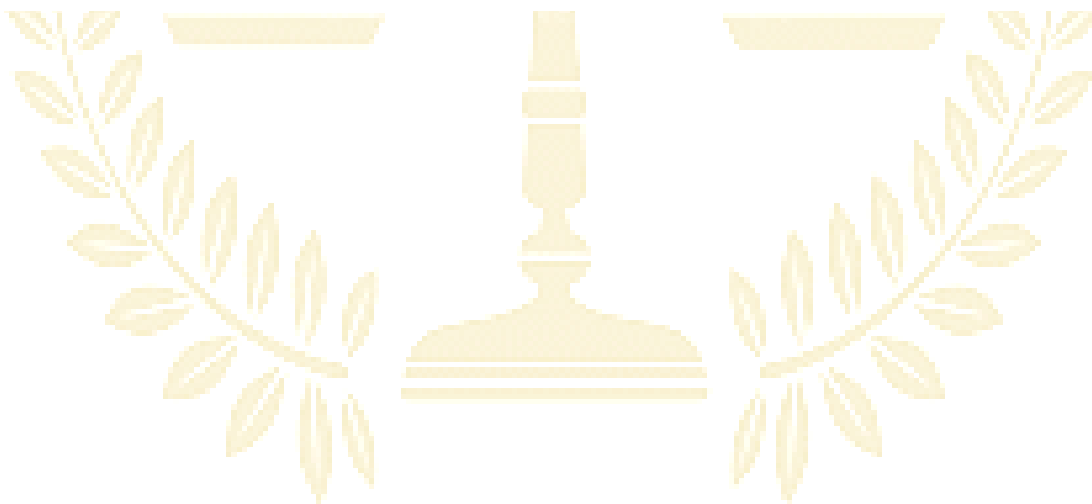
Alors s'allier avec ces derniers constitue sans doute une violation flagrante des conventions internationales du droit international traitant les questions du terrorisme, d'actes de terrorisme. Ce qui veut dire que le MNLA peut être qualifié au regard du droit international étant comme un mouvement indépendantiste ayant non seulement des liens établis avec les groupes terroristes mais aussi ayant contribué à la propagation du terrorisme et d'actes terroristes au Mali et au Sahel. Donc, soutenir aussi que le MNLA est un groupe terroriste n'est pas un déni de la réalité mais une évidence, même si la définition du terrorisme reste ambivalente en droit international.

Conclusion

Le conflit malien déclenché par le MNLA en 2012 est qualifié « d'un conflit sécessionniste » en droit international public. Animé par un mouvement indépendantiste (MNLA) brandissant « le droit des peuples à l'autodétermination » pour obtenir l'indépendance de l'état chimérique de « l'azawad » constitue sans doute une violation du droit international public dans la mesure où la mise en œuvre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été et reste limitée au strict cadre de la décolonisation, laquelle s'est faite en appliquant d'emblée le principe de l'*uti*

⁶⁴ Pauline Poupart L'Azawad comme enjeu des négociations de paix au Mali : quel statut pour un territoire contesté ?, pages 97 à 112 Éditions L'Harmattan 2017/2 N°101

possidetis, principe de droit international destiné à assurer la stabilité territoriale des Etat nouvellement indépendants⁶⁵. Qualifier donc, le MNLA d'un mouvement de libération nationale relève du confusionnisme en droit international dans la mesure où l'on est plus à l'époque de la décolonisation⁶⁶, raison pour laquelle, ce mouvement n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance en tant que tel, ni à l'ONU, ni par des organisations régionales, notamment africaines. Selon GANDOLFI, l'entité peut être catégorisée parmi les MLN « dont l'objectif est de libérer un peuple d'une occupation coloniale, ou 'micro-coloniale', d'une annexion, ou d'une forme dérivée de domination, comme le protectorat ou la tutelle. Il s'agit alors d'une 'libération-sécession' »⁶⁷ parce que lorsqu'un mouvement de libération nationale se construit, sa création à la base vient du constat que le peuple dont il est issu a besoin d'être représenté pour lutter, quelque soient les moyens, pour l'exercice de ses droits et libertés bafoués. Progressivement, le mouvement cherchera à asseoir sa représentativité de manière à rendre sa lutte plus forte et efficace. La correspondance entre les notions de peuple et de MLN vient donc, factuellement, de la correspondance dans leurs aspirations et de l'identification de leur lutte. L'outil qui leur sera commun sera alors l'exercice du droit à l'autodétermination.⁶⁸Tel n'a pas été le cas avec le MNLA en 2012.



65 Batyah Sierpinski: La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali ? Dans *Civitas Europa* 2013/2 (N° 31), pages 19 à 33

66 C. LAZARUS, « Le statut des mouvements de libération nationale à l'Organisation des Nations Unies », *AFDI*, 1974, pp. 173-200 ; N. QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit International Public*, 2^e ed, LGDJ 2^e éd., 1980, pp. 455 et s.

67 Alain GANDOLFI, *Les mouvements de libération nationale*, Paris, PUF, 1989, pp. 15. Cet auteur définit le phénomène « micro-colonial » comme « une certaine forme d'irrégentisme, du refus d'un peuple, d'une ethnie, de vivre en tant que minorité dans le même ensemble étatique qu'un autre » (p. 19), op cit par D. SOW P39.

68 Caroline WALTER : *La reconnaissance des mouvements de libération nationale comme élément de mise en œuvre du droit des peuples de choisir leur propre régime politique* p46, université de Québec, faculté de science politique et de droit, décembre 2008.

L'étendue du pouvoir budgétaire des autorités des collectivités territoriales décentralisées en droit camerounais

The extent of the budgetary power of the authorities of decentralized territorial authorities under cameroonian law

Page | 141

Par :

BELL MBOUMA Jean Yves

Docteur Ph.D en Droit Public (Université de Yaoundé II)

Résumé :

S'intéresser au pouvoir budgétaire des autorités des collectivités territoriales décentralisées en droit camerounais, passe nécessairement par l'examen de ses fondements et de ses sources. Ceci révèle la présence d'un legs colonial en matière de législation. Cette dernière est tombée en désuétude aussitôt que le Cameroun a opté pour la modernisation de ses finances publiques. Cette modernisation a permis d'asseoir la transparence, de développer la culture de la responsabilité, d'améliorer la gouvernance dans la gestion des finances locales, et d'impliquer le citoyen¹ dans le processus budgétaire, tout en renforçant le pouvoir du chef de l'exécutif en matière budgétaire. Il a donc été question d'arrimer la fonction d'ordonnateur, ainsi que son régime juridique aux nouvelles exigences de la gouvernance financière. Toutefois, les prérogatives relativement exorbitantes attribuées au pouvoir central dans l'installation et le fonctionnement des institutions locales ne créent pas un environnement favorable à l'expression, et à l'approfondissement des libertés locales. De ce qui précède, le constat d'une tutelle matérielle forte, étroite et paralysante à la limite est visible aussi bien sur les organes, que sur les actes des collectivités territoriales décentralisées² (CTD).

Mots clés : Pouvoirs financiers, finances locales, décentralisation, budget local

¹ Art. 40 (1), de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisées (CGCTD)

² Lire MONGBAT (Alassa), et DJODA (Jean marc) « Recherche Sur Le Pouvoir Budgétaire Des Collectivités Territoriales Décentralisées En Droit Public Financier Camerounais », *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, Vol. 5, 12 Décembre – 2020, p. 2209

Abstract :

Taking an interest in the budgetary power of the authorities of decentralized local authorities under Cameroonian, law necessarily involves examining its foundations and sources. This reveals the presence of a colonial legacy in terms of legislation. The latter fell into disuse as soon as Cameroon opted for the modernization of its public finances. This modernization made it possible to establish transparency, develop a culture of responsibility, improve governance in the management of local finances, and involve citizens in the budgetary process, while strengthening the power of the head of government executive in budgetary matters. It was therefore a question of aligning the authorizing officer function, as well as its legal regime, with the new requirements of financial governance. However, the relatively exorbitant prerogatives attributed to central power in the installation and operation of local institutions do not create an environment favorable to expression and the deepening of local freedoms. From the above, the observation of a strong, narrow and ultimately paralyzing material supervision is visible both on the bodies and on the acts of the decentralized local authorities (CTD).

Keywords: Financial powers, local finances, decentralization, local budget

Introduction

La quête de modernisation des finances publiques susmentionnée touche inéluctablement les finances locales, et répond à la nécessité de moderniser les instruments juridiques financiers des collectivités territoriales, pour leur donner des moyens institutionnels leur permettant d'assurer au mieux la gestion des affaires locales. Toutefois, la pratique confirme que, ce n'est pas parce qu'une liberté est proclamée, ou inscrite dans une Constitution qu'elle devient effective. Les libertés locales n'y échappent pas à ce constat, s'agissant particulièrement du principe de la libre administration.

Page | 143

En effet, « Parmi toutes les libertés, celle des communes, qui s'établit si difficilement, est aussi la plus exposée aux invasions du pouvoir³ ». Dès lors, respecter le principe de la libre administration, c'est accepter l'administration locale comme corps autonome ayant un statut, et des devoirs comparables à ceux de l'administration centrale. Dans cette perspective, il prévaudrait une collaboration entre Etat et collectivités territoriales décentralisées, dont les cadres juridique et institutionnel sont organisés par le législateur.

D'emblée, il faut avoir en mémoire, comme le dit si bien Marcel WALINE, « décentraliser, c'est transférer des compétences...⁴ », ce qui signifie que les collectivités territoriales décentralisées (CTD) disposent d'un minimum de pouvoirs. Poursuivant dans le même sens, le Professeur Benoît souligne que, « la rationalité de la décentralisation emporte un mouvement de transfert d'attributions de l'Etat vers les collectivités internes⁵ ». Ainsi, la décentralisation pourrait-elle signifier que l'autorité locale décide, et que l'Etat central lui met à disposition les moyens en vue de lui faciliter l'exécution desdites décisions. Ce n'est pas pour autant reconnaître l'indépendance de la collectivité territoriale vis-à-vis de l'Etat⁶.

Certes, il est largement admis que les limitations et les contrôles sont consubstantiels à toute notion de liberté. Par contre, est préjudiciable à son autonomie, toute tutelle trop étroite sur les organes ou les actes des collectivités territoriales. Martin FINKEN aboutit à la conclusion selon

³ DE TOCQUEVILLE (Alexis), *De la démocratie en Amérique 1*, p. 64.

⁴ WALINE (Marcel.), *Droit Administratif*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1958, p.266

⁵ BENOIT (François Paul), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », in *Eloges en l'honneur de Gustave Perser*, PVG, 1995, pp.32-33

⁶ ABANE ENGOLO (Patrick Edgar), *Traité de droit administratif du Cameroun, Théorie générale et droit administratif spécial*, Paris, L'Harmattan, 2019, p.61

laquelle, « *les pouvoirs de tutelle sur le fonctionnement des organes des communes sont d'une ampleur qui annihile presque toute possibilité d'initiative locale*⁷ ».

S'attarder sur le pouvoir budgétaire des autorités des collectivités territoriales en droit camerounais, revient à questionner son effectivité. En d'autres termes, quel est l'étendue du pouvoir budgétaire des autorités des CTD en droit camerounais ? Cette question est intéressante en ce sens qu'elle met en exergue les rapports entre l'État et les CTD sous l'angle financier. Elle nous plonge inéluctablement dans le champ du droit public financier en général, des finances locales en particulier, mais encore plus de la décentralisation financière.

IL faut entendre par décentralisation financière, la répartition des ressources publiques et l'organisation des rapports financiers entre l'État et les collectivités locales. Elle peut en effet être comprise comme l'ensemble des mécanismes, permettant une mise à disposition des ressources destinées à la prise en charge par les collectivités territoriales des compétences qui leur sont transférées. François Paul YATTA⁸ aborde la décentralisation financière comme la répartition des ressources publiques et l'organisation des rapports financiers entre l'État et les collectivités territoriales. Selon lui, elle implique « *la définition d'un champ de ressources propres pour les collectivités territoriales, l'identification d'un champ de ressources partagées entre l'État et les collectivités territoriales, et les transferts des ressources du budget de l'État à celui des collectivités territoriales*⁹ ».

Il est nécessaire de questionner les fondements, et les sources du pouvoir budgétaire local (I) d'une part, et de s'intéresser au contenu du pouvoir budgétaire de ces exécutifs des organes des CTD qui se retrouve très limité quant à son effectivité (II) d'autre part.

I- LE QUESTIONNEMENT DES FONDEMENTS ET DES SOURCES DU POUVOIR BUDGETAIRE LOCAL EN DROIT CAMEROUNAIS

S'il ne fait l'ombre d'aucun doute que la Constitution et la décentralisation entretiennent des rapports très étroits¹⁰, il n'en demeure pas moins vrai que, c'est toujours dans la Constitution

⁷ FINKEN (Martin), *Commune et gestion municipale au Cameroun : Institutions municipales-Finances et budget-Gestion locale- Interventions municipales*, Autoédition, 1996, p.104

⁸ YATTA (François Paul), « La décentralisation financière en Afrique Succès, problèmes et contraintes », Paris, *PDM*, Mai 2000, p.14

⁹ YATTA (François Paul), *op.cit.* p.16

¹⁰ FAVOREU (Louis), « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p.1259

que l'on décèle les rapports entre les finances et la décentralisation¹¹. Il est opportun de rechercher les bases juridiques du pouvoir budgétaire local qui révèlent la présence de la colonisation (A). Toutefois, la rareté des textes concernant le droit public financier en général, ainsi que l'obsolescence de ceux existant en particulier, induit l'impératif de reformer le droit budgétaire local (B).

A- La présence de la colonisation dans les fondements du pouvoir budgétaire local

L'empreinte de la colonisation est avérée en ce qui concerne les fondements du droit budgétaire camerounais. En effet, l'histoire du Cameroun sous mandat, et sous tutelle n'est pas sans conséquences sur l'évolution de son droit¹². Dès lors, le droit applicable aux collectivités locales du Cameroun nouvellement indépendant était le droit colonial français¹³. Il est donc nécessaire d'analyser l'influence de la colonisation quant au fondement du droit budgétaire camerounais (1) d'une part, ainsi que le processus de modernisation des finances publiques, et la volonté du législateur d'affirmer l'autonomie du droit budgétaire camerounais (2).

1- L'influence de la colonisation dans les fondements et les sources du droit budgétaire camerounais

L'étude historique est très importante quant à la compréhension du phénomène juridique. C'est d'ailleurs dans ce sens que René SAVATIER affirme que l'histoire est pour le juriste « *un instrument de comparaison et l'initiation à la genèse*¹⁴ ». Il existe ainsi un lien certain entre l'histoire et le droit, car la recherche juridique trouve dans l'histoire les racines du droit actuel. Le droit budgétaire dont il s'agit ici, c'est celui qui tire ses racines en France, et introduit au Cameroun par le biais de la colonisation. Il est indéniable que le Cameroun a été un protectorat allemand, toutefois, la véritable formation initiale du régime financier a commencé avec la présence française.

Lors de son accession à l'indépendance, le jeune État camerounais, nouvellement indépendant dispose d'un outillage juridique qui reste un « bien d'importation ». En effet, les textes

¹¹ DOUAT (Etienne), « Décentralisation et finances publiques », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de FRANK MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, pp.103-126

¹² ONDOA (Magloire), *Introduction historique au droit camerounais : La formation initiale. Elément pour une théorie de l'autonomie des droits africains*, Doctrine Juridique Africaine et Malgache, Les Editions le Kilimandjaro, p.109

¹³ Hilaire KOUOMEGNE NOUBISSI, *op.cit.*, p.102

¹⁴ SAVATIER (René), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959, T.I, n°315

qu'il applique en général, et en particulier en matière financière ressemblent étrangement à ceux de l'ex-colonisateur, ils en sont le calque. Ce qui n'étonne point, car ils en sont un héritage direct. Avant son accession à l'indépendance en effet, le Cameroun était régi par les textes de l'administration coloniale française. Celle-ci, compte tenu du contexte de cette époque, les avait taillés à la mesure de l'efficacité de son action sur les territoires coloniaux. En effet, le droit colonial émanait en majeure partie des décrets qui étendaient aux colonies l'application des lois métropolitaines. C'est alors que des dispositions du droit international permettaient au Chef de l'Etat français d'assurer l'exécution des traités dans le territoire sous mandat du Cameroun, il en résulte un régime législatif identique¹⁵.

Le budget colonial était étroitement rattaché au budget de l'Etat français. Parmi ces textes, le plus important est sans doute le décret du 30 décembre 1912 portant régime financier des colonies. En effet, ce texte a été la base de l'élaboration des diverses lois des finances en fixant les règles de son élaboration, de son exécution ainsi que les règles relatives à la compatibilité publique. La clause de dépendance du régime financier résulte de son titre deuxième relatif au budget du service local. L'article 57 dudit décret précisait que dans chaque territoire, et dans les pays de protectorat relevant du ministère de la France d'outre-mer, le gouverneur représentait le territoire dans tous les actes de la vie civile, et dans les groupes de territoires constitués en gouvernements généraux. Le gouverneur général représentait le groupement pour les actes intéressant les finances du gouvernement général. Et le gouverneur de chaque territoire du groupe était le représentant légal du territoire pour tous les actes intéressant exclusivement les finances locales.

Ainsi, le budget du Cameroun était déterminé par la France. Il y existait deux budgets à savoir, le budget français qui payait ses fonctionnaires, et le budget spécial du territoire alimenté par les ressources propres du territoire, et qui assurait le règlement des dépenses locales. Le budget colonial, ainsi que les divers budgets locaux de la métropole, devaient obtenir l'approbation de l'autorité centrale, représentée par le gouverneur. C'est à ce dernier qu'appartiendra le soin d'arrêter le budget et d'en autoriser l'exécution. L'établissement du budget local comprend trois étapes successives. Il s'agit d'abord de la préparation sous la conduite des agents exécutifs. Ensuite il y a le vote au cours des délibérations du conseil général ou conseil d'administration. Et enfin on retrouve l'approbation du gouverneur.

¹⁵ NGANDO (Blaise Alfred), *La présence française au Cameroun (1916-1959) : Colonialisme ou mission Civilisatrice* ? Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 51

Le budget local est divisé en recettes ordinaires, recettes extraordinaires, dépenses ordinaires et dépenses extraordinaires. Son exécution met en exergue d'un côté des ordonnateurs faisant emploi des crédits ouverts, liquidant et mandatant les dépenses. De l'autre côté se trouvent les comptables payant ces dépenses, et percevant les recettes. Aux colonies, les fonctions d'ordonnateur du service local ont été attribuées au gouverneur. Celles de comptable sont confiées au trésorier-payeur pour le service des dépenses, tandis qu'elles se partagent pour le service des recettes entre ce fonctionnaire et d'autres agents de perception.

Somme toute, malgré son accession à l'indépendance, la marque de la colonisation reste présente dans les textes camerounais. En effet, à l'indépendance, le premier souci des nouveaux dirigeants a été d'organiser la vie civile, politique, économique et administrative du pays. Dans ce sillage a été adoptée, avec d'autres textes fondateurs de la nouvelle république, l'ordonnance du 07 février 1962. Le texte et l'esprit de cette ordonnance sont une sorte de continuité des textes de la période coloniale, caractérisée par la prépondérance de l'exécutif et de son bras séculier administratif en matière financière. Ainsi, dans le rapport des pouvoirs qui se trame en matière budgétaire et financière locale, le pouvoir exécutif est maître du jeu.

2- L'affirmation de l'autonomie du droit budgétaire local par le législateur camerounais

Comme toute règle de droit, le droit budgétaire doit savoir évoluer avec son temps. La gestion orientée vers les résultats n'est pas complètement absente de la conduite de l'action publique dans le paysage camerounais. Le droit budgétaire regroupe l'ensemble des règles, juridiques ou coutumières qui régissent le fonctionnement des finances de l'Etat. L'ordonnance n° 62/OF/4 du 7 février 1962, réglant les modes de présentation, les conditions d'exécution du budget de la république du Cameroun, de ses recettes, de ses dépenses et de toutes les opérations s'y rapportant est le document cadre régissant les finances publiques camerounaises. Adopté au lendemain de l'indépendance et de la réunification du pays, ce texte remplace les anciens textes coloniaux, notamment le décret français du 30 décembre 1912 sur le régime financier des colonies.

Depuis le 1^{er} Janvier 1960, date de son accession à la souveraineté internationale, l'Etat du Cameroun a connu une dynamique institutionnelle issue des révisions constitutionnelles successives. Ces grandes mutations n'ont pas fondamentalement influencé le cadre juridique des finances publiques, de sorte qu'il a fallu attendre 2007, notamment la loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 pour consacrer un nouveau régime financier à l'Etat. Entre temps, la loi n° 74/18 du 5 décembre 1974, modifiée en 1976 a été promulguée, pour régir le contrôle des ordonnateurs,

gestionnaires et gérants de crédits publics. Ensuite, le décret n° 77/41 du 3 Février 1977 a fixé les attributions et l'organisation des contrôles financiers. Et enfin, le décret n° 2013/159 du 15 Mai 2013 a complété ce corpus juridique, en déterminant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques.

L'actualité financière est marquée ces dernières années par un regain et une forte résurgence de la notion de contrôle des finances publiques, et de celles qui lui sont connexes, notamment la performance, l'audit, ainsi que l'évaluation. De même, les exigences de transparence financière sont amenées à occuper une place prépondérante dans la sphère financière publique. Considérations justifiées par le souci d'apprécier, et d'évaluer l'efficacité de la dépense publique, afin de s'assurer que les fonds mobilisés sont utilisés pour les fins souhaitées. La discipline budgétaire exige en effet que, les enveloppes budgétaires soient correctement utilisées, et qu'elles correspondent aux besoins exprimés par les citoyens-contribuables. La mise en place de systèmes de contrôles financiers publics « robustes » est ainsi la première étape dans la modernisation de la gestion publique, et la promotion de la « bonne gouvernance des finances publiques ». Le Cameroun s'est inscrit dans cette démarche.

Au fil des années, notre dispositif a connu des évolutions sensibles en réponse aux exigences des bailleurs de fonds, ainsi qu'à la volonté des autorités publiques du Cameroun de moderniser la gestion publique, dans un environnement marqué par le désir d'assainir les finances publiques, de promouvoir la transparence, et de mettre en place des mécanismes d'une gestion axée sur la performance. Il a été question pour le législateur camerounais d'arrimer la fonction d'ordonnateur, ainsi que leur régime juridique aux nouvelles exigences de la gouvernance financière, et se détacher finalement de cet héritage colonial.

Dès lors le législateur fait de l'ordonnateur un véritable manager en matière budgétaire. Cette fonction découle de la mise en œuvre du budget programme. Ainsi, l'ordonnateur est chargé de définir les objectifs et les priorités sur lesquels se fondent les programmes indicatifs, de sélectionner et adopter les programmes indicatifs ; de préparer, présenter et instruire les programmes ; de préparer, négocier et conclure les marchés. Il a la charge de la coordination, la programmation, et le suivi de la mise en œuvre des programmes. Il doit également suivre, et évaluer les effets et résultats des programmes, assurer une exécution adéquate, rapide et efficace des programmes.

En clair, la fonction managériale exige des ordonnateurs les qualités de managers publics. Car, il est non seulement tenu de fixer les objectifs généraux, mais surtout de mobiliser les moyens pour atteindre les objectifs initialement fixés et les résultats escomptés. Il va sans dire qu'avec cette fonction managériale, l'ordonnateur associera à sa fonction administrative, celles de la bonne exécution des programmes¹⁶, et de la production du rapport annuel de performance¹⁷. Dans ce contexte, il a semblé utile pour des besoins opérationnels, que l'ordonnateur puisse désigner un responsable pour la coordination des actions, des activités et des tâches de chaque programme, à savoir le responsable de programme¹⁸.

À en croire le Professeur Gérard Martin PEKASSA NDAM, ce dernier est « *une personne physique à qui incombe l'obligation légale de faire bon usage des crédits publics qui lui sont affectés dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de service public*¹⁹ ». Sa mission principale réside dans le pilotage²⁰, et la coordination²¹ de l'ensemble du programme, et trouve son fondement dans la loi portant régime financier de l'État qui dispose que, « *sur la base des objectifs généraux fixés par le ministre, le responsable de programme détermine les objectifs spécifiques, affecte les moyens et contrôle les résultats des services chargés, sous sa responsabilité de la mise en œuvre du programme. Il s'assure du respect des dispositifs de contrôle interne et de contrôle de gestion*²² ».

B- L'impératif de réformer le droit budgétaire local

Dans un environnement où, le credo de la discipline budgétaire semble être de mise, en raison des engagements des autorités vis-à-vis des partenaires au développement, la démarche de performance ne pouvait se limiter au pilotage des seules administrations d'assiette, sans envahir le cercle des administrations de gestion quotidienne. Autant, il apparaît aujourd'hui impérieux de mobiliser davantage de ressources budgétaires, autant la maîtrise de la dépense constitue un souci pour les autorités gouvernementales.

¹⁶ Art. 409 (4), CGCTD

¹⁷ Le manuel de pilotage et d'exécution du budget programme, janvier 2013, p.13.

¹⁸ Art.435 « *Le responsable de programme est désigné par décision du chef de l'Exécutif de la Collectivité Territoriale.* »

¹⁹ PEKASSA NDAM (Gérard Martin), « La dialectique du responsable de programme en finances publiques camerounaises : recherche sur les nouveaux acteurs budgétaires », in MEDE N. (dir.), *Les nouveaux chantiers des finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, Dakar, L'Harmattan, 2019, p.308.

²⁰ Manuel de pilotage et d'exécution du budget programme, *op.cit.*, p. 23.

²¹ *Idem.*

²² Art.69, loi du 11 juillet portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques

Dès lors, la modernisation des finances locales met en exergue l'obsolescence des textes fondateurs du droit budgétaire, dont l'idéologie ne cadre plus avec les objectifs des autorités en charge des finances publiques. Plusieurs raisons justifient la nécessité de réformer le droit budgétaire (1). Cependant cette volonté de modernisation du droit budgétaire reste très entravée (2).

1- La nécessité de réformer le droit budgétaire camerounais

Le droit budgétaire camerounais issu de l'ordonnance de 1962 a été adopté dans le contexte post-indépendance. Au moment de l'accession à l'indépendance, les finances publiques sont en grande partie dépendantes de la conjoncture internationale, et notamment des prix de produits d'exportation. Les ressources publiques sont importantes du fait de la bonne tenue, sur le marché internationale des produits de base, tels que le cacao, le café, le pétrole et autres minerais. A l'inverse, les dépenses ne sont pas exorbitantes. Cette embellie de l'économie et des finances de l'Etat, a pour corollaire une gestion publique qui ne subit pas les contraintes liées à l'efficacité et à la performance. Les politiques publiques sont alors évaluées non sur la base des résultats atteints, mais sur la capacité de mobilisation des moyens et de leur utilisation.

La contrainte de véritablement asseoir la nécessité de gérer autrement vient de la grave crise économique du début des années 1980. Cette crise va créer une raréfaction des ressources, et contraindre les responsables publics à rationaliser les dépenses, mais surtout, à ne dépenser que ce qu'il y a. A la fin de la période de crise, le constat est désormais fait que, le droit budgétaire est inapte à appréhender les nouveaux enjeux de performance, et d'efficacité des finances publiques. En effet, le texte de 1962 a non seulement vieilli, mais aussi est de moins en moins un instrument de management moderne de l'Etat.

Aux côtés de l'ordonnance de 1962 qui constitue la charpente originelle du régime financier de l'Etat camerounais, les lois de finances annuelles apparaissent comme des sources permanentes d'encadrement de l'activité financière de la puissance publique. Préparées dans leurs volets recettes et dépenses par les administrations compétentes, la loi de finances s'est toujours appuyée sur la philosophie d'un budget de moyens, plutôt qu'un budget de résultats.

Outre le reproche qui lui est fait de porter des dispositions devenues obsolètes d'une part, et de ne pas suffisamment tenir compte des préoccupations de performances d'autre part, le régime financier du Cameroun n'apparaît plus pour beaucoup comme un instrument pertinent, susceptible

de mobiliser le peu de ressources disponibles pour une action publique d'efficacité. C'est alors qu'une réflexion s'est engagée au sein de l'administration publique camerounaise pour doter le pays d'un cadre juridique nouveau, qui répare les défauts et les insuffisances du texte de 1962.

Le régime financier des CTD fixe donc le cadre de la gestion de leurs ressources en s'appuyant sur la réglementation en vigueur, et instaure, de manière plus explicite la gestion axée sur les résultats dans la gestion des finances publiques au niveau local. Car en effet, appliqué au niveau de l'administration centrale depuis 2013, le budget programme est progressivement introduit au niveau local dans la perspective d'un arrimage complet de toutes les collectivités territoriales à ce mode de gestion, avec par ricochet, un changement dans le processus de la reddition des comptes.

Dans ce sens, le régime financier des collectivités territoriales de 2019, par le biais de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisées (CGCTD), met à leur disposition un outil de rationalisation de leur démarche dans la planification, la programmation, la budgétisation, l'exécution et le suivi-évaluation des programmes, en encadrant les processus de gestion pour le pilotage de l'action publique locale par la performance. Il permet *in fine* d'asseoir la transparence, de développer la culture de la responsabilité, et d'améliorer la gouvernance dans la gestion des finances locales. En définitive, le nouveau régime financier des collectivités territoriales ambitionne de contribuer à accroître les ressources financières des CTD, et d'impliquer le citoyen²³ dans le processus budgétaire.

2- Les entraves à la modernisation du droit budgétaire

La quête de modernité en ce qui concerne les finances publiques en général, et locales en particulier rencontre bien évidemment des difficultés d'adhésion à cette nouvelle philosophie. Cette dernière est liée à la quête de performance nécessitant l'adoption des textes budgétaires intégrant l'exigence de résultats. Dans ce cadre les mesures envisagées par les autorités camerounaises visent à redresser l'économie. Ceci passe par la prise en compte de la performance qui s'insère irréversiblement dans les pratiques. Ainsi, face aux exigences de résultats imposés par les bailleurs de fonds internationaux, et à la forte demande de bien-être formulée par les populations, le besoin de performance se heurte à des résistances.

²³ Art.381 du CGCTD « *La population est tenue informée des grandes étapes de la procédure budgétaire et de leurs enjeux économiques, sociaux et financiers* ».

Celles-ci se justifient par l'absence d'un véritable cadre de référence. Le pilotage des performances dans le domaine des finances publiques suppose donc, au-delà du discours déclaratoire, une adhésion des acteurs sociaux et surtout le ralliement de l'ensemble des composantes de l'Administration. Les difficultés actuelles de l'administration camerounaise sont liées à un héritage de pratiques peu propice à l'émulation que renforcent des résistances intrinsèques qu'il convient de contourner.

Pour plusieurs raisons, la culture des résultats qui semble aujourd'hui être le référentiel de la nouvelle gestion publique peine à s'insérer dans les habitudes administratives camerounaises, même si certains secteurs d'activités en ont fait un point de mire dans le cadre de leurs stratégies. Il apparaît au départ que le cadre administratif importé s'inscrit dans une rationalité managériale embryonnaire baignant dans une perception de la puissance publique inadaptée aux enjeux de l'heure.

Le mode de gestion légale et rationnelle entre au Cameroun avec la pénétration coloniale allemande, française et anglaise. A ce moment, ce qui importe pour le personnel administratif est l'accomplissement de certaines prestations publiques, et l'exécution des missions purement sécuritaires. Les finances de l'Etat n'ont pas encore gagné en volume, leur mobilisation ne se fonde pas encore sur des techniques fiscales sophistiquées, et l'aide au développement ne constitue pas encore un enjeu particulier à l'échelle internationale. Cette administration souple qui accompagne le pays à l'autonomie, puis à l'indépendance ne connaît pas les contraintes de la performance publique. Elle est la transposition quasi fidèle des techniques et pratiques administratives usitées par la métropole, sujette à une euphorie liée à la croissance économique d'après-guerre.

Avec l'arrivée de l'indépendance en 1960, les techniques générales qui connaissent un immense succès dans les contextes anglo-saxons, et particulièrement dans le secteur privé, tardent à se répandre dans l'ensemble des pays africains davantage préoccupés par la volonté de bâtir l'unité nationale, et engager la bataille pour le développement. Les élites administratives sont formatées dans le créneau, et les administrés voient surtout dans l'appareil d'Etat, l'instrument de répression de la puissance colonisatrice. Le recrutement de l'élite formée le plus souvent à l'étranger, n'apporte pas un changement en ce qui concerne la façon de piloter les organisations, et manier les deniers publics. Les règles d'organisation de la fonction publique sont orientées vers la carrière, et non sur le management. En effet, l'importance pour le gestionnaire de crédits, et pour le contrôleur des finances publiques, est la régularité des opérations, leur conformité aux règles

préétablies, et non leur orientation vers la performance. C'est le règne de la rationalité juridique au détriment de la rationalité managériale²⁴.

Pourtant, le monde opère en matière de gestion des finances publiques, une mutation menant droit vers une gestion orientée vers les résultats. L'appel à la performance qu'implique l'actuel enjeu libéral, ne cadre pas avec la conception camerounaise d'un Etat fort, acteur multisectoriel de la vie nationale. Ce conservatisme pour légitime et naturel qu'il soit, n'est pas de nature à favoriser l'émergence d'une culture des résultats.

II-LE POUVOIR BUDGETAIRE DES CTD LIMITE QUANT A SON EFFECTIVITE

Tout commence et tout aboutit au budget, acte cardinal de la gestion locale pour toute entité publique. Le maire, le président du conseil régional, ainsi que le président du conseil exécutif régional doivent préparer le budget, qui devra ensuite être approuvé par l'assemblée délibérante de la collectivité, selon les principes qui régissent l'élaboration des budgets publics.

Que ce soit dans le suivi de l'exécution budgétaire ou dans le processus d'élaboration du budget, le maire financier doit exercer sa vigilance de stratège financier sur tous les points, en s'appuyant quand cela est possible, sur les techniciens qui l'entourent et le conseillent. Les défis qui attendent les exécutifs des CTD ne sont pas minces. Leurs marges de manœuvre financières sont très étroites, et leurs capacités seront mises à rude épreuve car, les attentes des populations qui les ont élus resteront pressantes. On se rend donc compte qu'au regard de la loi du 24 décembre 2019, le législateur a transféré, comme sa devancière, une kyrielle de compétences aux exécutifs des CTD, en matière de préparation et d'exécution budgétaire. Ils bénéficient depuis l'avènement de la décentralisation, d'un certain nombre de prérogatives en matière de dépenses et de recettes. Ces prérogatives mettent en lumière un pouvoir de nature budgétaire dont il sied de s'attarder sur sa matérialisation (A) d'une part, ainsi que sur son étendue (B) d'autre part.

A- La matérialisations du pouvoir budgétaire des autorités CTD

Le code général des collectivités territoriales décentralisées dispose que le régime financier des collectivités territoriales fixe l'ensemble des règles relatives à la nature, au contenu, à la présentation, à l'élaboration, à l'adoption, à l'exécution et au contrôle de l'exécution des budgets

²⁴ CHEVALIER (Jacques) et LOSCHAK (Daniel), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'Administration française », *Revue Française d'Administration Publique*, N°24, 1982

des régions, communes, communautés urbaines, syndicats de communes, établissements publics régionaux et communaux ou de toute autre collectivité territoriale créée par la loi²⁵.

A la suite d'un débat d'orientation budgétaire, l'assemblée délibérante va passer au vote du budget, et enfin, après approbation par l'organe de tutelle, le budget sera exécuté. Qu'elles soient à statut constitutionnel ou législatif²⁶, les collectivités territoriales décentralisées disposent chacune de son propre budget. D'ailleurs, certains ont parlé d'une diversité organique du budget des CTD en droit camerounais. L'élaboration de ces budgets passe par une préparation du projet du budget primitif, mais aussi par son adoption précédée du débat d'orientation budgétaire initié par les exécutifs des CTD. Le pouvoir d'élaborer le budget (1) et de l'exécuter (2) reconnu aux exécutifs des CTD constitue inéluctablement la manifestation de la détention d'un pouvoir financier de nature budgétaire.

1- Le pouvoir d'élaboration du budget des CTD

S'il est clair que la loi n°2009/011 du 10 juillet 2009 portant régime financier des CTD situait la préparation du budget local dans la perspective du budget des moyens²⁷, la loi du 24 décembre 2019, qui l'a abrogée, en a préféré la tendance du budget des résultats²⁸. D'où l'arrimage des collectivités territoriales décentralisées à la logique du budget programme. L'on peut alors dire sans risque de se tromper que, la compétence de préparation budgétaire incombe à l'exécutif de la collectivité territoriale concernée²⁹.

La procédure budgétaire au niveau local comporte plusieurs étapes, dont la préparation qui incombe au chef de l'exécutif municipal³⁰. Cette première phase consiste en l'élaboration du projet de budget à soumettre à l'organe délibérant. Elle vise à la collecte, et à la consolidation des informations devant y figurer. Il faut tout de même rappeler que, le projet de budget est élaboré en se référant aux prévisions, et aux réalisations budgétaires des exercices précédents, à la lettre-

²⁵ Art.372 (1), du CGCTD

²⁶ GUIMDO DONGMO (Raymond-Bernard), « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun : contribution à l'étude de l'émergence d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées », *Revue générale de droit*, Vol. 29, N°1, Décembre 1998, p.79.

²⁷ Art.14 loi N°2009/011 du 10 juillet 2009 portant régime financier des CTD

²⁸ Art.372 à 486 du code général des CTD.

²⁹ BABAGNAK (Gabin), *Les collectivités territoriales décentralisées (CTD) au Cameroun : pour un développement de convergence rapide et efficace*, Yaoundé, harmattan Cameroun, Janvier 2013, p.108.

³⁰ Art.416(1), du CGCTD

circulaire conjointe du ministre chargé des collectivités territoriales, et du ministre chargé des finances relative à l'élaboration, et à l'exécution des budgets des CTD³¹.

La réforme du cadre juridique des finances publiques camerounaises, matérialisée par la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, et réaffirmée par la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisées rénove le statut de l'ordonnateur, en faisant de lui un gestionnaire public, à la responsabilité étendue. Le nouveau statut de l'ordonnateur est donc marqué par des mutations dans sa fonction, à travers une dévolution d'attributions de nature managériale et comptable, outre sa fonction d'exécution administrative du budget de la personne publique.

L'élaboration du budget est soumise à des modalités juridiques obligatoires prévues par les lois organiques relatives aux collectivités territoriales. Ces lois accordent, à l'instar du budget de l'Etat, une prééminence au pouvoir exécutif. Le chef de l'exécutif prépare le budget de la collectivité territoriale³². En effet, la responsabilité de la préparation du budget incombe au maire, au président du syndicat de communes, au président du conseil régional et au président du conseil exécutif régional. Cette phase porte essentiellement sur la collecte des données, et vise la consolidation des informations devant figurer dans le budget final. Dès lors, les informations recherchées portent aussi bien sur les recettes que sur les dépenses devant servir de base aux prévisions.

Cette phase de préparation porte essentiellement sur la mise en place d'un cadre budgétaire en prélude au budget primitif de la collectivité, et relève principalement de la compétence des exécutifs locaux. Elle trouve sa légalité dans la loi portant code général des collectivités décentralisées³³. Sur la base du cadre budgétaire à moyen terme, et dans les limites qu'il fixe, l'organe exécutif de la collectivité territoriale établit le cadre de dépenses à moyen terme, décomposant, sur une période minimale de trois ans, les grandes catégories de dépenses publiques

³² Art.416 du CGCTD

³³ Art.374 du CGCTD « *chaque année, l'organe exécutif de la collectivité territoriale établit un cadre budgétaire à moyen terme définissant, en fonction d'hypothèses économiques réalistes, l'évolution sur une période minimale de trois ans :*

- *l'ensemble des dépenses et des recettes de la collectivité territoriale et de ses établissements publics, y compris les financements de l'Etat, des bailleurs de fonds nationaux et internationaux, de la coopération décentralisée, ainsi que de tous autres partenaires ;*
- *du besoin ou de la capacité de financement de la collectivité territoriale et de ses établissements publics;*
- *des éléments de financement, ainsi que du niveau global d'endettement financier de la collectivité territoriale et de ses établissements publics ».*

locales. De ce fait, chaque année, avant le 1^{er} août, l'organe exécutif de la collectivité territoriale transmet à l'organe délibérant les documents de cadrage à moyen terme accompagnés d'un rapport sur la situation économique régionale, ou locale et le niveau d'exécution du budget de l'exercice en cours³⁴. C'est sur la base de ces documents et rapports, que l'organe délibérant tient un débat d'orientation budgétaire, en séance publique, mais sans vote.

Ne l'oublions pas, le budget est essentiellement un acte de prévision. Ainsi, la recherche des données doit se faire avec méthode pour couvrir de façon fiable toute l'année budgétaire. Les exécutifs locaux ont ainsi recours à une diversité de méthodes pour y parvenir. On peut succinctement citer quelques-unes.

La méthode de la pénultième année peut être utile, en ce sens qu'elle consiste à inscrire dans les prévisions budgétaires, les chiffres du dernier exercice exécuté. Entant que méthode, elle offre la simplicité, mais présente cependant l'inconvénient d'afficher des prévisions peu fiables, notamment en cas de forte récession économique. La méthode de la majoration quant à elle, se présente comme étant une amélioration de la méthode précédente. En effet, elle permet de majorer d'un pourcentage censé refléter l'évolution de la situation financière les chiffres obtenus par la méthode pénultième année. Cette méthode peut aboutir à de bons résultats globaux si le taux de majoration est calé sur le taux de croissance réel de l'économie locale. Cependant, même dans ce cas, la méthode présentera l'inconvénient de ne pas refléter la réalité au niveau des chapitres et articles budgétaires, étant donné que les activités économiques générant ces ressources ne réagissent pas de la même manière devant les fluctuations économiques.

Une méthode jugée fiable et dont les exécutifs pourraient se servir lors de la préparation du budget est la méthode de l'évaluation directe. Ici, il est question d'évaluer chaque ressource séparément sur la base des renseignements économiques les plus récents. Toutefois, cette méthode nécessite l'existence d'un bon outil statistique, et c'est précisément là que le bât blesse lorsqu'on connaît la situation économique de plusieurs CTD.

Toutes ces méthodes sont à la disposition des exécutifs locaux. Ces derniers s'en servent lors de la collecte des informations relatives à la préparation du budget. Ainsi donc chaque magistrat municipal a le choix parmi cette multitude de méthodes. En d'autres termes, il n'existe pas une méthode type d'élaboration du budget. Cependant, le constat qui se dégage est que, lors

³⁴ CGCTD, op.cit.

de la préparation du budget, les chefs des exécutifs utilisent le plus souvent un mélange de tout ce qui vient d'être listé comme méthode, avec bien évidemment un zeste d'empirisme³⁵.

La phase de préparation du projet de budget ne s'arrête pas à ce niveau. La prochaine étape du travail porte sur la phase de calcul. En effet, une fois ces données chiffrées, il revient aux chefs des exécutifs, d'élaborer une première ébauche du budget. Les chiffres prévisionnels ainsi obtenus sont repartis par chapitres, articles et paragraphes suivant la nomenclature comptable. Ceci permet d'avoir tous les sous totaux, et totaux des recettes et dépenses. Le budget étant présenté en équilibre, il revient aux exécutifs des CTD de veiller à cela. De la sorte, en cas d'écart positif, c'est-à-dire lorsque les recettes sont supérieures aux dépenses, les exécutifs des CTD pourront par exemple, augmenter les dépenses en programmant d'autres travaux, ou prévoir d'autres acquisitions. Dans le cas contraire, en cas d'écart négatif, c'est-à-dire si les dépenses excèdent les recettes, il s'agira pour les exécutifs de réduire certaines dépenses, bien entendu sans toucher aux dépenses obligatoires.

C'est à l'issue de ces différentes retouches que la balance totale est tirée, et par la suite le projet de budget est présenté par les exécutifs des CTD aux assemblées délibérantes. Il s'en suit donc le débat d'orientation budgétaire.

2- Le pouvoir d'exécution du budget

Il importe de noter que, l'avènement du nouveau régime financier de l'État et des autres entités publiques, a modifié la situation juridique de l'ordonnateur, en ce que de nouvelles fonctions lui ont été affectées, entraînant du même coup une redéfinition de ses responsabilités. S'appesantir sur le pouvoir d'exécuter le budget s'impose, eu égard à la diversité d'intérêts théoriques et pratiques dont recèle une telle préoccupation.

Dès lors, en matière d'exécution du budget, il sied de différencier la phase administrative de la phase comptable en ce qui concerne les opérations de dépenses, ainsi que de recettes. Ceci dit, les opérations liées aux dépenses du budget se déclinent en trois étapes parmi lesquelles, la phase d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement³⁶.

³⁵ FINKEN (Martin), *Communes et gestion municipale au Cameroun : Institutions municipales-Finances et budget-Gestion locale- Interventions municipales*, Autoédition, 1996, Douala impression groupe St François, 1996, p.129

³⁶ Art.445 du CGCTD

La phase d'engagement des dépenses est une étape essentiellement administrative, et constitue le fait générateur de la dépense. En d'autres termes, c'est l'acte juridique qui rend la CTD débitrice. L'engagement revêt aussi un aspect comptable. C'est l'affectation d'une partie des crédits budgétaires à la réalisation de la dépense résultant de l'acte d'engagement. A cette fin, l'ordonnateur doit tenir une comptabilité des dépenses engagées lui permettant de connaître pour chaque chapitre, article par article, paragraphe par paragraphe, le crédit disponible. La comptabilité des dépenses engagées lui permet en fin d'exercice de faire ressortir les dépenses engagées et non liquidées devant figurer au prochain budget. À la différence de l'engagement juridique, cet engagement comptable relève, lui, dans tous les cas des services de l'ordonnateur.

La liquidation est l'étape de vérification de la réalité de la dette, et du montant de la dépense. Ce sont, en principe, les ordonnateurs qui liquident les dépenses. En général, ce sont des agents placés sous l'autorité de l'ordonnateur qui opèrent les vérifications nécessaires, leurs constatations n'étant opposables que si elles ont été endossées par les ordonnateurs. Pour l'essentiel, cette liquidation consiste en deux opérations successives à savoir, la vérification du service fait, et le calcul du montant de la dépense. Elle obéit à la règle suivant laquelle le paiement doit être postérieur à la prestation due.

L'ordonnancement est l'ordre, quelle qu'en soit la forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer une dépense³⁷. C'est donc l'acte administratif par lequel l'ordonnateur, sur la base des résultats de la liquidation, donne l'ordre au receveur de payer la dette de la collectivité territoriale. L'ordre de payer est matérialisé par un mandat de paiement, appelé aussi ordonnance de paiement, délivré par le maire, ou le président de la région, bref par l'ordonnateur, en l'occurrence ici, le chef de l'organe exécutif. Les opérations d'ordonnancement au titre d'une année budgétaire sont arrêtées au 31 décembre³⁸.

En stricte terminologie, le mot ordonnancement devrait être réservé aux ministres qui, seuls, émettent des ordonnances de paiement ou de délégation de crédits, les autres ordonnateurs, notamment ceux des collectivités locales, effectuent un mandatement, par l'intermédiaire d'un mandat de paiement ou, lorsqu'il s'agit de dépenses non budgétaires, d'un ordre de paiement nécessairement accompagné de pièces justificatives.

³⁷ Art.445 CGCTD

³⁸ Art.451(2) CGCTD

Contrairement à l'engagement qui, en réalité, peut émaner de nombreuses personnes, l'ordre de paiement est réservé à l'ordonnateur³⁹. Il ne peut être adressé qu'au comptable assignataire, seul habilité à effectuer les contrôles, de façon à ce que ceux-ci soient centralisés, donc plus efficaces. Cependant, avant de procéder au mandatement proprement dit, le chef de l'organe exécutif doit procéder à la constatation du service fait. Par exemple en ce qui concerne les dépenses en personnel, il faut fournir les états d'effectifs précisant le grade ou l'emploi, la position de présence, la durée du service, la somme due en vertu des lois et règlements, les retenues pour retraites, ainsi que les éventuelles retenues pour créancier. Par ailleurs, pour les achats d'immeuble par exemple, un acte de vente est nécessaire. Pour les loyers, la référence au bail doit être faite. Pour les achats des denrées et matières ou meubles, il faut signaler les marchés, fournir les factures totalisées en chiffres, datées et signées. Pour les frais de procédure, primes, subventions et bourses, dépenses diverses, il faut les copies ou extraits dûment certifiés des arrêtés ou des décisions correspondantes. Pour les travaux de construction, ou de réparation des bâtiments ou des routes, il faut des soumissions et des procès-verbaux d'adjudication, conventions ou marchés, les preuves de versement de cautionnement auquel peut être tenu un fournisseur ou un entrepreneur.

En vertu du principe voulant que, toute dépense soit justifiée, le mandat ou l'ordre de paiement doit être accompagné de pièces justificatives. A l'observation, la production des pièces justificatives est la partie la plus importante de la procédure d'exécution des dépenses publiques. Elle établit en effet la régularité de la dépense devant la population. Toutefois, il peut exister des paiements avant le service fait, tel est le cas pour les avances de traitement, pour les frais de mission, c'est aussi le cas des avances pour les marchés.

Ainsi, dès que tout est en ordre, la dépense peut être payée. Le paiement constitue ainsi la phase ultime du règlement des dépenses publiques. C'est alors l'acte par lequel la collectivité se libère d'une dette. Il est une phase comptable contrairement aux précédentes qui étaient administratives.

Les procédures relatives aux opérations de recettes relèvent également du pouvoir de l'ordonnateur de la CTD. Les opérations de recette ne répondent pas à une procédure parfaitement symétrique à celle des opérations de dépenses. Elles obéissent bien à la règle de séparation des ordonnateurs et des comptables, et font l'objet d'une phase administrative et comptable. Les

³⁹ Art.445 CGCTD

opérations de recettes comportent ainsi trois phases à savoir, l'assiette, la liquidation, et le recouvrement.

L'assiette renvoie simplement à l'ensemble des éléments sur lesquels l'impôt sera prélevé. En terme fiscal, l'assiette est la matière imposable⁴⁰. Les opérations d'assiette portent essentiellement sur les recettes fiscales. Elles constituent la phase administrative et consistent à déterminer le montant de la matière imposable qui est imputable à chaque contribuable.

Le professeur François DERUEL précise que la liquidation de l'impôt suppose que soient définis le fait générateur et les modalités de la taxation⁴¹. Ainsi, est considéré comme fait générateur un fait matériel, ou un acte juridique qui donne naissance à la dette fiscale⁴². C'est alors le fait générateur de l'impôt qui détermine les éléments de l'imposition, le régime applicable à la liquidation, et le point de départ des prescriptions. Liquider l'impôt, c'est déterminer la somme due par les contribuables. Toute créance liquidée fait l'objet d'un ordre de recette émis et rendu exécutoire par l'ordonnateur de la CTD compétent, et appuyé de tous les documents justifiant la régularité de la perception. L'ordre de recette émanant bien entendu du chef de l'organe exécutif de la collectivité, doit indiquer les bases de liquidation de la créance, ainsi que les éléments permettant l'identification du débiteur.

B- L'étendue relative du pouvoir budgétaire des autorités des CTD

La constitution⁴³ autorise la présence de l'Etat au sein de la CTD, et la loi organise les modalités de cette présence sous la forme de tutelle⁴⁴. Ainsi, il leur fournit par la même occasion un appui-conseil pour l'exercice efficace des compétences transférées, et veille à leur développement harmonieux sur la base de la solidarité nationale, des potentialités régionales et communales, et de l'équilibre inter régional et intercommunal⁴⁵. Par ailleurs, la forte institutionnalisation des finances locales entraîne dans la pratique des limites endogènes (1) et exogènes (2) quant à l'exercice du pouvoir budgétaire des autorités des CTD.

⁴⁰ LEKENE DONFACK (Etienne) : *Finances publiques camerounaises*, Paris, Berger-Levrault, 1987, p.260

⁴¹ Lire DERUEL (François), *Finances publiques*, Memento Dalloz, Paris, 1971

⁴² LEKENE DONFACK (Etienne): *Finances publiques camerounaises*, op.cit., p.265

⁴³ Art.55(3), « L'Etat assure la tutelle sur les collectivités territoriales décentralisées dans les conditions fixées par la loi. »

⁴⁴ Art.72(1), « A travers ses représentants, l'Etat assure la tutelle sur les Collectivités Territoriales par le biais du contrôle de légalité. »

⁴⁵ Art.72 (2), CGCTD

1- Les limites endogènes au pouvoir budgétaire des autorités des CTD

La liberté en matière de dépense constitue un élément indispensable au pouvoir budgétaire locale. C'est sans doute dans ce sens que Paul Marie GAUDEMET et Joël MOLINIER soutiennent que, l'autonomie n'est réelle que lorsque la collectivité territoriale dispose d'une grande liberté dans ses dépenses sans être entravée par des dépenses obligatoires, ou par des dépenses interdites, ou soumises à approbation⁴⁶. C'est également dans ce sens que le Doyen VEDEL avance que, l'autonomie financière est cette faculté d'avoir des ressources certes, mais aussi et surtout d'en disposer librement sans contrainte extérieure⁴⁷.

Page | 161

Il est évident qu'on ne peut soutenir une telle analyse lorsqu'on la transpose dans le contexte camerounais, surtout après l'avènement du code général des collectivités territoriales décentralisées. Celui-ci reconnaît l'existence des dépenses obligatoires⁴⁸ et des dépenses interdites devant figurer ou pas dans le budget des CTD. De ce qui précède, l'une des limites au pouvoir budgétaire des CTD camerounaises vient de la nature de ses dépenses.

A ce propos, en matière de dépenses, les communes et les régions camerounaises ne disposent pas des mêmes privilèges que l'Etat. Ce dernier jouit en effet d'une faculté totale de dépenser, puisqu'il est maître de créer ses dépenses, ainsi que les recettes nécessaires pour les équilibrer, et est capable de se désengager de certaines dépenses. Comme le dit si bien Sylvie NGUECHE, la notion de dépenses publiques n'est pas la même pour l'Etat et ses CTD⁴⁹.

Comme nous ne cessons de le rappeler, le pouvoir budgétaire locale suppose aussi une réelle liberté dans l'utilisation des ressources. Certes, le législateur permet aux collectivités territoriales de dépenser les ressources, mais celles-ci n'ont pas la maîtrise de leurs dépenses. En effet, l'utilisation des ressources est strictement encadrée par le législateur qui a pris le soin d'énumérer les dépenses qui s'imposent aux CTD. Il s'agit des dépenses obligatoires⁵⁰ qui doivent impérativement figurer dans le budget de la collectivité. Faisant allusions à ces dépenses dites

⁴⁶ GAUDEMET (Paul-Marie), MOLINIER (Joël), *Finances Publiques*, Paris Montchrestien, 1996, p.176

⁴⁷ VEDEL (Georges), cité par NGUECHE (Sylvie), *La formation de l'autonomie financière des CTD au Cameroun*, *op.cit.* p.32

⁴⁸ Art.403 CGCTD

⁴⁹ NGUECHE (Sylvie), *op.cit.*, p.122

⁵⁰ Art.404 du CGCTD, énumère les dépenses obligatoires devant figurer dans le budget des CTD

obligatoires, le professeur TOBIE HOND avance que, la notion de dépenses obligatoires est à l'évidence contraire au principe de libre administration⁵¹.

En effet, l'existence des dépenses obligatoires est en soi une atteinte à l'autonomie financière formelle des collectivités locales car, avec ces dépenses, le pouvoir de décision des autorités locales disparaît⁵². Le code général des collectivités territoriales décentralisées dispose ainsi que, les dépenses obligatoires sont celles qui sont imposées par la loi⁵³. Elles sont nécessaires au fonctionnement optimal de la collectivité territoriale en raison de l'intérêt particulier qu'elles présentent. A ce titre, elles doivent impérativement figurer au budget.

Les dépenses obligatoires pourraient ainsi dans une certaine mesure réduire, voire même supprimer le pouvoir budgétaire de la collectivité⁵⁴, selon une certaine doctrine. D'autres, auteurs parlant des dépenses obligatoires, avancent que « *la contrainte est très lourde*⁵⁵ ». Dès lors, l'inscription d'office ou impérative de ces dépenses obligatoires dans le budget des CTD empêchent celles-ci de se soustraire à ces dépenses⁵⁶. Toutefois, le volume très important des dépenses obligatoires vide l'autonomie financière matérielle de tout son sens. Ainsi, comme le rappelle Loïc PHILIP, l'autonomie financière suppose que les dépenses obligatoires ne soient pas excessives⁵⁷.

Un autre élément réducteur du pouvoir budgétaire des collectivités territoriales décentralisées est l'interdiction de certaines dépenses. En effet, sachant que les collectivités territoriales, dans le cadre de la décentralisation bénéficient des ressources leur permettant de satisfaire les compétences reçues, la question des interdits devient de ce fait contradictoire à l'idée d'une autonomie budgétaire locale. Logiquement, une collectivité locale ne saurait se voir interdire une compétence. Au sens de la loi, les dépenses interdites sont celles qui sont formellement prohibées par les lois et les règlements en vigueur⁵⁸.

⁵¹ TOBIE HOND (Jean), « De l'autonomie financière des collectivités territoriales décentralisées : L'expérience du Cameroun », *Communication au séminaire de haut niveau sur les stratégies et politiques innovantes de décentralisation dans les pays africains*, Tanger, 27-29 janvier 2014, p.6

⁵² ESSONO OVONO (Alexi), « L'autonomie financière des collectivités locales en Afrique noire francophone. Le cas du Cameroun, de la Côte-d'Ivoire, du Gabon et du Sénégal », *Revue électronique afrilex*, Bordeaux 4, pp. 11

⁵³ Art.403 du CGCTD

⁵⁴ GORSONI Georges, *les dépenses obligatoires*, in histoire du droit des finances publiques, Vol. II, Economica, 1988,

⁵⁵ MARTINEZ (Jean-Claude), *Droit Budgétaire*, Litec, 1999, p.43

⁵⁶ Art.403 du CGCTD « *Les dépenses obligatoires sont celles qui sont imposées par la loi. Elles sont nécessaires au fonctionnement optimal de la Collectivité Territoriale en raison de l'intérêt particulier qu'elles présentent. A ce titre, elles doivent impérativement figurer au budget.* »

⁵⁷ PHILIP Loïc, « L'autonomie financière des collectivités territoriales », *Cahiers du conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p.14

⁵⁸ Art.406 du CGCTD

Ces interdictions seraient contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales, même si, l'on pourrait justifier cela par la défense du caractère unitaire de l'Etat, ou par les difficultés de trésorerie dont traversent la majorité des collectivités territoriales, il n'en demeure pas moins vrai que ces interdictions limitent leur champ d'action en matière budgétaire.

2- Les limites exogènes au pouvoir budgétaire des autorités des CTD

La constitution⁵⁹ autorise la présence de l'Etat au sein de la CTD, et la loi organise les modalités de cette présence sous la forme d'une tutelle⁶⁰. Ainsi, il leur fournit par la même occasion un appui-conseil⁶¹ pour l'exercice efficace des compétences transférées, et veille à leur développement harmonieux sur la base de la solidarité nationale, des potentialités régionales et communales, et de l'équilibre inter régional et intercommunal⁶². Notons d'emblée que la tutelle en soi ne constitue pas une limite au pouvoir budgétaire des exécutifs des CTD. Au contraire, la tutelle constitue la raison d'être de la décentralisation.

Cependant, une présence excessive de l'Etat met en mal la décentralisation financière, en ce sens qu'elle s'apparente à certains égards à une centralisation des finances locales par l'Etat. A titre illustratif, la chaîne fiscale locale reste très concentrée entre les mains de l'Etat. Celle-ci est constituée d'un ensemble d'opérations allant du recensement de la matière imposable à l'évaluation de l'assiette, l'émission des rôles d'imposition, le recouvrement du produit de l'impôt et la gestion du contentieux qui pourrait naître de ces différentes opérations. L'efficacité du système fiscal, et la performance dans les opérations de recensement et d'assiette, voudraient qu'il y ait la plus grande proximité possible entre les structures qui en sont chargées, la matière imposable et les assujettis, afin de préserver l'intégrité de l'assiette fiscale. Or dans la quasi-totalité des Etats africains ayant adopté la décentralisation comme mode de gouvernance territoriale, et au Cameroun en particulier qui constitue notre cadre d'étude, la chaîne fiscale locale reste hyper centralisée au niveau du pouvoir central.

Dans la pratique, les services de l'Etat sont chargés du recensement, de l'évaluation de l'assiette et de l'émission des rôles, et le Trésor du recouvrement. C'est également l'Etat qui fixe

⁵⁹ Art.55(3), « L'Etat assure la tutelle sur les collectivités territoriales décentralisées dans les conditions fixées par la loi. »

⁶⁰ Art.72(1), « A travers ses représentants, l'Etat assure la tutelle sur les Collectivités Territoriales par le biais du contrôle de légalité. »

⁶¹ Art.84(2) « l'appui-conseil consiste à fournir des conseils, avis, suggestions et informations aux collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences ».

⁶² Art.72 (2), CGCTD

les taux des différents impôts locaux. Au Cameroun, la centralisation de la chaîne fiscale locale part du fait que, la capacité des collectivités locales à prendre en charge le recensement des contribuables, et des propriétés imposables est faible en raison de moyens financiers, matériels et techniques insuffisants, voire inexistantes.

Sur le plan de l'évaluation de l'assiette des impôts, de l'émission des rôles et du recouvrement, il ressort que dans la plupart des cas, des mesures d'accompagnement sont nécessaires. Celles-ci s'analysent en besoins de formation du personnel en fiscalité, en évaluation foncière, en urbanisme, en informatique et sur les différentes tâches à exécuter dans le cadre de la décentralisation de la chaîne fiscale.

La forte présence de l'Etat au sein des finances locales se traduit également par l'instauration de l'unité de caisse, obligeant ainsi les CTD à verser leurs fonds dans les caisses du Trésor public. En toute logique, l'unité de trésorerie et la décentralisation financière des collectivités territoriales ne convergent pas vers la même finalité. Tandis que l'unité de trésorerie promeut la centralisation des opérations financières de toutes les personnes publiques auprès d'une seule et unique institution étatique, la décentralisation financière prône l'autonomie financière des collectivités locales⁶³.

En effet, le principe de l'unité de trésorerie est une règle selon laquelle, il existe une seule et unique trésorerie pour l'ensemble des personnes publiques, gérée par les services du Trésor public. À préciser toutefois que, le Trésor est une institution étatique, et le principe de l'unité de trésorerie se traduit par l'obligation d'y déposer les fonds, y compris ceux des collectivités territoriales décentralisées. Il s'agit en fait d'une centralisation des avoirs qui contredit l'idée même de décentralisation. Or, la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques consacre toujours le monopole du Trésor, car « *sauf disposition expresse d'une loi de finances, les établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont tenus de déposer toutes leurs disponibilités auprès de l'État*⁶⁴ ». Il est précisé que ces ressources sont versées et conservées dans un compte unique ouvert au nom du Trésor à la Banque des États de l'Afrique Centrale⁶⁵.

⁶³ ROUX (André), « L'autonomie financière des collectivités locales en Europe », *Rapport introductif, Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2006, p. 499

⁶⁴ Art. 52 de la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques.

⁶⁵ Art. 79 (1) de la loi 2018/012, *op.cit.*

Pendant longtemps, cette centralisation était justifiée par le fait que le fractionnement à l'infini des fonds publics en une multitude de caisses fragilise l'unité de la comptabilité publique, et paralyse le financement de certaines activités d'intérêt général⁶⁶. Associé à son corolaire, l'unicité de caisse, l'unité de trésorerie aboutit à ce que tous les fonds détenus par les comptables publics, quels qu'en soient les organismes propriétaires, soient réunis et indifféremment employés pour divers services dont ces comptables sont chargés⁶⁷. Or, dans un contexte de crise de trésorerie, l'État est enclin à privilégier ses dépenses au détriment de celles des collectivités territoriales. Il arrive donc que les fonds initialement destinés aux collectivités territoriales soient prioritairement affectés aux dépenses de l'État.

Dans le meilleur des cas, ces collectivités connaissent des retards de paiement, sinon elles annulent simplement certaines de leurs dépenses. Pourtant, même dans l'hypothèse d'unité de trésorerie, les collectivités territoriales disposent d'un compte dans les livres du Trésor et l'idée a d'ailleurs été avancée de créer un compte séquestre à leur usage. Dès lors, il paraît fort logique de réviser le principe d'unité de trésorerie pour redonner sens à la décentralisation financière au Cameroun.

Conclusion

Au final, parlant de l'étendue du pouvoir budgétaire des autorités des CTD en droit camerounais, il convient de retenir que celui-ci reste très limité par la présence paralysante de l'Etat sur les organes des CTD. En effet, en matière de décentralisation financière, l'Etat reste au centre de tout le processus allant de la détermination de la nature, au contenu, à la présentation, à l'élaboration, à l'adoption, à l'exécution et au contrôle de l'exécution des budgets des CTD. Le droit budgétaire en ce qui concerne les CTD, reste donc un droit sous forte tutelle. La tutelle de l'Etat sur les CTD touche à tous les actes de la vie locale. Autant, elle touche les organes de la collectivité, autant leurs actes ne sont pas épargnés. Concernant les organes, l'Etat peut les sanctionner en les suspendant de leurs fonctions pour divers motifs, ou alors en les destituant, ou en les substituant simplement par d'autres organes. En ce qui concerne le monopole de l'Etat sur les actes de la collectivité, celui-ci dispose du pouvoir d'approbation. Ainsi, tous les actes pris par les organes de la collectivité sont soumis à l'approbation du représentant de l'Etat avant leur entrée

⁶⁶ MONTAGNIER (Gabriel), *Principes de comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1981, p. 56.

⁶⁷ MAGNET (Jacques), *Éléments de la comptabilité publique*, LGDJ, 3^e éd., 1998, p. 88.

en vigueur. Cette suprématie de l'Etat sur la CTD laisse penser qu'au-delà de la tutelle reconnue par les textes, l'Etat établie un pouvoir hiérarchique sur ses entités.



Le statut du fonctionnaire a l'ère de la coexistence idéologique en droit public camerounais

The status of the civil servant in the era of ideological coexistence in Cameroon public law

Par : Page | 167

GOURKO DJONDANDI Enoch

Doctorant en droit public

Université de Maroua (Cameroun)

Résume :

Depuis la fin des années 1980 avec l'introduction des idées libérales et des pratiques démocratiques inspirées des démocraties à l'occidentale, les fonctionnaires jouissent davantage des droits et libertés plus importants dans l'exercice de leur fonction. En effet, avec la percée de l'idéologie libérale en droit camerounais, notamment en droit administratif, sous la contrainte des bailleurs des fonds diraient certains, les textes régissant les fonctionnaires ont connu une évolution de contenu en terme consécration et de promotion des droits des fonctionnaires en leur qualité d'agents publics, mais aussi en leur qualité de citoyen.

Ainsi, la Constitution du 18 janvier 1996 et le Statut général de la fonction publique du 07 octobre 1994 permettent de confirmer cette tendance libérale et démocratique tant il est vrai que leurs contenus ont évolué en terme de droits et libertés des fonctionnaires, avec la consécration des droits et libertés jadis absents dans les Constitutions et Statuts précédents.

Mais, malgré l'octroi des droits et libertés par les textes sus-évoqués, leur exercice pratique par les fonctionnaires fait encore face à plusieurs limites, toute chose qui amène finalement à relativiser leur portée réelle sur les fonctionnaires.

Mots clés : statut, statut du fonctionnaire, coexistence idéologique.

Abstract:

Since the end of the 1980s with the introduction of the liberal ideas and democratic practices inspired from the western democracies, civil servants enjoy more important rights and freedoms in carrying out their duties. In fact, with the penetration of liberal ideology in the Cameroonian law, notably in administrative law, under coercion of certain donors may think certain opinions, the texts governing the civil servants have witnessed a progress in the content in terms of entrenchment and promotion of the rights of the civil servants in their quality of public officials as well as that of citizens.

Page | 168

Then, the 18th January 1996 Constitution and the General Status of the civil service of October 7 1994 permit to confirm that liberal and democratic trend as it is obvious that their contents witnessed significant progress as far as the rights and freedoms of civil servants are concerned, with the entrenchment of the rights and freedoms formerly missing in the precedent constitutions and statuses.

However, despite the granting of rights and freedoms by the aforementioned texts, the practical application of these texts by the civil servants still faces number of weaknesses, and this finally leads to put their actual significance to civil servants into perspective.

Key words: status, status of civil servant, ideological cohabitation.

Introduction

Il est clairement établi que le Droit positif est le reflet des conceptions sociales dominantes de l'heure, surtout lorsque celles-ci emportent l'adhésion du pouvoir politique en place. En effet, il est notoirement reconnu que « *les conceptions idéologiques interviennent dans la création du droit positif* »¹ au point qu'il devient pertinent d'affirmer que « *le droit n'est pas neutre* »². En particulier, il semble être indissociable de l'idéologie. C'est, en tout cas, ce que pense aussi M. Jean-Louis BERGEL lorsqu'il affirme que « *l'état du droit dans un pays à un moment déterminé ne peut se dissocier de phénomènes plus larges ni être isolé de ses sources ou de son contexte. Il dépend de l'histoire, de l'environnement humain, social, économique..., des choix idéologiques* »³.

Page | 169

Certes le droit n'est pas uniquement le produit d'une idéologie de classe liée à un certain type de structure de production, mais il est clair que l'influence de l'idéologie sur le droit est clairement établie et s'impose au juriste. De toutes les façons, comme le dit le professeur Jean-Marie BIPOUN-WOUM, « *le droit ayant une vocation instrumentale, les règles ne suffisent pas, à elles seules, à constituer un ordre ; elles doivent être sous-tendues par un fond d'idées, de principes et de conventions publiques qui, exprimant un concept précis de l'Etat et de l'ordre public en général (...) renforcent et finalisent ces règles* »⁴.

Or, l'idéologie est « *le discours du pouvoir* »⁵. Ou mieux, elle est un « *système d'idées constituant une doctrine politique ou sociale inspirant des actes d'un gouvernement ou d'un parti* »⁶. De manière spécifiquement juridique, l'idéologie est « *l'ensemble des idées, des croyances et des doctrines (...) qui sous-tendent, en quelque sorte, les institutions du droit positif* »⁷.

C'est dire en définitive que le droit en vigueur dans une société est aussi le reflet des idées des décideurs politiques dans ladite société, des décideurs politiques qui sont, eux-mêmes sous l'influence de la société dans laquelle ils vivent.

¹ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2eme édition, p. 338.

² ATLAS (C), LINOTTE (D), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chr., pp. 251-258.

³ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, p.3.

⁴ BIPOUN-WOUM (J.M), « La représentation de l'Etat en justice au Cameroun », *RCD*, n° 28, 1984, p. 18.

⁵ CLAISSE (A), « l'idéologie : discours du pouvoir », pp. 63-65, in *Mélanges en l'honneur de G. Burdeau : Le pouvoir*, LGDJ, 1977, pp. 63-65.

⁶ SERVIER (J.), *L'idéologie*, Paris, PUF (Que sais-je ?) 1982, p. 3.

⁷ GONIDEC (P.-F), « Traditionalisme et modernisme en matière d'institutions publiques africaines », *RJPIC*, 1966, p. 77.

Dans ce sens, le droit positif camerounais, serait sous-tendu depuis la fin des années 1980 par l'existence simultanée de deux idéologies antinomiques qui s'influencent mutuellement et influencent surtout la production du droit camerounais. Ces deux idéologies sont l'idéologie autoritariste et l'idéologie libérale. Cette coexistence idéologique entraîne ainsi une forme de *tension idéologique permanente à pole dominant variant*.

Pour comprendre cette coexistence des deux idéologies en droit camerounais, il convient de faire les précisions ci-après :

Du début des 1960 jusqu'au début des années 1980, le Cameroun, comme la plupart des Etats africains postcoloniaux, est traversé par une politique publique ancrée sur l'autoritarisme. Cette politique publique était fondée sur ce que la doctrine a appelé « *l'idéologie de la construction nationale* ». Cette idéologie de la construction nationale se résume, selon la systématisation proposée par le professeur Maurice KAMTO, à deux composantes essentielles : « *d'une part, la composante unité nationale (...), et d'autre part, la composante développement national ou composante "développementaliste"* »⁸.

Par cette idéologie de construction nationale, les pouvoirs publics du jeune Etat d'alors s'étaient donnés pour missions essentielles, l'affermissement de l'unité nationale et la recherche des solutions aux problèmes de développement du pays⁹. Il fallait, pour les pouvoirs publics de cette époque, et au regard de la pauvreté et du sous-développement multiforme dont étaient marqués les Etats nouvellement indépendants, poser les bases d'un développement véritable et complet¹⁰. De façon concrète, l'idéologie de la construction nationale consistait ou consiste en « *la mobilisation du potentiel (humain et économique) national en vue de la réalisation, d'une part de l'unité nationale, et d'autre part du développement national, celle-là s'affirmant comme une condition de celle-ci* »¹¹. Sous l'impact de cette idéologie en effet, « *les structures d'autorité se renforcent, le pouvoir réglementaire de l'autorité centrale s'hypertrophie, les structures de*

⁸ KAMTO (M), *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique Noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p.329.

⁹ Lire ONDOA (M), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Thèse de Doctorat d'Etat, Université de Yaoundé II, 1997, p. 65.

¹⁰ Par développement véritable et complet, nous entendons un développement non seulement économique, mais aussi social et culturel. Voir la littérature sur le droit administratif de développement. Lire entre autres : SCHAEFFER (E), « Aliénation- Réception- Authenticité. Réflexion sur le droit du développement », *Penant*, 1974, pp. 311-332 ; RAINAUD (J.M), « Réflexion sur le droit administratif du développement », in CONAC (G), (dir.), *Les grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, Coll. La vie du droit en Afrique, 1984, pp.53-75.

¹¹ KAMTO (M), *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique Noire francophone*, op.cit. p. 329.

dialogues disparaissent, les normes de liberté s'effritent, le principe de légalité n'a de valeur qu'incantatoire, le contentieux s'épuise, la référence à la liberté devient formelle »¹². En bref, « l'idéologie de la construction nationale appelle l'autoritarisme »¹³ et conduit ipso facto au resserrement des espaces de liberté accordés aux citoyens.

Mais à la fin des années 1980, une autre idéologie a fait son entrée de manière subtile en droit camerounais, entraînant par conséquent des changements politiques et constitutionnels inspirés des standards étrangers de la démocratie à l'occidentale¹⁴ : c'est ce que la doctrine administrativiste appelle l'idéologie libérale¹⁵. En effet, par projection occidentale de la démocratie et du capitalisme sur les différents Etats africains, l'évolution des politiques ici enclenchées a déclenché des révolutions des ordres juridiques nationaux¹⁶ en faveur de la prise en compte des intérêts des citoyens désormais conciliés avec ceux de la puissance publique¹⁷. Autrement dit, l'idéologie libérale plaide pour les droits et libertés des citoyens au détriment de ceux des entités publiques.

Mais, il faut le dire, l'idéologie de la construction nationale n'est pas morte¹⁸ avec l'introduction de l'idéologie libérale en droit camerounais. En effet celle-ci n'a pas supplanté celle-là : les deux idéologies coexistent donc aujourd'hui en droit public camerounais et s'influencent mutuellement¹⁹ au point que l'on observe une sorte de *tension idéologique permanente à pôle dominant variant*, entre la construction nationale et le masque de l'idéologie libérale.

¹² ONDOA (M), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, op. cit. p. 56.

¹³ Idem. p. 61.

¹⁴ Lire à ce sujet, JACQUEMOT (F), *Le standards européen de société démocratique*, Université de Montpellier 1, Faculté de Droit de Montpellier, Coll. Thèses n° 4, 2006, 713P.

¹⁵ Voir entre autres, PEKASSA NDAM (G.M.), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun » in ONDOA (M) et EBANE ENGOLO (P.E) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, l'Harmattan, 2016, pp. 165-189, NGANGO YOUNBI (É. M.), *La légalité administrative au Cameroun : de l'objectivation à la subjectivation*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2013, 378p. GUESSELE ISSEME (P.L.), *L'apport de la cour suprême au droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Yaoundé II-SOA, 2010, 703p.

¹⁶ PEKASSA NDAM (G.M.), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun ». op. cit.

¹⁷ Idem.

¹⁸ BEYEGUE BOULOUMEGUE (E.G.), « La persistance de l'idéologie de la construction nationale en matière de police administrative », in ONDOA (M) et EBANE ENGOLO (P.E) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, op.cit., p. 297.

¹⁹ Pour mieux comprendre l'influence réciproque de ces deux idéologies, lire ATEBA EYONG (R), « Les fondements idéologiques du droit administratif camerounais », in ONDOA (M) et EBANE ENGOLO (P.E) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, op. cit., pp. 273-295.

A partir de ce moment, le droit public camerounais n'est plus resté ancré essentiellement dans les tendances autoritaires, en même temps qu'il ne fait pas uniquement place aux considérations idéologiques libérales.

On le voit, les orientations idéologiques de la construction nationale sont désormais tempérées par des mécanismes démocratiques²⁰, au point que l'on peut désormais présenter le droit administratif camerounais comme un « rempart contre l'arbitraire »²¹, bien qu'il ne reste pas moins un « droit de privilège »²².

Si les droits et libertés des fonctionnaires étaient relégués au second plan au détriment des pouvoirs publics au nom de la construction nationale, l'introduction des idées libérales dans le droit de la fonction publique est censée inverser la tendance en accordant davantage les droits aux fonctionnaires pour permettre de remplir efficacement la mission de service public dont ils ont la charge. Mais qu'en est-il réellement ?

Puisque l'introduction de l'idéologie libérale en droit public camerounais n'a pas mis fin à l'idéologie autoritariste de la construction nationale, il devient dès lors pertinent de traiter du statut du fonctionnaire à l'ère de la coexistence idéologique en droit public camerounais.

L'analyse de ce sujet ne peut se faire sans que l'on n'ait au préalable défini les termes qui y sont contenus, car comme le reconnaît le professeur Jean-Claude VENEZIA, « la rigueur et la précision sont des attributs fondamentaux ... des notions juridiques. Ne pourra être considérée comme juridique, une notion qui ne sera pas susceptible d'être définie avec précision, délimitée »²³. Définissons donc les termes : statut du fonctionnaire, fonctionnaire et droit positif.

Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU définit le statut des fonctionnaires comme l'ensemble des dispositions légales et réglementaires fixant la situation des fonctionnaires en ce qui concerne l'entrée au service, le déroulement de la carrière, les droits et obligations, la discipline et la sortie du service²⁴, soit comme loi régissant la situation des agents publics ayant de ce fait la

²⁰ PEKASSA NDAM (G.M.), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun ». op. cit. p.167.

²¹ LOSCHAK (D), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46 (Droit administratif, Bilan critique), 1988, p.43.

²² CHEVALLIER (J), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, op. cit.p. 57.

²³ Cité par ABA'A OYONO (J.C), Les mutation de la justice à la lumière du développement constitutionnel, *Afrilex*, p. 201.

²⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 988. Voir statut des fonctionnaires. Sens large

qualité de fonctionnaire²⁵. Cette définition, bien qu'importante, ne rend pas compte de notre concept dans cette étude. Que faut-il donc entendre par statut dans la présente réflexion ? on dira ici qu'il est question de la situation que le droit positif confère à une chose ou à une personne humaine par rapport à une autre chose ou à un autre être humain²⁶. Autrement dit, parler du « statut » du fonctionnaire renvoie à sa condition juridique²⁷. Il s'agit en réalité des droits et libertés, abstraction faite des devoirs, conférés au fonctionnaire en raison de sa qualité de sa qualité de citoyen, mais surtout de sa qualité d'agent public.

Par fonctionnaire, il faut entendre, non pas tout agent public au sens du code pénal²⁸, mais « toute personne qui occupe un poste de travail permanent et qui est titularisée dans un cadre de la hiérarchie des Administrations de l'Etat »²⁹. Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'Etat dans une « situation statutaire et réglementaire ».

La question du statut du fonctionnaire en droit public camerounais présente un double intérêt théorique et pratique important. Sur le plan théorique, cette question permet de mettre en exergue la législation camerounaise en vue de savoir l'évolution du statut de fonctionnaire depuis la pénétration de l'idéologie libérale au Cameroun, en même temps qu'il permet d'explorer l'important travail de la doctrine sur la question des libertés des citoyens en général et des agents publics en particulier. Au plan pratique, le sujet paraît important dans la mesure où il permet aux décideurs et aux fonctionnaires eux-mêmes de jauger le niveau de sécurité juridique qu'offre le droit camerounais aux fonctionnaires.

Au bénéfice des considérations qui précèdent, l'analyse du statut du fonctionnaire en temps de la cohabitation des idéologies libérale et autoritariste au Cameroun conduit à se poser la question de savoir : Quelle appréciation peut-on faire du statut du fonctionnaire en ce temps de coexistence idéologique en droit camerounais ?

En privilégiant la méthode juridique déclinée à travers l'interprétation des textes notamment, l'on peut apporter une réponse à cette problématique. L'hypothèse de base ici conduit à indiquer que l'analyse du droit public camerounais amène à avoir une appréciation mitigée du statut du fonctionnaire. En effet, si l'on peut parler, au regard des textes, d'un statut *a priori*

²⁵ Idem. Voir statut des fonctionnaires. Sens étroit.

²⁶ ABA'A OYONO (J.C), « Les mutation de la justice à la lumière du développement constitutionnel », *Afrilex*, p. 201

²⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 988. Voir. Statut. Sens général.

²⁸ Art. 131 du code pénal.

²⁹ Art. 3 al.1 du statut général de la fonction publique.

séduisant du fonctionnaire, inspiré de l'idéologie libérale, (I), force est de reconnaître qu'en réalité, la persistance de la construction nationale laisse présager plutôt un statut illusoire de celui-ci (II)

I- UN STATUT A *PRIORI* SEDUISANT INSPIRE DE L'IDEOLOGIE LIBERALE

Avec la percée de l'idéologie libérale en droit public camerounais en début de la décennie 1990, les fondements normatifs du libéralisme sont introduits dans l'ordonnement juridique camerounais. En effet, Si les droits et libertés des fonctionnaires étaient consacrés par les textes d'avant la fin des années 1980, cette consécration a connu une extension à partir de la fin des années 1980 et le début des années 1990.

A partir de cette période en effet, la logique développementaliste qui sous-tendait jusque-là l'action des pouvoirs publics a été tempérée par une logique libérale qui a amené les pouvoirs publics à intégrer les aspirations libérales dans leurs pratiques managériales et à prendre ainsi en considération les droits des agents publics dans leurs actions lorsqu'ils élaborent les politiques de développement. Sur cette base, les textes juridiques régulant la situation des fonctionnaires prennent une tendance libérale en consacrant autant que possible, les droits et libertés des fonctionnaires et l'Administration publique prend ainsi le visage d'une Administration publique libérale.

Ce sont donc ces droits et libertés consacrés en faveur des fonctionnaires qui donnent un caractère *a priori* séduisant à leur statut.

Ainsi, le caractère séduisant du statut du fonctionnaire s'explique le fait que les textes juridiques adoptés à la faveur de l'avènement de l'idéologie libérale, consacrent des pans entiers aux droits et libertés des fonctionnaires, faisant d'eux des « *citoyens spéciaux* »³⁰.

On note alors l'octroi en faveur des fonctionnaires des droits aussi bien dans la Constitution du 18 janvier 1996(A) que dans le statut général de la fonction publique du 07 octobre 1994 (B).

A- Les avancées constitutionnelles en matière de la protection des droits du fonctionnaire

La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996, par rapport à sa devancière du 2 juillet 1972, consacre et étend davantage, d'une manière ou d'une autre, des droits des agents publics camerounais, et ce, à double titre. D'une part, elle protège le fonctionnaire en sa qualité de

³⁰ L'expression est du professeur Maurice HAURIUO dans ; *précis du droit administratif*, 12 éd., 1933. p.744.

citoyen (1) tout simplement, et d'autre part elle consacre des droits du fonctionnaire en sa qualité d'agent public (2).

1- La protection du fonctionnaire-citoyen

La Constitution, source formelle originaire du Droit constitutionnel est, dans un État, ce Droit-mère qui irrigue toutes les autres disciplines juridiques à raison de son positionnement au sommet de la hiérarchie des normes de Droit. A ce titre, il va sans dire qu'elle prend aussi en considération et définit, ne serait-ce que dans les grandes lignes, les droits du citoyen en rapport avec l'évolution de la société.

Dans ce sens, les Constitutions camerounaises d'avant celles de 1996 contenaient peu de référence aux droits des fonctionnaires et accordaient davantage la priorité aux pouvoirs de l'Administration en raison notamment de l'idéologie autoritariste d'alors, ou alors elles accordaient des droits aux citoyens fonctionnaires sans véritablement que ces droits soient juridiquement invocables en raison de la faible autorité juridique accordée au préambule constitutionnel porteur desdits droits³¹. C'est avec la loi constitutionnelle du 18 novembre 1996³² que le préambule de la constitution a été élevé au rang du dispositif constitutionnel, faisant passer, *ipso facto*, passer les droits consacrés par le préambule au statut de droits constitutionnels au même titre que ceux consacrés par le dispositif constitutionnel. Ce préambule accorde, entre autres, une place de choix à la protection des fonctionnaires et agents publics, compte tenu de la reconversion idéologique libérale.

En effet, le préambule constitutionnel dont il s'agit consacre de manière générale un ensemble de droits et libertés directement applicables au fonctionnaire en tant que citoyen et qui renforcent la sécurité juridique de ce dernier face à l'Administration publique. La conséquence immédiate en est que même le parlement, à travers les lois qu'il secrète, ne peut juridiquement plus s'autoriser à légiférer dans l'optique d'apporter, ne fût-ce qu'une légère entorse à ce droit fondamental du citoyen. Et c'est la sécurisation du justiciable au sens large du terme qui s'en trouve davantage renforcée, surtout quand on sait que ledit préambule impose expressément à l'Etat de

³¹On se rappelle alors que le préambule de la constitution du 2 juillet 1972 par exemple ne faisait pas partie intégrante de la Constitution.

³² L'article 65 de la Constitution du 18 janvier indique en effet que : « le préambule fait partie intégrante de la Constitution ».

garantir à tous les citoyens et donc à tous les agents publics, les droits qu'il énumère³³. Ces droits et libertés sont, entre autres : la liberté d'association, la liberté syndicale et le droit de grève. Ainsi, le fonctionnaire peut adhérer à une association politique ou culturelle, à un syndicat professionnel légalement reconnu en vue d'assurer la représentation de ses intérêts de carrière.

En revanche, il y a des droits constitutionnels qui s'appliquent aux fonctionnaires en leur qualité d'agents publics.

2- La protection constitutionnelle du fonctionnaire-agent public : cas des magistrats

Si au niveau du dispositif constitutionnel il est difficile de constater une consécration des droits et libertés consacrés au profit des fonctionnaires, car en réalité le dispositif pose davantage des règles qui encadrent les institutions étatiques en même temps qu'il pose les règles qui déterminent le type de rapport entre lesdites institutions. C'est ainsi qu'en matière administrative, ce dispositif constitutionnel détermine plutôt les pouvoirs et prorogatives du Président de la République³⁴ en tant que pivot central de la fonction publique et « *la véritable pierre angulaire de l'édifice de l'Administration camerounaise* »³⁵. On peut donc dire que la Constitution laisse certainement le soin aux textes régissant les agents publics d'énoncer les droits et libertés dont jouissent les fonctionnaires. Mais certains aspects des droits d'une catégorie de fonctionnaires que sont les magistrats judiciaires sont néanmoins abordés dans la Constitution. C'est alors qu'à la lecture de certaines dispositions, on note que le corps des magistrats de l'ordre judiciaire³⁶ jouit d'une "indépendance" vis-à-vis des autres pouvoirs et que l'autorité judiciaire est gouvernée par le principe de "l'inamovibilité des magistrats du siège".

Mais, au-delà du passage de l'autorité au pouvoir judiciaire qui ne serait qu'une « *technique rédactionnelle qui participe de la symbolique politique* »³⁷, car « *parler de pouvoir judiciaire ne veut pas nécessairement signifier que son détenteur est plus prépondérant, plus respecté, plus*

³³ La dernière phrase du préambule de la Constitution du 18 janvier 1996 est éloquent à ce sujet: « *L'Etat garantit à tous les citoyens de l'un ou de l'autre sexe, les droits et libertés énumérés au préambule de la Constitution* »

³⁴ La lecture des articles 5 à 10 de la Constitution font en effet du Président de la République un la cheville ouvrière de notre administration publique. Il dispose d'importants pouvoirs qui font de lui

³⁵ L'expression est du professeur Joseph OWONA, in OWONA (Joseph), *Droit de la fonction publique camerounaise*, édition I, l'Harmattan, Paris, 2011, p. 39.

³⁶ Art. 37 al.2 : « *Le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour Suprême, les cours d'appels, les tribunaux. Il est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif... Les magistrats du siège ne relèvent dans leur fonction juridictionnelle que de la loi et de leur conscience* »

³⁷ ABA'A OYONO (J.C.), « Les mutations de la justice à la lumière du développement constitutionnel de 1996 », *Afrilex*, 2000.

crain et moins invulnérable que ne le serait le détenteur de l'autorité judiciaire »³⁸. Mais qui, de notre point de vue, donne, ne serait-ce que sur la symbolique et la forme, une force institutionnelle à l'institution judiciaire qui devient ainsi un « pouvoir » au même titre que les pouvoirs exécutif et législatif dans l'Etat. On peut alors se permettre de penser que l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats posés par la Constitution donnent aux magistrats, surtout ceux du siège, le pouvoir et la latitude de travailler en toute liberté car relevant uniquement de la loi et de leur conscience.

Au-delà de la consécration constitutionnelle des droits et libertés des fonctionnaires, qui confirme l'évolution de leur statut, il y a aussi la consécration par le statut général de la fonction publique des droits et libertés des fonctionnaires suite à la reconversion libérale dans la fonction publique.

B- Les avancées statutaires en matière de la protection des droits du fonctionnaire

Les réformes introduites par le Statut général de la fonction publique de 1994 sont d'inspiration libérale et permettent ainsi d'élargir les droits des fonctionnaires³⁹. En effet, La gestion par l'Etat des fonctionnaires pour la réalisation des services publics épouse le cadre du statut général de la fonction publique auquel sont intégrées les exigences démocratiques. Ce texte est complété dans certaines de ses dispositions par des statuts particuliers et admet cependant quelques dérogations applicables à certains corps de fonctionnaires. C'est ainsi que cette réforme élargit les droits de fonctionnaires. Cet élargissement des droits se traduit d'une part par l'octroi des droits et libertés (la protection du fonctionnaire) en matière civile (1) et d'autre part, par le droit de participation dont jouit désormais le fonctionnaire dans la gestion de sa carrière (2)

1- L'octroi des libertés publiques au fonctionnaire

Ce sont ici des droits reconnus aux fonctionnaires non seulement en leur qualité d'agents publics, mais davantage en leur qualité de citoyens. A ce titre, ils doivent exiger leur respect non seulement vis-à-vis de l'Administration, mais également des citoyens. Depuis l'avènement du Statut général de la fonction publique de 1994 au Cameroun, le fonctionnaire jouit d'énormes libertés publiques. En effet, l'article 21 dudit statut affirme que : « *le fonctionnaire jouit des droits et libertés reconnus au citoyen... ».*

³⁸ Ibidem.

³⁹ FOUNTHIM MOMO Claude, *Fonction publique et ajustement structurel en Afrique noire : l'exemple du Cameroun*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 1998, p.43 et s.

La portée de cet article 21 est énorme. Ainsi, un fonctionnaire peut adhérer à une association politique ou culturelle, à un syndicat professionnel légalement reconnu en vue d'assurer la représentation et la défense de ses intérêts de carrière. Il est tenu à cet effet de respecter l'autorité de l'Etat et l'ordre public.

Au-delà de tout, il importe de savoir que l'Etat est tenu d'assurer au fonctionnaire la protection contre les menaces, outrages, violences, voies de fait, injures ou diffamations dont il peut être victime, en raison de l'exercice de ses fonctions. Concrètement, lorsqu'un fonctionnaire est poursuivi par un tiers pour faute de service et dans la mesure ladite faute de service est détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui⁴¹

Il faut aussi noter que si l'obligation de servir et de se consacrer au service s'impose toujours au fonctionnaire, ce dernier a désormais la possibilité d'exercer des activités privées lucratives, à condition que celles-ci ne nuisent pas à son indépendance et à la mission d'intérêt général lié à son statut de fonctionnaire⁴².

Même si en raison des quelques insuffisances relevées, la doctrine s'est montrée parfois critique⁴³, il reste que la réforme du Statut général de la Fonction publique de l'Etat du 7 octobre 1994 est en rupture avec les règles statutaires d'autrefois, tant ce domaine des services publics porte l'adaptation aux exigences libérales et démocratiques⁴⁴.

Au-delà des droits et libertés consacrés dans ses rapports avec les société globale, le statut général consacre aussi des droits du fonctionnaire vis-à-vis de l'Administration qui l'emploie.

2- Les droits du fonctionnaire vis-à-vis de l'Administration publique

Il s'agit des droits garantis au fonctionnaire dans l'exercice de ses missions de services publics à l'effet de lui permettre un plein épanouissement et d'accroître ses performances professionnelles. Ces droits consacrés sous l'ère libérale sont entre autres :le droit du fonctionnaire

⁴⁰ Art. 22 du Statut général de la fonction publique précitée.

⁴¹ Art. 26 al.2 du Statut général de la fonction publique précitée.

⁴² Voit les articles 35 à 37 du Statut général de la fonction publique précitée.

⁴³ Lire LEKENE DONFACK (E.C), « Réflexion sur le nouveau Statut général de la Fonction publique (à propos du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994), *juridis infos*, n° 20, oct.-déc. 1994, pp. 22-62.

⁴⁴ PEKASSA NDAM (G.M.), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun », in ONDOA (M) et EBANE ENGOLO (P.E) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, op.cit., p. 172.

à la formation permanente, le droit à la participation à la gestion de sa carrière et au fonctionnement des services publics et le droit à l'existence d'un dossier professionnel.

Si le droit de la fonction publique a, au début, été basé sur le principe d'autorité qui implique entre autres que le fonctionnaire subalterne se soumette et exécute à l'aveugle les règles édictées par l'Administration publique, l'évolution idéologique du droit et de la société politique a amené les pouvoirs publics à associer le fonctionnaire dans la gestion de sa propre carrière. Par ce fait, ce droit responsabilise le fonctionnaire et fait désormais de lui, non pas un exécutant qui subit seulement des décisions prises par l'Administration, mais un codécisionnaire de l'Administration. Le fonctionnaire devient, pour ainsi dire, un partenaire de l'Administration. Il ne subit plus seulement les décisions prises par l'Administration en matière de fonctionnement du service et surtout en matière de protection de ses droits, mais il participe à la conception de ces décisions. Il s'auto-administre d'une certaine manière. Avec le droit à la participation, on est en droit de parler, théoriquement au moins, de la démocratisation de la fonction publique camerounaise.

A cet effet, les organes consultatifs de la gestion de la fonction publique tels que la Commission administrative paritaire, le Conseil permanent de discipline, le Conseil supérieur de la fonction publique, les Conseils de santé, ont un caractère paritaire et sont composés à égalité d'un nombre de personnes représentant l'Administration et les fonctionnaires⁴⁵.

Les modalités d'exercice du droit à la participation sont fixées par un décret du Premier ministre, chef du gouvernement⁴⁶.

Ce texte indique que : « *les fonctionnaires participent à l'élaboration des règles statutaires relatives à leur carrière ou au fonctionnement des services publics lorsqu'il s'agit de tout projet de texte relatif à la situation des fonctionnaires, des questions relatives aux droits et obligations des fonctionnaires, des orientations des politiques de la formation professionnelle continue, de tout projet de réorganisation de la Fonction publique entraînant un accroissement des effectifs ou une suppression d'emplois, de toute politique de révision de la rémunération des fonctionnaire et des avantages sociaux, de tout projet de modification de statut de la fonction publique de l'Etat et des statuts particuliers ou spéciaux, de l'avancement des fonctionnaires, de l'octroi de*

⁴⁵ Art. 86, 87, 88, 89 et 90 du statut général de la fonction publique de l'Etat.

⁴⁶ Voir l'article 34 al.3 du statut général de la fonction de l'Etat et le décret n° 2000/694/PM du 13 septembre 2000 fixant les modalités d'exercice du droit à la participation

récompense, de la discipline des fonctionnaires ». Le texte ajoute : « les fonctionnaires procèdent à la définition et à la gestion de l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs par l'intermédiaire des associations qu'ils créent dans leurs secteurs d'activités ou dans le cadre des structures de promotion de ces activités créées par l'Administration. Les ressources de ces activités proviennent des membres ».

Au-delà du droit de participation à la gestion de la chose publique, le fonctionnaire, dispose du droit à la formation continue dans le but d'améliorer ses rendements. Ainsi, le Statut indique dans ce sens que : « *en vue d'accroître ses performances, son efficacité et son rendement professionnels, l'Etat assure au fonctionnaire au cours de son activité, une formation permanente...* »⁴⁷.

Le moins que l'on puisse dire, au regard de l'octroi du droit à la participation et du droit à la formation permanente, c'est que l'Administration semble avoir pris en considération le plein épanouissement professionnel du fonctionnaire et la nécessité de performance des services publics. Ce qui rentre effectivement dans l'idéologie libérale « imposée »⁴⁸ en droit camerounais. En effet, avec l'introduction de ces droits en faveur du fonctionnaire, l'Administration semble associer le fonctionnaire à la gestion de sa propre carrière et cela peut effectivement conduire à l'épanouissement de ce dernier qui ne se sentira plus être sous le dictat unique de l'Administration. Aussi, par le droit de formation permanente, le fonctionnaire acquiert et renouvelle, tant que nécessaire ses connaissances et ses pratiques pour satisfaire aux critères de performance et pour avoir une Administration qui réponds aux besoins des usagers avec performance. C'est dire que la performance, autrefois baromètre d'évaluation dans le secteur privé, fait aussi son entrée dans le secteur public à la faveur de l'adoption du statut général de 1994.

On note aussi l'amélioration du droit du fonctionnaire à l'existence d'un dossier professionnel. En effet, si l'alinéa 1^{er} de l'article reprend presque mot pour mot les termes du Statut général de la fonction publique de 1974 lorsqu'il indique que : « *le fonctionnaire a droit à l'existence d'un dossier professionnel personnel tenu par l'Administration et contenant toutes les*

⁴⁷ Art. 32 du statut général de la fonction publique.

⁴⁸ Il semble en effet que l'idéologie libérale adoptée au Cameroun dans la fin des années 1980 est une des conditionnalités imposées par les bailleurs de fonds, notamment la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International, comme contrepartie au prêt financier par eux promis. Voir FOUUMTHIM MOMO Claude, *Fonction publique et ajustement structurel en Afrique noire : l'exemple du Cameroun*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 1998, 508p.

pièces relatives à sa situation administrative et au déroulement de sa carrière. Ces pièces doivent être codifiées, saisies et archivées sans discontinuité », il faut néanmoins reconnaître qu'il innove et améliore ce droit en imposant son respect scrupuleux à l'Administration. En effet, le « le fonctionnaire jouit du droit d'accès à son dossier personnel et peut notamment exiger de l'Administration, la clarification, la rectification, la mise à jour, le complément ou le retrait des informations qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite » En outre, « lorsque le fonctionnaire intéressé en fait la demande, l'Administration compétente doit procéder, sans frais à la charge du fonctionnaire, à la modification demandée », et, « en cas de contestation, la charge de la preuve incombe à l'Administration auprès de laquelle est exercé le droit d'accès , sauf lorsqu'il est établi que les informations contestées ont été communiquées par le fonctionnaire concerné ou avec son accord »⁴⁹.

On conclut dès lors le statut général de 1994 contribue à l'amélioration et la précision du droit d'accès au dossier professionnel du fonctionnaire.

Mais, ces droits et libertés des fonctionnaires, bien que consacrés par les textes, sont limités dans leur implémentation, et sont en réalité une sorte de *miroir aux alouettes*. Toute chose qui relativise finalement la portée de l'évolution du statut du fonctionnaire. En l'espèce, l'application des textes d'inspiration libérale ayant consacré les droits des fonctionnaires se trouve altérée par des réflexes autoritaristes développées avant l'entrée de l'idéologie libérale. En effet l'encadrement particulièrement restrictif des droits des citoyens par les autorités administratives témoignent justement de ce que « *les mécanismes de l'Etat de droit demeure largement théoriques et prennent de ce fait valeur d'enseignes décoratives* »⁵⁰. Ce sont donc ces limites qui donnent au statut du fonctionnaire un caractère illusoire.

Avec ces limitations en effet, on comprend qu'en réalité, au-delà des apparences de statut séduisant du fonctionnaire, on est plutôt en présence des fonctionnaires au statut illusoire, sous l'influence certainement de la survivance de l'idéologie autoritariste.

⁴⁹ Art. 23 al. du statut général de la fonction publique.

⁵⁰ ONDOA (M.), « Le droit public des Etats africains sous ajustement structurel : le cas du Cameroun », p. 420 in BEKOLO EBE (B.), TOUNA MAMA, FOU DA (S.M) (dir.), *Mondialisation, exclusion et développement africain : stratégies des acteurs publics et privés*. T. 2, Paris, Maisonneuve et Larose, 2006.

II-UN STATUT EN REALITE ILLUSOIRE AU REGARD DES LIMITES DUES A LA SURVIVANCE DE L'IDEOLOGIE AUTORITAIRE

On sait que si le droit administratif français est un droit protecteur des droits⁵¹, celui camerounais est naturellement autoritaire par ce que garantissant la puissance publique. Il y a de ce fait, exagération dans le déséquilibre de forces entre l'Administratif et les particuliers, fonctionnaires pour le cas d'espèce. Ainsi, bien que la pénétration de l'idéologie libérale dans la fonction publique camerounaise ait permis l'introduction des droits et libertés, ces droits et libertés demeurent théoriques et leur exercice pratique se trouve confronté à plusieurs obstacles de divers ordres. En effet, comme on l'a rappelé, la percée de l'idéologie libérale n'a pas mis fin à l'idéologie autoritaire. C'est ainsi que le statut des agents publics en générale et des fonctionnaires en particulier, est, jusqu'à présent influencé par l'idéologie autoritaire. Ainsi, au-delà des apparences libérales du statut du fonctionnaire, la réalité montre plutôt un statut illusoire sous influence de l'idéologie autoritaire. Notamment les limites liées à la nature-même de certains droits et libertés (A) et les limites liées à l'existence des heurtoirs administratifs liberticides (B).

A- Les limites liées au caractère inopérant et incomplet de certains droits professionnels consacrés

Si le statut général de la fonction publique consacre des droits pour permettre aux fonctionnaires de s'épanouir dans leur milieu socioprofessionnel, force est de constater que ces droits sont incomplets et inopérants et servent presque de *valeur décorative*. En effet leur mécanisme de mise en œuvre semble incomplet et ces droits consacrés deviennent inopérants dans une certaine mesure.

Le droit à la participation du fonctionnaire à la gestion de sa carrière et du fonctionnement des services publics par exemple s'exerce au sein des organismes de gestion de la fonction publique prévus par le statut général de la fonction public. Ces organes sont : le Conseil supérieur de la fonction publique, les Commissions administratives paritaires, les Conseils de santé et le Conseil permanent de discipline de la Fonction publique. Ces organes sont, en général, de nature paritaire composée d'un nombre égal des représentants de l'Administration et des représentants élus des fonctionnaires⁵². Malgré la densité de leurs attributions, ces organes demeurent des organes consultatifs dont l'avis ne s'impose pas à l'autorité décisionnaire à qui les avis sont

⁵¹ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 15eme éd., p. 1.

⁵² Art. 87 al. 1 et 88 du statut général de fonction publique précité.

destinés. En effet, si les autorités administratives doivent consulter les organes consultatifs, chacun dans son domaine de compétence, ces avis éclairent l'autorité dans la prise ultime des décisions sans qu'elle soit liée par ledit avis. Autrement, les avis émis par les organes consultatifs de gestion de la fonction publique sont des avis obligatoires à certains égards, mais ils ne sont pas des avis conformes auxquels l'autorité doit être soumise. Ces organes demeurent donc essentiellement des structures de suggestion et de conseil du gouvernement⁵³ et sont dépourvus de pouvoir réel de décision.

Par ailleurs, la nature réglementaire rend les droits consacrés inopérants à certain moment. En effet, la dépendance du statut général de la fonction publique est de nature à discréditer le caractère libéral des droits des fonctionnaires. En effet, la dépendance d'un statut à un décret signifie que l'auteur dudit décret peut à tout moment le modifier. En l'occurrence, c'est le Président de la République qui fixe le décret portant statut des fonctionnaires au Cameroun et de ce fait il peut leur donner les droits qui lui conviennent.

En terme de droit comparé, qui peut par exemple imaginer le statut d'un magistrat français, qui dans un pouvoir chargé de contrôler et de juger les différents actes de l'Administration, soit déterminé par un décret ? Au Cameroun, cela est possible. Le statut des magistrats est déterminé au Cameroun par un décret⁵⁴.

Ce caractère réglementaire des statuts des fonctionnaires prouve d'une part le caractère autoritariste de l'Administration et illusoire du statut des fonctionnaires au Cameroun.

Ces droits des fonctionnaires sont aussi limités par la survivance des butoirs administratifs liberticides.

B- Les limites liées à la persistance des butoirs administratifs liberticides

Malgré l'adoption des droits et libertés en faveur des agents publics, il ressort de l'esprit et de la pratique du droit administratif camerounais que l'intérêt supérieur de l'Etat est majoritaire et prime donc sur ceux des administrés, donc sur ceux des fonctionnaires.

La Constitution et les autres textes régissant les fonctionnaires, de par leur duplicité, prêtent le flanc à la critique en adoptant des mesures parfois presque antinomiques. En effet, bien que les

⁵³OWONA (Joseph), *Droit de la fonction publique camerounaise*, édition 1, l'Harmattan, Paris, 2011, p. 58.

⁵⁴Décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature au Cameroun.

fonctionnaires jouissent des droits et libertés plus affirmés de nos jours, ces droits restent limités dans la mise en pratique.

En matière de droit syndical et associatif par exemple, si le fonctionnaire-citoyen a le droit d'adhérer à une association politique et culturel, s'il lui est permis d'adhérer à un syndicat professionnel en vue d'assurer la représentation et la défense de ses intérêts, il est tenu de respecter l'autorité de l'Etat et l'ordre public. En effet, la Constitution elle-même et les textes portant statut du fonctionnaire font primer sur les droits et libertés fondamentaux des fonctionnaires-citoyens deux boucliers juridiques à l'action de l'Administration. En effet, les termes « *respect (...) de l'intérêt supérieur de l'Etat* »⁵⁵ et « *sous réserve des prescription légales relatives à l'ordre, à la sécurité et à la tranquillité* »⁵⁶ constituent des véritables butoirs liberticides voulus par le constituant⁵⁷ à l'effet de primer les intérêts des pouvoirs publics sur ceux des administrés, agents publics en l'occurrence.

Le décret portant statut général de la fonction publique indique aussi de façon claire que le fonctionnaire « *est tenu d'exercer ses droits dans le respect de l'autorité de l'Etat et de l'ordre public* »⁵⁸. Il ajoute d'ailleurs que « *certaines fonctions exigent de leurs titulaires un loyalisme aux institutions de la République ou une neutralité politique absolue* »⁵⁹, privant dès lors cette catégorie de fonctionnaires d'un droit politique, droit reconnu par la Constitution au demeurant.

Parlant du respect de l'ordre public et de l'autorité de l'Etat auquel le fonctionnaire serait soumis dans l'exercice de ses droits, le problème qui se pose à ce niveau n'est pas, nous le précisons et insistons, le respect par le fonctionnaire de l'autorité de l'Etat, car il va de soi que l'Etat, garant du bien-être de tous, ne peut être placé au même niveau que le citoyen, et aucune liberté, aucun droit ne peut être exercé dans l'anarchie dans aucun Etat au monde. Le problème c'est davantage le contenu des expressions « *intérêt supérieur de l'Etat* » et « *l'ordre public* ». Que contient l'expression « *intérêt supérieur de l'Etat* » ? La Constitution ne le précise pas. La sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'Etat est-elle forcément incompatible avec l'exercice de liberté des citoyens (fonctionnaires) ? L'exercice des droits et libertés de chacun ne participe-t-il pas de l'intérêt supérieur de l'Etat ? Quoiqu'il en soit, l'insertion d'une notion au contour flou et

⁵⁵ Préambule de la Constitution du 18 janvier 1996.

⁵⁶ Préambule de la Constitution du 18 janvier 1996.

⁵⁷ METOU (M.B), « Vingt ans de contentieux des libertés publiques au Cameroun », *RASJ*, Vol.8, n° 1, 2011, p. 276.

⁵⁸ Art.21 al.3 du SGFPE.

⁵⁹ Art.21 al.3 du SGFPE.

indéterminé dans la Constitution offre aux autorités administratives la latitude de manier à leur guise l'exercice des libertés publiques et le risque d'arbitraire est alors grand. D'ailleurs, le texte constitutionnel après avoir proclamé le ferme attachement du peuple camerounais à telle ou telle liberté, subordonne l'exercice de celle-ci aux formes et conditions déterminées par la loi⁶⁰, avec la possibilité pour celle-ci d'en restreindre l'application au nom de la sauvegarde de l'ordre public et des « *intérêts supérieurs de l'Etat* ». On peut alors dire avec la professeur Maurice KAMTO que le constituant « *introduisait le loup dans la bergerie* »⁶¹, pour apprécier cet « *intérêt supérieur de l'Etat* » par rapport au droit des libertés.

Quant à la notion d'ordre public contenu dans la constitution, le statut général de la fonction publique, le moins qu'on puisse dire ce qu'il s'agit aujourd'hui en droit camerounais d'une notion incontrôlée et au contenu indéterminé⁶², même si certains auteurs estiment son contenu saisi et saisissable par le droit⁶³. En effet, en raison de sa plasticité⁶⁴, la notion d'ordre public peut difficilement être définie avec précision et exactitude.

Dans l'ordre juridique camerounais par exemple, la notion de l'ordre public reste et demeure jusqu'à présent insaisissable. Ainsi, au-delà de l'indétermination constitutionnelle de la notion de l'ordre public, les textes législatifs en matière de police administrative gardent aussi un mutisme inquiétant quant au contenu de la notion. Même l'un des rares textes qui aborde la question, reste particulièrement lapidaire et laconique quant au contenu de la notion. L'article 87 alinéa 1 de la loi fixant les règles applicables aux communes indique que : « *la police municipale a pour objet (...), d'assurer le bon ordre, la sûreté, la tranquillité, la salubrité et la tranquillité publique* »⁶⁵. Bien que le texte définisse laconiquement le contenu de l'ordre public, il a au moins le mérite de définir le contenu de la notion. Ce texte décline donc clairement les éléments constitutifs de l'ordre public communal. C'est certain. Mais ce contenu est-il le même lorsqu'on

⁶⁰Lire attentivement le préambule de la Constitution camerounaise.

⁶¹ Cité par METOU (M.B), « Vingt ans de contentieux des libertés publiques au Cameroun », op.cit., p. 276.

⁶² BEYEGUE BOULOU MEGUE (E.G.), « la persistance de l'idéologie de la construction nationale en matière de police administrative » in ONDOA (M.) et EBANE ENGOLO (P.E.) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, l'Harmattan, 2016, p.304.

⁶³ Lire note de bas de page, NGANGO YOUNBI (É. M.), *La légalité administrative au Cameroun : de l'objectivation à la subjectivation*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2013, p. 40.

⁶⁴ Le professeur PICARDI indique par exemple qu' « *en droit interne, la notion d'ordre public s'avère éminemment difficile à saisir* », qu'« *elle y apparaît protéiforme, équivoque, relative, circonstancielle, contingente, indéterminée et singulièrement contradictoire puisque toujours maîtresse de sa nécessité, mais en même temps sujette à l'aléa de ses exigences concrètes dans un contexte factuel donné, tout à la fois impérative dans son principe, mais éminemment flexible dans ses implications pratiques* ». PICARDI (E.), « l'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.*, 20 juin 1996, n° spécial, p. 56.

⁶⁵ Loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux Communes.

parle de l'Administrative de façon générale ? Autrement dit, le contenu de l'ordre public au niveau communal est le même qu'au niveau national ? La lecture du droit positif camerounais ne permet pas de répondre avec exactitude à la question.

On peut donc dire avec M.BEYEGUE BOULOUMEGUE⁶⁶ que l'ordre public apparaît comme une directive à la fois absolutoire et illimitée, qu'il est plus un ordre de limitation des libertés qu'un ordre de protection de ces libertés, car en réalité sa dimension restrictive est plus prononcée que sa dimension protectrice, témoignant ainsi de ce que trop souvent dans notre pays, « *les mécanismes de l'Etat de droit demeurent largement théoriques et prennent de ce fait valeur d'enseigne décoratives* »⁶⁷

Au regard de ce qui précède, on peut affirmer que la consécration des droits des fonctionnaires-citoyens ne peut donner un statut séduisant que si les droits consacrés au profit des fonctionnaires sont réellement effectifs.

Conclusion

Avec l'avènement de la libéralisation dans la fonction publique au début des années 1980, les fonctionnaires ont vu leur statut évoluer avec la consécration des droits et libertés autrefois absents des textes juridiques régissant leur situation la situation, Mais ces droits et libertés consacrés sont dans la pratique, confrontés à certains obstacles qui contribuent malheureusement à réduire la portée de cette évolution du statut des fonctionnaires camerounais.

Ainsi, si la lecture des textes consacrant les droits et libertés des fonctionnaires laisse penser que les fonctionnaires désormais, avec la percée de l'idéologie libérale, ont un statut enviable, les éléments caractérisant la persistance de l'idéologie de la construction nationale permettent plutôt de relativiser l'importance pratique des droits consacrés et finalement le fonctionnaire est dans une sorte de miroir aux alouettes.

⁶⁶ BEYEGUE BOULOUMEGUE (E.G.), « la persistance de l'idéologie de la construction nationale en matière de police administrative », op. cit., p.308.

⁶⁷ ONDOA (M.), « Le droit public des Etats africains sous ajustement structurel : le cas du Cameroun », p. 420. Cité par ATEBA EYONG (R.E.), « L'évolution du fondement idéologique du droit administratif camerounais » ONDOA (M.) et EBANE ENGOLO (P.E.) (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, l'Harmattan, 2016, p. 293.

**Plaidoyer pour une organisation mondiale et une juridiction internationale
pour l'environnement***Advocacy for a global organization and international jurisdiction for the environment**Par :* Page | 187**Ulrich Kevin KIANGUEBENI**

Enseignant-chercheur

Faculté de droit

Université Marien Ngouabi

Résumé

La protection de l'environnement est incontestablement marquée par l'absence de moyen de coercition pour son effectivité. En effet, cette protection se caractérise par des faiblesses normatives et institutionnelles qui nécessitent la mutualisation d'initiatives au niveau international et la mise en place des mesures contraignantes. Cette nécessité se justifie par l'échec de l'intégration institutionnelle des piliers du développement durable, d'une part, qui met en évidence l'absence cruelle d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement d'autre part.

Mots-clés : Plaidoyer, protection, environnement, organisation mondiale, juridiction internationale

Abstract:

Environmental protection is undoubtedly marked by the absence of means of coercion for its effectiveness. This protection is characterized by normative and institutional weaknesses which require the pooling of initiatives at the international level and the implementation of restrictive measures. This necessity is justified by the failure of the institutional integration of the pillars of sustainable development and which highlights the cruel absence of a global organization and an international jurisdiction for the environment.

Page | 188

Keys-word: Advocacy, protection, environment, global organization, international jurisdiction.



Introduction

Désormais sujet de débat politique au niveau planétaire, le problème de la dégradation de l'environnement est perçu de façon globale. Comme l'affirme Jean-Noël Salomon, déforestation, réduction de la biodiversité, modifications de l'atmosphère, pollution de l'eau, pertes en sols cultivables sont, avec la recherche des moyens pour limiter leurs conséquences négatives, les grandes questions du prochain millénaire. La question environnementale relève d'une prise de conscience générale extrêmement récente, consécutive à la montée dans l'opinion d'une sensibilité « écologiste » dont les pouvoirs en place doivent tenir compte de manière croissante¹. La prise de conscience de l'opinion nationale et internationale a suscité et continue à susciter des interrogations notamment au niveau de l'efficacité des mesures juridiques de protection de l'environnement. Notre propos introductif consiste à analyser les origines et l'évolution de la protection de l'environnement pour poser la problématique des faiblesses de cette protection qui justifie la mise en place d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement.

Le droit de l'environnement est le domaine du droit qui vise à défendre et à promouvoir l'environnement. Il repose sur un principe de solidarité au nom de la protection du bien commun que représente l'environnement au sens large, pour les générations actuelles et futures. Il est donc avant tout un droit de protection. L'histoire de ce droit est caractérisée par une évolution vers un droit intégré et plus transversal de l'environnement, reconnaissant qu'« on ne peut dissocier l'homme de son milieu de vie et des éléments physiques et biologiques qui composent ce milieu. le droit de l'environnement trouve ses racines dans des dispositions éparses, hétéroclites ainsi que dans les usages locaux, mais les préoccupations de santé, de salubrité et de régulation économique ont toujours orienté l'édiction de mesures relatives aux choses qui environnaient l'homme².

Ce qui fait dire que le droit de l'environnement est un droit jeune, identifié dans les années 1970. Il trouve ses racines dans des dispositions éparses, hétéroclites ainsi que dans les usages

¹ Jean-Noël Salomon, « Questions à l'environnement, Avant-propos », in *Sud-Ouest européen*, tome 3, 1998. Questions à l'environnement. pp. 1-2

² Michel Prieur, « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier : Constitution et environnement) - janvier 2004] M. Prieur est Doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences économiques de Limoges et Directeur scientifique du CRIDEAU-CNRS-INRA.

locaux, mais les préoccupations de santé, de salubrité et de régulation économique ont toujours orienté l'édiction de mesures relatives aux choses qui environnaient l'homme³.

Si la protection de l'environnement a, plus tard, connue une importance remarquable, certains auteurs comme Pierre Lunel, Pierre Braun, Pierre Flandrin-Blety et Pascal Texier estiment que les civilisations du passé ne semblent pas, à première vue, avoir mis la protection de l'environnement au rang de leurs soucis majeurs ; derrière cette trompeuse insouciance se cache pourtant une authentique permanence de l'intérêt marqué par les sociétés à leur environnement. À toutes les époques, l'on peut percevoir des méthodes de prévention contre la destruction du cadre de vie et des solutions apportées par les hommes à leurs conflits en matière d'environnement. L'apparente carence des autorités publiques ne doit donc pas faire illusion sur ce point⁴. Jusqu'à ce jour de nombreuses études, réalisées en droit positif de l'environnement, n'ont pas envisagé sérieusement les aspects historiques du thème. Trop souvent, elles sont muettes et semblent supposer que le monde est né il y a peu d'années avec les excès les plus criants de la technologie triomphante ; admettant implicitement que le passé plus ancien serait un âge d'or indifférencié.

Michel Prieur écrit cependant que : « *l'analyse du droit positif de l'environnement et la réflexion prospective ne peuvent se passer de l'apport de l'histoire du droit et des institutions. Une histoire du droit de l'environnement est à écrire. Il est bien connu que le droit de l'environnement dans sa formulation actuelle trouve ses sources dans un grand nombre de textes du XIX^e siècle et de la première partie du XX^e siècle inspirés exclusivement par des préoccupations d'hygiène et de promotion de l'agriculture et de l'industrie*⁵... »

Pour ce qui est de son évolution, il faut noter qu'au XXI^e siècle, la protection de l'environnement est devenue un enjeu majeur, en même temps que s'imposait l'idée de sa dégradation à la fois globale et locale, à cause des activités humaines polluantes. La préservation de l'environnement est un des trois piliers du développement durable. C'est aussi le 7^e des huit objectifs du millénaire pour le développement, considéré par l'ONU comme « crucial pour la réussite des autres objectifs énoncé dans la Déclaration du Sommet du Millénaire ». Initialement, le droit de l'environnement avait comme unique objet de préserver, de sauvegarder, de protéger

³ Claire Courtecuisse, *Histoire du droit de l'environnement*, septembre 2016, Université numérique juridique francophone.

⁴ Lunel Pierre, Braun Pierre, Flandin-Blety Pierre, Texier Pascal. « Pour une histoire du droit de l'environnement ». In: *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 1986. pp. 41-46

⁵ Michel Prieur, *Op, Cit*

l'environnement. Il s'agissait d'un droit de la conservation d'un état de nature considéré par la société comme faisant partie d'un patrimoine auquel elle est attachée, au même sens que le droit des monuments historiques avait comme finalité de conserver un patrimoine culturel exposé aux assauts du temps et de la modernisation. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, dans les textes, les notions de patrimoine naturel et culturel sont aussi souvent associées.

Dans une seconde étape du développement du droit de l'environnement, il fut pris conscience de ce qu'il ne suffisait pas de le protéger par le jeu de mesures conservatrices, mais qu'il convenait également de mener une action positive de restauration et de gestion de l'environnement ; que la montagne ne pouvait être protégée durablement sans y maintenir des montagnards ; qu'une action efficace sur la qualité des eaux ne pouvait résulter de la simple interdiction d'y rejeter les résidus d'activités polluantes et qu'il fallait en amont mettre en œuvre des politiques publiques d'investissements, etc. Toutefois, à ce stade des politiques de l'environnement, la cible reste bien identifiée. C'est l'environnement envisagé dans ses diverses conceptions et composantes : éléments, ressources, équilibres et patrimoine naturel.⁶

Le droit de l'environnement concerne l'étude ou l'élaboration de règles juridiques visant la compréhension, la protection, l'utilisation, la gestion ou la restauration de l'environnement contre perturbation écologique sous toutes ses formes - terrestres, aquatiques et marines, naturelles et culturelles, voire non-terrestres (droit spatial).

De manière générale, la protection internationale et les protections nationales ont montré leurs limites. Des limites normatives et institutionnelles. Ce qui justifie la nécessité d'envisager une protection adéquate avec la mise en place d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement.

I- LES LIMITES DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Ces limites sont liées aux faiblesses normatives et institutionnelles tant au niveau national qu'international.

⁶ Yves Jégouzo, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », in *Pouvoirs* 2008/4 (n° 127), pages 23 à 33

A- Les faiblesses normatives

Le régime de protection de l'environnement est caractérisé par des textes juridiques généraux et inaccessibles qui engendrent une dilution du droit de l'environnement.

1- Des textes juridiques généraux et des conventions inaccessibles

Page | 192

Les instruments de protection de l'environnement font apparaître une accessibilité à la fois matérielle et linguistique.

a- De la complexité des textes juridiques

La complexité juridique certaine et l'incertitude, voir le doute sur les effets juridiques réels de la constitutionnalisation se traduisent sur le terrain par une faible amélioration de l'état de l'environnement et à la sauvegarde de la planète⁷. La faible réclamation contentieuse du droit à un environnement sain, satisfaisant et durable des Etats en est une illustration parfaite. L'une des caractéristiques essentielles du droit de l'environnement est l'absence de sanction attachée en fait aux violations des règles qui le constituent. La dimension judiciaire de l'application du droit à un environnement sain constitue donc certainement le point crucial de l'opérationnalisation du droit de l'environnement⁸.

Il est vrai que les textes législatifs⁹ prévoient des sanctions pour les atteintes à l'environnement et ouvrent ainsi la voie à la possibilité de réprimer des crimes et délits environnementaux et de réparer les dommages environnementaux. Toutefois, en pratique, de telles sanctions sont extrêmement rares. La raison tient au fait que les administrations chargées de réprimer directement les atteintes à l'environnement ou de poursuivre en justice les délinquants environnementaux s'abstiennent le plus souvent de le faire, préférant appliquer plutôt une certaine tolérance en matière d'atteintes à l'environnement¹⁰. Ainsi, l'absence de sanctions administratives et la tolérance administrative en matière d'application des règles de protection de l'environnement sont ainsi très répandues dans plusieurs Etats et conduisent les autorités à s'abstenir d'appliquer les dispositions environmentalistes, parce que cette abstention leur paraît préférable à

⁷ Michel Prieur, « L'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement » in *Actes de la réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF*, 2008, Porto-Novo, Benin. pp.291-301,

⁸ Stéphane DOUMBE-BILLE, *Op. Cit.*, p.157

⁹ Lois, Codes, décrets, etc.

¹⁰ Vincent ZAKANE, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique : l'exemple du Burkina Faso », in Laurent GARNIER (dir) *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'ouest et centrale*, UICN, Glant, Suisse, 2008, p.23

l'application de la règle. « *Si cette solution paraît commode à certains égards, compte tenu notamment du poids de l'analphabétisme et de l'ignorance de la population en matière d'environnement, elle n'est cependant pas sans danger. Le risque est, en effet, grand de voir la règle appliquée par certaines autorités et pas par d'autres, ce qui peut engendrer une insécurité juridique préjudiciable au principe d'égalité des citoyens*¹¹ ». Les ressources naturelles étant généralement considérées comme des biens appartenant à tout le monde et donc à personne, il s'ensuit une certaine indifférence des citoyens devant des atteintes à l'environnement¹².

Les textes de protection de l'environnement, pour la plupart, ne prennent pas en compte les réalités locales qui véhiculent un besoin social. Ainsi, l'écart entre ces textes et les préoccupations des communautés locales et ethniques est à l'origine de l'inefficacité de la protection l'environnement. Le droit de l'environnement est un droit précis. C'est un droit technique et complexe, local et global (européen, droit de la mer, international...) en pleine expansion, dont les champs tendent à se densifier et à se diversifier au fur et à mesure des avancées sociales, scientifiques et techniques. Pour ce faire, il lui faut des textes précis, spécifiques et déterminés. Or dans la pratique, on peut se rendre compte que ce droit est, dans la plupart des cas, régi par des textes généraux et incomplets. Les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique. Véronique Jaworski estime à cet effet qu'en France par exemple, cette volonté de réprimer sévèrement toute atteinte à l'environnement désormais hissé au plus haut rang des normes n'a pas été transcrite dans le texte constitutionnel. À la lecture de la Charte de l'environnement, le pénaliste ne peut s'empêcher de constater avec dépit l'absence de toute disposition répressive, de référence quelconque à la responsabilité pénale. Alors même que les droits et devoirs en matière d'environnement sont hissés au sommet de la hiérarchie des normes, la répression de leurs atteintes éventuelles n'est pas même évoquée en termes généraux. Or, sur ce point, le constituant français aurait pu utilement s'inspirer de la Constitution espagnole¹³ qui, dans le paragraphe 3 de son article 45, prévoit des sanctions pénales ou administratives à l'encontre de ceux qui méconnaîtront les principes généraux du droit constitutionnel de l'environnement posés au paragraphe 2. De même, la Constitution grecque contient une disposition expresse enjoignant à l'État de prendre des « mesures spéciales,

¹¹<http://sosnet.eu.org/re&s/dhdi/recherches/environnement/articles/sitackdroitenv2.htm>, Consulté le 27 décembre 2020)

¹² Carel Makita Kongo, *Op, Cit*, p10

¹³ Espagne, Constitution du 27 décembre 1978, version française, [En ligne], [mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm], consulté le 27 janvier 2021

préventives ou répressive¹⁴ », en vue de la sauvegarde de l'environnement¹⁵. Parce que les atteintes à l'environnement présentent dans la majeure partie des cas un caractère d'irréversibilité, la répression paraît privilégier en ce domaine la régularisation de la situation à laquelle l'acte délictueux a apporté un dommage¹⁶. C'est pourquoi on peut affirmer que les textes de protection ne vont pas assez loin dans la répression. Ce qui représente une grande faiblesse dans la chaîne de protection.

b- De l'inaccessibilité des Conventions

Au niveau international, on peut constater la méconnaissance des Conventions et traités internationaux par les populations. En effet, peu de pays en voie de développement organisent, de manière régulière, des réunions de sensibilisation et d'information sur les textes internationaux de protection de l'environnement et du patrimoine naturel. Un élément pourtant nécessaire dans des sociétés ayant des difficultés d'accès aux textes juridiques. Cette méconnaissance par les populations et communautés locales entraîne celle des grands enjeux associés à la protection du patrimoine naturel en général. De ce point de vue, il est difficile, pour les populations, de saisir les enjeux de protection, de cohésion sociale, d'identité locale ou nationale et de valorisation du patrimoine contenu dans les Conventions. C'est pourquoi nous en arrivons à la conclusion selon laquelle la sensibilisation de la population sur les enjeux des Conventions n'est pas encore érigée en priorité faute d'éléments de communication adéquats. Les Etats Parties à ces Conventions ne font pas de la sensibilisation une priorité. Ces textes étant des accords internationaux, il appartient au seul Etat Partie d'en assurer l'application. Pourtant *la réception et l'assimilation des textes internationaux par le peuple sont essentielles, pour que les citoyens prennent conscience de ces sites et de leurs esprits, et qu'ils puissent ainsi les protéger*¹⁷. Or les Etats n'offrent pas aux citoyens la possibilité de s'imprégner et de s'appropriier les textes internationaux de protection de l'environnement. En conséquence, la méconnaissance des Conventions et traités internationaux par les populations entraîne le manque d'information sur les principes juridiques internationaux relatifs à la conservation de l'environnement. Cette mission qui incombe pourtant à l'Etat n'est pas accomplie. A ce titre, il apparaît clair que l'absence d'une communication environnementale

¹⁴ Grèce, Constitution du 9 juin 1975, version révisée (2001) française, art. 24 (1), [En ligne], [mjp.univ-perp.fr/constit/gr1975.htm, consulté le 27 janvier 2021

¹⁵ Véronique Jaworski, « L'état du droit pénal de l'environnement français : entre forces et faiblesses », in revue *Les Cahiers de droit*, Volume 50, Numéro 3-4, septembre-décembre 2009, p. 889-91

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Axelle Glapa, *Op. Cit.*, p44

empêche une meilleure appropriation des traités par la population. Ainsi, les difficultés d'interprétation des textes internationaux sont perçues comme une faiblesse de la norme internationale. En effet, les normes internationales ne visent pas les individus mais plutôt les Etats. Dans ce sens, les communautés locales ont du mal à interpréter les Conventions et traités internationaux. La difficulté d'interprétation crée ainsi un vide juridique conduisant à l'inefficacité de l'action internationale de protection du patrimoine naturel.

Ainsi, il est établi que plusieurs insuffisances de nature juridique se présentant finalement comme notoires, sont ici constitutives de véritables sources de faiblesses du dispositif de droit voué à la protection de l'environnement. Il s'agit d'une incapacité à imposer de façon générale et uniforme, des principes aptes à prendre en compte de la façon la plus efficace les intérêts écologiques¹⁸. Ces faiblesses sont dues au fait que le régime légal connaît des textes juridiques généraux et incomplets.

2- Les conséquences d'une effectivité diluée du droit de l'environnement

Aborder le sujet des lacunes du droit de l'environnement conduit bien davantage à réfléchir sur son efficacité que sur son contenu.

a- De l'effectivité du cadre normatif

La question majeure est en effet celle de l'effectivité du droit existant, comme celle de son autorité par rapport aux autres droits, plus que de la nécessité de recourir à de nouvelles règles de droit. Qu'il s'agisse des éléments naturels, de la lutte contre les pollutions et les nuisances, de la gestion des risques, des activités dangereuses et aujourd'hui du climat, les textes se sont multipliés. Et pourtant, le droit de l'environnement reste un droit largement inefficace, non pas par défaut de règles, mais plutôt par mauvais vouloir systématique de les appliquer et par une forme d'organisation plus ou moins volontaire de leur inefficacité.

Les faiblesses se manifestent dans des domaines extérieurs au droit de l'environnement stricto sensu, mais elles ont incontestablement une incidence sur l'efficacité de son application. Dans le droit de l'environnement lui-même, les faiblesses se manifestent dans les procédures de prises de décisions, les règles de responsabilité et les sanctions. Tout d'abord, dans la mesure où

¹⁸ Henry Nkoto Edjo, *Les aspects juridiques de la protection de l'environnement dans les forêts communautaires au Cameroun*, Mémoires de Master 2 en Droit International Comparé de l'Environnement, Université de Limoges 2007, p34

le droit de l'environnement entre en conflit direct avec les intérêts économiques d'un certain nombre d'entreprises et de lobbies, tous les systèmes susceptibles d'entraver l'application de la loi et de permettre le développement d'échappatoires en tout genre sont mis en œuvre. Les pressions économiques et financières, voire politiques, exercées sur le gouvernement français pour qu'il ne transpose pas les directives communautaires sont un des exemples les plus probants de ces pratiques à la limite du droit. Mais le monde économique et financier n'est pas le seul à faire pression pour que ne soient pas appliquées ou mal appliquées les dispositions de droit communautaire lorsqu'elles visent à favoriser l'environnement ou encore le droit des administrés¹⁹. Cette situation engendre une effectivité diluée du droit de l'environnement favorisant ainsi les abus dans l'exploitation des ressources naturelles et environnementales. En effet, les limites nationales de la protection de l'environnement s'illustrent par une effectivité diluée, mais perfectible du régime juridique de protection. Corinne Lepage estime qu'en droit de l'environnement, les difficultés sont difficiles à établir. Tout d'abord, il n'existe pas aujourd'hui de délinquance écologique au sens propre du terme. En effet, lorsqu'il y a des infractions dans le domaine de l'environnement, et ce jusqu'à la transcription de la directive très récemment adoptée en deuxième lecture par le Parlement européen sur la responsabilité pénale, il s'agit le plus souvent de simples infractions administratives, c'est-à-dire de la méconnaissance d'autorisations administratives. L'atteinte aux milieux stricto sensu n'est réprimée que lorsqu'elle porte sur l'eau et sur quelques espèces protégées. Dans tous les autres cas (air, sol, déchets, biodiversité), les dommages causés aux milieux ne font pas l'objet d'incriminations pénales. Ces atteintes concernent seulement, la plupart du temps, le non-respect de formalités administratives que les spécialistes dénomment « délits papiers ». Ainsi, soit il s'agit de dommages causés aux personnes, et c'est le droit pénal général qui s'applique, soit il s'agit de simples infractions administratives, et l'enjeu pénal est extrêmement faible. Il n'en demeure pas moins que la voie pénale reste largement privilégiée pour tous les domaines qui touchent à l'impact de l'environnement sur la santé humaine, pour la bonne et simple raison qu'il est aujourd'hui quasiment impossible, en utilisant le droit civil, de parvenir à la réparation complète du dommage. En effet, les règles de charge de la preuve et le coût de l'expertise rendent trop souvent impossible d'envisager d'utiliser la responsabilité civile pour réparer les dommages causés aux personnes et à l'environnement²⁰.

¹⁹ Corinne Lepage, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », in *Pouvoirs* 2008/4 (n° 127), pages 123 à 133

²⁰ *Ibid*

b- De l'importance du droit administratif dans la protection de l'environnement

Il convient de garder à l'esprit que dans beaucoup de pays, le droit de l'environnement est en grande partie un droit administratif. Ce sont les pouvoirs publics qui déterminent, par la voie d'un système d'autorisation, dans quelles mesures la pollution est admise ou interdite. Il n'y a dès lors pas d'interdiction absolue de la pollution et pas de protection absolue des intérêts écologiques. Ce sont principalement les autorités administratives qui vont déterminer dans quelles mesures ces intérêts écologiques sont oui ou non protégés. Cet intérêt primordial du droit administratif dans le droit de l'environnement se montre aussi dans le droit pénal de l'environnement. Dans beaucoup de pays, les dispositions pénales des lois d'environnement sanctionnent essentiellement le non-respect d'obligations administratives. C'est essentiellement la pollution non autorisée ou en violation des obligations administratives qui est punie. Le droit pénal de l'environnement actuel est, dans beaucoup de pays, dans une large mesure dépendant du droit administratif²¹. À cela s'ajoute l'absence d'aggravation de la sanction dans les hypothèses de récidive.²²

On voit dès lors dans beaucoup de pays que les dispositions pénales qui constituent le droit pénal de l'environnement se trouvent actuellement dans des lois spéciales de l'environnement. Souvent, elles se trouvent à la fin des lois ou des décrets, sous la forme d'une annexe ou d'un article précisant que « ceux qui enfreignent les dispositions fixées par ou en vertu de la présente loi et du présent décret sont punis de : ... ». Parfois, il est stipulé expressément que ceux qui enfreignent les conditions d'une autorisation administrative sont également punissables²³. Une conséquence claire de cette structure du droit pénal de l'environnement est que les intérêts juridiques écologiques ne sont pas protégés d'une façon directe par le droit pénal. En effet, une pollution manifeste du sol ou de l'eau n'est pas punissable dans tous les cas ; tel n'est pas le cas que si les agissements constituent en même temps une violation d'une obligation d'autorisation ou d'une autre obligation administrative. Il en résulte une limitation des possibilités de pénaliser directement les pollutions. De plus, cette « dépendance administrative » a comme conséquence que ce sont les autorités administratives qui vont déterminer le caractère répréhensible de certains actes de pollution. Ces autorités administratives disposent en effet aujourd'hui de la possibilité de définir

²¹ Faure Michaël G. « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal ». In: *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°1, 2005. pp. 3-19;

²² Véronique Jaworski, *Op. Cit*

²³ Sur l'importance du régime de l'autorisation préalable en droit pénal français de l'environnement, v. D. Guihal, « Droit répressif de l'environnement », 2e éd., Paris, Economica, 2000, p. 60-65 et pour un aperçu M. Prieur, « Droit de l'environnement », 4e éd., p. 840-842 et v. aussi A. De Nauw, « Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise », Gand, Mys et Breesch, 1994, p. 83-89.

les conditions d'autorisation. Par le fait que la violation de ces conditions est pénalisée, les conditions de pénalisation sont en réalité définies non par le législateur, mais par les autorités administratives. Dans ce sens, certains ont tenu à ce que le droit pénal et le juge pénal perdent une bonne partie de leur autonomie parce que l'intervention par le droit pénal n'est possible que si une infraction aux obligations administratives a été commise²⁴.

Dans ce sens-là, les atteintes ou les mises en danger des intérêts classiques individuels sont pénalisées directement, sans intervention des autorités administratives. Apparemment, une telle protection directe par le droit pénal n'existe pas en droit pénal de l'environnement. Comme le formule le professeur Alain de Nauw « d'une manière théorique, on peut affirmer que la dépendance administrative implique que le bien juridique directement protégé n'est pas l'environnement. L'environnement est uniquement protégé de manière indirecte pour autant que les dispositions administratives sauvegardent l'environnement. Chaque cas de pollution ne sera pas automatiquement constitutif d'infraction. Ce ne sera le cas que si l'acte ou l'omission constitue également une atteinte à une obligation en matière d'autorisation.²⁵ »

De manière générale, l'inadéquation des peines proposées se double aussi d'une incohérence dans la hiérarchie des sanctions.

B- Les faiblesses institutionnelles

Elles sont caractérisées par une insuffisance des ressources humaines et financières qui caractérise les limites de l'action publique de financement pour l'environnement.

1- Des institutions aux ressources humaines et financières insuffisantes

Les politiques et stratégies de protection de l'environnement connaissent des faiblesses au niveau des ressources humaines et financières.

a- L'insuffisance des contrôles en matière de risques environnementaux

En matière de risques environnementaux, nombreux sont les constats qui déplorent une insuffisance tant du contrôle préventif que des mesures curatives et des sanctions à l'égard des

²⁴ Ceci est le cas dans plusieurs systèmes juridiques. Pour un aperçu, v. M. Prabhu, « Rapport général », *Revue internationale de droit pénal* (n° spécial « Les atteintes à l'environnement »), 1994, p. 686-688.

²⁵ *Moniteur belge*, 17 septembre 1985, aussi publié dans M. Faure, et G. Heine, « Environmental Criminal Law in the European Union. Documentation of the main provisions with introduction », Freiburgim Breisgau, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2000, p. 37-38.

responsables de pollutions et nuisances. Ces carences dans la protection de l'environnement peuvent trouver leur source dans la législation elle-même, dans la mesure où le droit se contente le plus souvent d'accompagner les activités présentant des risques en ne prescrivant que des obligations de moyens. Elles résultent également de la faiblesse des ressources matérielles et humaines dévolues à l'administration pour accomplir sa tâche de contrôle auprès des entreprises et installations que la loi place sous surveillance. La pénurie de ressources se traduit alors par une incapacité à réaliser un contrôle autre que sélectif. Cette pénurie a aussi pour conséquence indirecte d'encourager chez les agents administratifs une culture de l'accommodement, qui vise à obtenir des contrevenants eux-mêmes le respect des règles à défaut d'avoir les moyens pour l'imposer²⁶.

La protection effective de l'environnement se heurte à l'insuffisance des ressources humaines et à la faiblesse des investissements qui y sont alloués. Très souvent, les ministères en charge de l'environnement sont quasiment les seules institutions nationales qui se charge de la protection du patrimoine naturel. Concrètement, aucun autre organe ne concoure à la protection de ce patrimoine au niveau national. Ainsi donc, la participation active des opérateurs privés, des organisations non gouvernementales et de toute personne ressource physique ou morale se fait toujours attendre. En effet, l'État prévoit un cadre clair et précis de cette participation. La faible participation d'autres institutions se justifie aussi par l'absence de coopération institutionnelle nationale à travers des partenariats public-privé. L'Etat, à travers le ministère en charge de l'environnement, est la seule entité contribuant à la protection du patrimoine naturel. Il assume seul la mise en œuvre des mécanismes de protection qu'il a lui-même prévu. Son action se révèle donc inefficace. Face à ce tableau d'une protection de l'environnement déficiente, le rôle joué par les mobilisations collectives de riverains et associations est souvent considéré comme stratégique, soit pour signaler des dysfonctionnements que l'administration n'a pas relevés, soit pour la contraindre à agir (ou sévir) lorsque prévaut une logique accommodante de régularisation. L'arme contentieuse semble ainsi devoir être désignée comme l'outil approprié pour pallier les carences de l'administration²⁷.

Aussi, il faut noter que l'institution nationale chargée d'assurer la protection du patrimoine naturel connaît des difficultés à imposer une application adéquate de la législation relative à la protection de ce patrimoine en l'absence des moyens humains et matériels. Ainsi se réalisent des

²⁶ Romain Melot, Hai Vu Pham, « Protection de l'environnement et stratégies contentieuses. Une étude du recours à la justice administrative », in *Droit et société* 2012/3 (n° 82), pages 621 à 641

²⁷ *Ibid*

actes d'exploitation et d'occupation anarchique des ressources naturelles préjudiciables comme les coupes clandestines et illicite de bois, l'exploitation minière ou agricoles, à grande échelle sans autorisation préalable. Ces actes font prévaloir les intérêts économiques au détriment de la protection des ressources naturelles. D'autre part, il existe la prolifération des projets de développement urbain avec notamment l'agrandissement des grandes. Ces projets qui se multiplient en l'absence d'un plan directeur de la ville, affectent l'intégrité et l'authenticité des sites naturels. En outre, les institutions nationales ne mènent pas de démarches sincères visant à faire participer les communautés locales et les personnes ressources dans la protection du patrimoine naturel.

b- L'insuffisance des allocations de protection

Il convient de souligner qu'au niveau national, plusieurs pays ont créé des fonds publics d'indemnisation des dommages causés à l'environnement, des risques des catastrophes naturelles notamment des pollutions accidentelles pour indemniser les victimes de ces dommages. Il s'agit des fonds publics « qui sont créés sur l'initiative des pouvoirs publics et financés par des contributions obligatoires prélevés sur le secteur ainsi contraint de se constituer en mutuelle de gestion du risque créée par ses activités et/ou de prévention des nuisances éventuelles²⁸ ». La mutualisation du risque environnemental s'est opérée également par la création des fonds publics nationaux destinées à régler les contentieux liés à la réparation des préjudices relatifs à l'environnement. Ainsi, en matière de pollution par exemple, des législations nationales ont mis en place des mécanismes juridiques de lutte contre la pollution des mers par les hydrocarbures. Cependant, malgré leur rôle important, ces fonds restent limités par un champ d'intervention déterminé et une application uniquement au niveau national²⁹.

En réalité, le financement national de l'environnement est soutenu par des programmes internationaux mis en place par les organisations mondiales selon les enjeux, les priorités et les préoccupations. Les politiques de développement sont de plus en plus interdépendantes. Différents facteurs influent sur la capacité des pays en développement et d'autres acteurs à mobiliser des ressources à l'appui du développement durable. Durant les années 2000, les pays en développement ont bénéficié d'une conjoncture économique mondiale favorable pour accéder aux

²⁸ Leïla Chikhaoui-Mahdoui, *Le financement de la protection de l'environnement*, Thèse de droit public, Université de Paris 1, p.457

²⁹ Sofiane Benslimanen *La protection de l'environnement et les comptes d'affectation*, Mémoire de master en droit de l'environnement, Université de Tunis 2007, p27

sources de financement. La faiblesse des taux d'intérêt dans les pays développés a amené les investisseurs internationaux à explorer les possibilités d'investissement à fort rendement dans les pays en développement. Ce phénomène, conjugué à la déréglementation des marchés internationaux de capitaux, a débloqué des flux massifs de capitaux à destination des pays en développement. Aux lendemains de la crise financière, l'assouplissement quantitatif qui a caractérisé les politiques monétaires dans les pays développés a encore accru les liquidités. Les actifs des banques centrales des États-Unis, de l'Union européenne et du Japon se sont accrus pour atteindre le montant inégalé de 14 000 milliards USD à la fin 2017, contre environ 2 000 milliards USD en 2007, et les fonds ainsi libérés ont cheminé vers les pays en développement.

La tendance aujourd'hui est inversée. Divers facteurs, présentés comme positifs ou négatifs ou les deux, ont des effets limitatifs sur le financement du développement durable³⁰. On peut constater, en effet, les pressions au sein du système sur le financement du développement durable dues à la faiblesse de la croissance économique. Une situation préoccupante pour les financements nationaux de l'environnement. Étant donné l'importance de la croissance économique, l'atonie de la croissance de l'économie mondiale depuis 2009 est préoccupante. Selon le FMI, la croissance du PIB dans les pays développés stagne aux alentours de 2 % depuis la crise. Après un redressement relativement rapide au sortir de la crise financière, mais en moyenne depuis 2010, les pays en développement ont vu leur taux de croissance décliner. Selon les estimations du Fonds monétaire international (FMI), les taux de croissance des pays en développement devraient remonter légèrement, à 4.9 % en 2018, puis à environ 5 % les deux années suivantes, mais demeureront inférieurs à leurs niveaux d'avant la crise³¹.

Par ailleurs, l'augmentation des niveaux d'endettement réduit les capacités d'absorption. Les niveaux d'endettement augmentent dans les pays en développement et les pays développés, ce qui exerce des pressions sur les ressources susceptibles d'être consacrées au développement durable. La dette mondiale a atteint un sommet historique de 164 000 milliards USD en 2016, soit l'équivalent de 225 % du PIB mondial³².

³⁰ <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4a43729efr/index.html?itemId=/content/component/4a43729e-fr>, consulté le 16 janvier 2021

³¹ *Ibid*

³² <https://www.imf.org/external/french/np/blog/2018/041818f.htm>, Gaspar et Jaramillo (2018), Réduire les dettes élevées, consulté le 16 janvier 2021

Dans cette réalité, il devient impossible aux institutions nationales d'assurer une protection adéquate de l'environnement. Il convient de noter aussi que ce sont les États, concrètement les pays du Nord, qui tirent les ficelles du financement des institutions internationales et qui peuvent freiner ou accélérer les différents processus de protection nationale de l'environnement. Un exemple significatif de ce point de vue est le refus des derniers gouvernements des États-Unis (Bill Clinton et George W. Bush) de ratifier les accords environnementaux les plus importants, ce qui a suscité des tensions avec l'Europe et le Japon, qui faisaient pression pour leur adhésion. Ainsi, le système de gouvernance imaginé par les pays du Nord perd en effet de sa légitimité face aux pays du Sud, auxquels on demande d'assumer leurs responsabilités alors même qu'ils assistent à une absence de coopération et de coordination entre les pays donateurs. La persistance des tensions augmente en outre le risque d'une réduction de la coopération entre institutions et d'une suspension des financements³³.

2- Les limites de l'action publique pour l'environnement

L'action publique internationale connaît, elle, des difficultés spécifiques liées notamment au fait que l'environnement soit un bien commun et aux inégalités de développement entre les pays. Lorsqu'ils prennent une décision, les pouvoirs publics doivent tenter de concilier des intérêts contraires³⁴.

a- La difficulté de déclinaison de l'action publique à différentes échelles

La notion d'action publique n'est pas toujours facile de cerner. Pour simplifier, on peut dire que qu'il s'agit d'une action concrète (la création d'une loi, d'une charte internationale, la mise en place d'une nouvelle taxe...) produite par une série d'interactions entre des institutions publiques et tous les acteurs publics ou privés concernés par un problème public (le gouvernement, des collectivités locales, les administrations, les groupes d'intérêt, les citoyens...). Ces interactions s'accompagnent de la mise en œuvre des politiques et de leur contrôle. L'action publique pour l'environnement peut donc prendre plein de formes différentes. Pour l'illustrer rapidement, il suffit d'observer l'actualité récente : la COP21 a permis de signer en 2015 l'accord international sur les changements climatiques - dit accord de Paris - ; le Pacte vert européen établi en 2019 nous a donné la feuille de route européenne en matière d'environnement ; la convention citoyenne pour le

³³ Pierre Jacquet, Jean Pisani-Ferry et Laurence Tubiana, *Gouvernance mondiale, Rapport de synthèse*, la Documentation Française, p79

³⁴ melchior.fr/cours/complet, consulté le 26 janvier 2024

climat a rendu en 2020 son rapport au chef de l'Etat français, avec de multiples propositions d'action... Ces différents exemples montrent que l'action publique pour l'environnement se décline à différentes échelles (locale, nationale, européenne, internationale) avec des acteurs très différents. Nous verrons aussi que les outils que les pouvoirs publics peuvent mobiliser dans le cas particulier de la lutte contre le réchauffement climatique, s'ils ont bien une certaine efficacité, connaissent de nombreuses contraintes. Les questions environnementales sont donc bien à l'interface de la science politique, de la sociologie et de l'économie³⁵.

En conséquence, la protection de l'environnement intègre l'action publique avec une multitude d'acteurs étatiques, principalement des ministères (de l'environnement, du développement durable, des eaux et forêts, des hydrocarbures...). L'action publique de l'environnement nécessite la mise en place d'une coopération et d'une collaboration entre les différents services publics. De cette coopération naissent des relations conflictuelles rendant inefficace sinon inopérant les politiques publiques de l'environnement. Les conflits en matière environnementales peuvent ainsi avoir trois causes principales. Tout d'abord, lorsqu'il y a une vision opposée ou concurrente d'un même problème public, ou lorsqu'il n'y a pas accord collectif pour considérer la question comme un problème public. Ce fut le cas avec les « climato-sceptiques » (qui ne croient pas au réchauffement climatique ou que les activités humaines en soient la cause), pour qui l'intervention des pouvoirs publics pour lutter contre le réchauffement climatique n'était pas forcément légitime et ne méritait pas de figurer à l'agenda politique. Ensuite, le conflit peut porter sur la question d'un partage des ressources environnementales (c'est sans doute le conflit le plus fréquent !). De nombreux exemples portent sur l'usage de l'eau dans le monde. Ainsi, la pratique de la fracturation hydraulique pour extraire du pétrole de schiste aux Etats-Unis a tendance à polluer les eaux fluviales et les nappes avoisinantes : les opposants à cette exploitation sont donc souvent les populations n'ayant plus accès à une eau potable de qualité (la fracturation pose bien d'autres soucis écologiques : risques sismiques, dégradations de l'air, etc.). Aux Etats Unis, il y a eu le conflit juridique entre des habitants d'Hinkley, en Californie, et la compagnie Pacific Gas and Electricity (PG&E) accusée d'avoir déversé dans l'eau du chrome de manière illégale, générant des tumeurs et des maladies génétiques : ce conflit fut porté à l'écran dans le film Erin Brockovich (du nom de l'assistance juridique devenue militante écologique qui a permis d'instruire l'affaire et de condamner lourdement l'entreprise PG&E). Enfin, le conflit peut porter

³⁵ Gérard Éthier, Claude Beauregard, Roland Parenteau, *L'administration publique : diversité de ses problèmes, complexité de sa gestion*, Presses de l'Université du Québec, 2019, p 131

sur la responsabilité des pouvoirs publics. Dans ce cas, il peut aussi se traduire de manière juridique, comme on l'a vu récemment en France : des collectifs et associations ont appelé à porter plainte contre l'Etat, qui ne prendrait pas les mesures suffisantes pour lutter contre le réchauffement climatique. Une pétition soutenant ce recours judiciaire totalise plus de 2 millions de personnes (c'est l'affaire du siècle³⁶).

b- Le dilemme de l'action publique dans la conciliation des intérêts contraires

Il faut noter que lorsqu'ils prennent une décision, les pouvoirs publics doivent tenter de concilier des intérêts contraires. Or, les objectifs environnementaux peuvent entrer en contradiction avec des objectifs de justice sociale ou d'efficacité économique et ainsi rendre difficile l'acceptation de cette action. L'action publique en faveur de l'environnement a un coût. C'est pourquoi l'augmentation de la dette des Etats et la nécessaire relance économique suite aux différentes crises risquent peut-être de peser sur cette action publique, comme lors de la crise de 2008-2009. Aussi, L'action publique dans le domaine de l'environnement se heurte à l'ampleur de la crise environnementale attestée par de nombreuses données scientifiques. L'action publique nationale pour l'environnement s'est toujours caractérisée par une forte dimension internationale. Pour beaucoup d'États c'est d'ailleurs l'organisation du premier Sommet de la Terre en 1972 à Stockholm qui stimule la mise en place d'un ministère de l'environnement au niveau national. Cette action publique au niveau international se traduit par l'organisation de sommets internationaux (les Sommets de la Terre, avec une périodicité de dix ans depuis 1972) qui tracent les grandes lignes de la coopération internationale en matière d'environnement (pour le dernier sommet voir Foyer, 2015). Ces sommets permettent notamment la définition du cadre idéologique général autour duquel s'organise la coopération plus sectorielle. Ces cadres idéologiques, coexistent, mais évoluent également au cours du temps. Le modèle systémique insiste sur les limites de notre planète et sur les risques d'effondrement du système suite à sa surexploitation. Le modèle structurel met lui l'accent sur les inégalités entre États, notamment entre pays développés et en développement, qu'il s'agit de prendre en compte pour une action pertinente. Le modèle libéral s'appuie sur la croissance économique et le développement technologique comme solutions à la crise écologique³⁷.

³⁶ *Ibid*

³⁷ Amandine Orsini, L'action publique face à la crise environnementale mondiale, Ressources en Sciences économiques et sociales, <http://ses.ens-lyon.fr/articles/laction-publique-face-a-la-crise-environnementale-mondiale#section-0>, consulté le 20 janvier 2021

Or, il se révèle aujourd'hui que les organisations internationales ont, de plus en plus du mal à financer la protection de l'environnement. De ce fait, les politiques publiques nationales prennent le coup des différentes crises économiques et financières mondiales. Les budgets des programmes et projets sont soit gelés, soit diminués de manière drastique.

Enfin, les politiques environnementales sont profondément liées à des territoires et à leurs acteurs locaux. La conjonction du local et du global est une des difficultés majeures de la mise en œuvre des programmes. Dans ce sens, l'action publique pour l'environnement devient un enjeu source de conflits. En effet, la construction d'un problème public (du fait social à la mise en politique et sur agenda) est un processus dans lequel un ensemble d'acteurs privés et publics interagissent afin d'imposer leur représentation d'un enjeu et l'interprétation qu'ils en font. Ceci, afin d'influer sur l'orientation et les moyens d'une possible action publique. [...] Les priorités de l'action publique sont le résultat d'une sélection parmi des enjeux et des moyens d'action concurrents. Or l'environnement est un enjeu complexe dans les trois sens suivants. Il est tout d'abord transversal à de nombreux secteurs (énergie, transport, agriculture, santé etc...). Chacun d'eux a son histoire, ses professionnels, ses institutions, ses stratégies de défense. L'intégration de dimensions environnementales se heurte toujours à leur pouvoir et leur force d'inertie. Ensuite, l'environnement combine des questions scientifiques, économiques, sociales et politiques. Chacune a sa logique de raisonnement difficilement conciliable avec les autres. Enfin, il ressort, de manière générale, que l'environnement est un domaine où la connaissance fait souvent défaut parce qu'incomplète ou controversée. Cette triple complexité a deux conséquences principales. D'une part, les décisions sont difficiles à prendre, car le pouvoir politique doit trancher sur des dossiers peu stabilisés et arbitrer entre des dimensions et des intérêts différents, souvent même opposés. D'autre part, en réponse à cette complexité, les programmes d'action publique environnementale sont souvent flous quant aux objectifs à atteindre³⁸.

Au regard de ce qui précède, il apparaît clairement que la protection de l'environnement présente des limites conséquentes qui peuvent être relevées par la mise en place d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement.

³⁸ Pierre Lascoumes, *Action publique et environnement*, PUF, 2018, p17

II-LA NECESSITE DE METTRE EN PLACE UNE ORGANISATION MONDIALE ET UNE JURIDICTION INTERNATIONALE POUR L'ENVIRONNEMENT

Cette nécessité se justifie par l'échec de l'intégration institutionnelle des piliers du développement durable, d'une part, qui met en évidence l'absence cruelle d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement d'autre part. Page | 206

A- L'échec de l'intégration institutionnelle des piliers du développement durable

Le renforcement de l'intégration institutionnelle des trois piliers impose une véritable et novatrice ambition institutionnelle, toujours difficile à mettre en place³⁹.

1 – La complexité de concilier les systèmes environnemental, social et économique

Le rapport Brundtland pour le développement durable de 1987 définit le développement durable ou soutenable comme : « celui qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs (CMED, 1988, p. 10). » On a interprété cette définition de différentes façons en mettant tour à tour l'accent sur le système économique, social ou écologique comme régime principal dont dépendent les autres. Lorsqu'on cherche à intégrer les politiques, on se heurte invariablement à des obstacles de taille. Les rapports de cause à effet entre les systèmes environnemental, social et économique sont complexes, interactifs et difficiles à cerner. Les organismes publics, les divisions des entreprises et les instituts de recherche et de formation ont habituellement une orientation sectorielle ou disciplinaire précise avec des intérêts propres (et des groupes d'intérêt spécial), ce qui mène presque inévitablement à une séparation des politiques. Notre économie politique sacrifie la valeur future du développement humain, des ressources naturelles et des processus écologiques à l'autel du développement économique à court terme. Nous n'avons pas appris à bien exploiter les instruments d'analyse et les modes de décision nécessaires à qui veut dégager, évaluer et gérer les éléments fonciers d'arbitrage des divers objectifs. Règle générale, on voit l'intégration comme une bonne chose, mais sur le plan conceptuel, on a galvaudé ce terme sans comprendre en quoi réside son utilité et ce qu'il implique dans la pratique. Les conséquences pratiques ne sont pas les mêmes si l'intégration est un moyen d'analyse ou un moyen d'application des politiques. Premièrement, dans l'analyse, on risque d'être moins rigoureux et plus superficiel si on adopte la notion

³⁹ Stéphane Doumbé-Billé, Alexandra Cuenin, Baba Hamady Deme, « Dispositif institutionnel du développement durable », *Revue juridique de l'environnement* 2012/4 (Volume 37), pages 635 à 640

d'intégration. Deuxièmement, dans des tentatives d'analyse intersectorielle, on est forcé de passer à des niveaux supérieurs d'abstraction, ce qui peut créer une coupure entre l'analyse et les problèmes réels auxquels sont confrontés les gens. Troisièmement, si l'on intègre les politiques de façon analytique et que l'on conçoit des politiques dans un cadre d'intégration, on va au-delà des tâches d'analyse pour jouer un rôle plus politique, car on propose un concept d'intégration au lieu de présenter des solutions possibles et d'indiquer comment elles peuvent s'appliquer dans divers scénarios⁴⁰.

Le développement durable est un développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Il fait l'objet d'une attention de plus en plus importante : pensons par exemple aux nombreux articles consacrés aux pollutions engendrées par l'activité des grandes firmes, la pollution atmosphérique, aux problèmes de mobilité, aux milieux naturels, au réchauffement climatique de la planète, ... Chacun peut tirer profit d'une politique de développement durable et chacun peut facilement y contribuer.

Il est nécessaire de rappeler ici les trois piliers du développement durable qui sont :

- le pilier Économique : l'économie est un pilier qui occupe une place prééminente dans notre société de consommation. Le développement durable implique la modification des modes de production et de consommation en introduisant des actions pour que la croissance économique ne se fasse pas au détriment de l'environnement et du social.
- Le pilier Social : ou encore le pilier humain. Le développement durable englobe la lutte contre l'exclusion sociale, l'accès généralisé aux biens et aux services, les conditions de travail, l'amélioration de la formation des salariés et leur diversité, le développement du commerce équitable et local.
- Le pilier Environnemental : il s'agit du pilier le plus connu. Le développement durable est souvent réduit à tort à cette seule dimension environnementale. Il est vrai que dans les pays industrialisés, l'environnement est l'une des principales préoccupations en la matière. Nous consommons trop et nous produisons trop de déchets. Il s'agit de rejeter

⁴⁰ Jamie Schnurr et Susan Holtz, *Le défi de l'intégration pour des politiques convergentes*, CRDI 1999, p3

les actes nuisibles à notre planète pour que notre écosystème, la biodiversité, la faune et la flore puissent être préservées⁴¹.

2 - La nécessité de mettre en place une politique novatrice de gestion participative

Il est important de garder à l'esprit que le renforcement de l'intégration institutionnelle des trois piliers impose une véritable et novatrice ambition institutionnelle, toujours difficile à penser en raison du rapport de force latent entre les trois composantes et de la hiérarchie des valeurs qui sous-tend leur articulation interne. Comme la doctrine l'a souligné dès 1993 (cf. S. Doumbé-Billé : « Evolution des institutions de mise en œuvre de l'environnement et du développement durable », RJE 1993, n° 1-2), de véritables institutions du développement durable demeurent indispensables, y compris celles de la société civile et des diverses parties prenantes, par-delà une superposition toujours problématique des institutions propres à chacun des trois piliers. Une coordination plus efficace des pouvoirs pourra alors être envisagée afin d'obtenir un véritable « pilotage » institutionnel. On notera que celui-ci est attendu de la future « instance politique de haut niveau », oubliant déjà les autres niveaux d'intégration qui doivent être formulés par eux-mêmes (et pas simplement à travers le futur mandat de ce nouveau mécanisme⁴²).

L'échec de l'intégration institutionnelle des piliers du développement durable se justifie aussi par la faible implication financière des institutions internationales en l'occurrence celles du système des Nations-Unies. En effet, le développement durable, dans sa mise en œuvre, nécessite d'importants financements surtout en ce qui est la protection, la sauvegarde, la conservation et la valorisation des ressources environnementales et écosystémiques. C'est sur point que le rôle des organisations financières mondiales est important. Des institutions comme le Fonds monétaire international (FMI), la Banque mondiale (BM), les différents fonds (Fonds mondial pour l'environnement) et programmes des Nations Unies (Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) sont « invitées » à intégrer « le développement durable dans leurs mandats, programmes, stratégies et processus de décision respectifs pour soutenir les efforts que déploient tous les pays, en particulier les pays en développement, aux fins du développement durable ». A cet égard, il convient de reconnaître

⁴¹ Jeremy Warren, « Environnement, Social et Economique : les 3 piliers du Développement Durable », in *Greenmaterials*, 2010

⁴² Stéphane Doumbé-Billé, Alexandra Cuenin, Baba Hamady Deme, « Dispositif institutionnel du développement durable », in *Revue juridique de l'environnement* 2012/4 (Volume 37), pages 635 à 640

la nécessité, pour ces institutions, « d'associer plus étroitement et plus largement les pays en développement à la prise de décisions et au processus de normalisation internationaux dans le domaine économique ». ⁴³Ce qui n'est jusque pas toujours le cas.

En d'autres termes, l'implication financière de ces organisations vise à mettre en place les modalités d'implication internationale. Une implication remise en cause par Géraldine Froger et Fano Andriamahefazafy. Ils estiment qu'en plus des problèmes de coordination rencontrés par les organisations internationales, pour l'ensemble de leurs interventions environnementales dans les pays en développement, la conception de leurs stratégies était plutôt l'œuvre de quelques spécialistes à l'intérieur de chaque agence, qui ne tenaient pas toujours compte des réalités locales des pays concernés... Face aux pressions provenant de divers horizons quant à l'aggravation de la dégradation des ressources naturelles, les organisations internationales ont été amenées à revoir leurs stratégies environnementales et les méthodes ou processus utilisés dans la mise en œuvre de celles-ci. Les critiques reprochent le caractère descendant (actions "par le haut") de ces stratégies et le fait que celles-ci ne tiennent pas compte des savoirs locaux, ne correspondent pas aux besoins des populations. Cette situation rend ainsi difficile la formulation de la politique de conservation adaptée aux réalités locales (Campbell, 1996). D'ailleurs, l'une des faiblesses de la Stratégie mondiale de la conservation réside justement dans la faible implication des acteurs clés comme les ministères concernés par l'élaboration d'une stratégie nationale de développement, retardant ainsi l'intégration de la stratégie environnementale dans le cadre macroéconomique et de développement global de chaque pays (Falloux et Talbot, 1992). Quant aux réponses initiées par les organisations internationales face aux échecs de l'Etat en matière de gestion des ressources naturelles, plusieurs travaux ont démontré l'inefficacité de la privatisation des ressources naturelles, que cette dernière passe par la promotion de régimes de propriété privée individuelle ou qu'elle se traduise par une gestion des ressources naturelles par certains opérateurs privés⁴⁴.

Ainsi, ayant constaté les dysfonctionnements du système et le manque d'efficacité apparent des régimes internationaux de protection de l'environnement, la communauté internationale s'efforce, depuis 2001, d'élaborer les contours d'une réforme qui demeure évasive. Si le processus engagé par le PNUE, l'ONU et les initiatives franco-allemandes ont redynamisé le débat sur la gouvernance de l'environnement, les conditions ne sont pas réunies pour la mise en place d'un

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Géraldine Froger, Fano Andriamahefazafy, « Les stratégies environnementales des organisations internationales dans les pays en développement : continuité ou ruptures ? » in *Mondes en développement* 2003/4 (no 124), pages 49 à 76

modèle plus centralisé. Les impasses actuelles et les progrès limités depuis le Sommet de Johannesburg de 2002 montrent la nécessité de réfléchir à des modes de gouvernance différents de ceux qui ont servi de modèle et s'avèrent des carcans plutôt que des moyens d'avancer vers la définition collective d'un bien commun en matière d'environnement⁴⁵.

C'est pourquoi, il est nécessaire de plaider pour une organisation mondiale et une juridiction internationale pour l'environnement.

B- La nécessité d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale pour l'environnement

L'absence d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationale constitue le maillon faible d'une protection adéquate de l'environnement. La mise en place de ces organes est un atout considérable pour la protection de l'environnement.

1- L'inefficience constante du droit international

Si l'inefficience en droit interne du droit de l'environnement paraît, pour partie au moins, établie, elle est constante en droit international. De nombreux accords ont été passés dans le domaine de l'environnement, mais force est de constater que ceux-ci restent peu sanctionnés. Cette faiblesse originelle est d'abord liée à l'absence d'une organisation mondiale de l'environnement.

Certes, le Programme des Nations unies pour l'environnement existe, mais ce n'est qu'un programme, c'est-à-dire, en langage onusien, la plus modeste des institutions, à laquelle ont été systématiquement refusés tous les sujets importants, comme la biodiversité ou le changement climatique. Or ce programme, doté de très peu de moyens (160 millions de dollars), n'est en définitive qu'une des institutions chargées des questions environnementales, les organes de la convention sur le climat étant chargés des questions climatiques et la question de la biodiversité ayant été traitée par le *millenium assessment* au niveau de l'ONU elle-même. On pourrait ajouter la commission sur le développement durable au rang des institutions qui s'occupent d'environnement au sens large du terme, mais également pour partie l'Organisation mondiale de la santé ou la FAO. Cependant, ces nombreuses organisations souffrent toutes, qu'elles soient organisations ou programmes, d'un défaut majeur : celui de ne pas être dotées, comme l'Organisation mondiale du commerce, d'un instrument de règlement des différends et des moyens

⁴⁵ Philippe Le Prestre, « La gouvernance internationale de l'environnement. Une réforme évasive », in *Études internationales*, Volume 39, Numéro 2, juin 2008, p. 255-275

de sanctionner les infractions commises aux conventions conclues. Dès lors, au niveau international, l'environnement reste un parent très pauvre puisqu'en définitive les manquements aux traités conclus ne sont quasiment pas sanctionnés⁴⁶.

Par ailleurs, on peut noter qu'en plus des problèmes de coordination rencontrés par les organisations internationales, pour l'ensemble de leurs interventions environnementales, la conception de leurs stratégies était plutôt l'œuvre de quelques spécialistes à l'intérieur de chaque agence, qui ne tenaient pas toujours compte des réalités locales des pays concernés. A titre d'exemple il peut être cité le Programme d'action forestier tropical (PAFT), qui correspond à un outil de planification technocratique et représente l'approche traditionnelle des organisations internationales (Pülzl et Rametsteiner, 2002). Ces dernières ont favorisé ce plan pour des raisons politiques en soutenant des projets d'exploitation du bois par des activités industrielles plutôt que des projets de conservation, et cela même si l'objectif officiel était de freiner la déforestation (Humphreys, 1996).

Pour preuve, face aux pressions provenant de divers horizons quant à l'aggravation de la dégradation des ressources naturelles, les organisations internationales ont été amenées à revoir leurs stratégies environnementales et les méthodes ou processus utilisés dans la mise en œuvre de celles-ci. Les critiques reprochent le caractère descendant (actions "par le haut") de ces stratégies et le fait que celles-ci ne tiennent pas compte des savoirs locaux, ne correspondent pas aux besoins des populations. Cette situation rend ainsi difficile la formulation de la politique de conservation adaptée aux réalités locales (Campbell, 1996). D'ailleurs, l'une des faiblesses de la Stratégie mondiale de la conservation réside justement dans la faible implication des acteurs clés comme les ministères concernés par l'élaboration d'une stratégie nationale de développement, retardant ainsi l'intégration de la stratégie environnementale dans le cadre macroéconomique et de développement global de chaque pays (Falloux et Talbot, 1992). Quant aux réponses initiées par les organisations internationales face aux échecs de l'Etat en matière de gestion des ressources naturelles, plusieurs travaux ont démontré l'inefficacité de la privatisation des ressources naturelles, que cette dernière passe par la promotion de régimes de propriété privée individuelle ou qu'elle se traduise par une gestion des ressources naturelles par certains opérateurs privés⁴⁷.

⁴⁶ Corinne Lepage, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », in *Pouvoirs* 2008/4 (n° 127), pages 123 à 133

⁴⁷ Géraldine Froger, Fano Andriamahefazafy, « Les stratégies environnementales des organisations internationales dans les pays en développement : continuité ou ruptures ? », in *Mondes en développement* 2003/4 (no 124), pages 49 à 76

Ainsi, on peut avancer que l'ONU a omis de se doter d'une institution spécialisée pour la protection de l'environnement. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE), organe subsidiaire de coordination sous financé, n'est pas à la hauteur des enjeux. Au niveau international, les compétences liées à l'environnement sont trop dispersées et trop faibles. Géré par tout le monde, l'environnement n'est en fait protégé par personne⁴⁸.

D'autre part, il faut noter que l'absence d'une juridiction internationale pour l'environnement enlève tout caractère contraignant aux conventions et traités internationaux. En effet, l'éco-terrorisme, les fraudes en tout genre, leur ramification mafieuse et l'insuffisante défense des victimes sont autant de raisons qui caractérisent l'absence d'une juridiction internationale pour l'environnement. Ainsi, l'absence de pouvoir de sanction propre des institutions internationales favorisent les atteintes portées aux ressources communes telles que les océans, la biodiversité, la fertilité humaine et les pollutions dont l'impact est de nature planétaire comme les gaz à effet de serre, les perturbateurs endocriniens ou encore les pollutions radioactives. Ainsi, la question de l'extension du champ d'application d'une juridiction pénale internationale de l'environnement à ce type d'infraction est donc posée, non plus en raison de la gravité du crime commis mais en raison de la ressource concernée.

2- La faiblesse des mesures de répression et de coercition

Le second domaine d'inefficience du droit tient aux questions de responsabilité. Tout d'abord, il n'existe pas aujourd'hui de délinquance écologique au sens propre du terme. En effet, lorsqu'il y a des infractions dans le domaine de l'environnement, il s'agit le plus souvent de simples infractions administratives, c'est-à-dire de la méconnaissance d'autorisations administratives. L'atteinte aux milieux stricto sensu n'est réprimée que lorsqu'elle porte sur l'eau et sur quelques espèces protégées. Dans tous les autres cas (air, sol, déchets, biodiversité), les dommages causés aux milieux ne font pas l'objet d'incriminations pénales. Ces atteintes concernent seulement, la plupart du temps, le non-respect de formalités administratives que les spécialistes dénomment « délits papiers ». Ainsi, soit il s'agit de dommages causés aux personnes, et c'est le droit pénal général qui s'applique, soit il s'agit de simples infractions administratives, et l'enjeu pénal est extrêmement faible. Il n'en demeure pas moins que la voie pénale reste largement privilégiée pour tous les domaines qui touchent à l'impact de l'environnement sur la santé humaine, pour la bonne et simple raison qu'il est aujourd'hui quasiment impossible, en

⁴⁸ Corinne Lepage, *Op, Cit*, p121

utilisant le droit civil, de parvenir à la réparation complète du dommage. En effet, les règles de charge de la preuve et le coût de l'expertise rendent trop souvent impossible d'envisager d'utiliser la responsabilité civile pour réparer les dommages causés aux personnes et à l'environnement⁴⁹.

Aussi, il faut noter que l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui, de plus en plus, est appelée à se prononcer sur des litiges opposant la libéralisation des échanges à la protection de la santé et de l'environnement, a largement tendance à privilégier les premières sur les secondes, arguant de ce qu'elle n'est pas chargée de sanctionner la protection de l'environnement ou celle de la santé. Dans ces conditions, les Accords multilatéraux de l'environnement (AME) ne sont même pas garantis dans leur applicabilité lorsqu'ils entrent en conflit avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce. Tout cela explique la très grande fragilité du droit de l'environnement international. Sans organisation puissante, sans moyens de sanctionner les accords conclus et sans juridictions, le droit de l'environnement international est, en réalité, embryonnaire. À ceci s'ajoute le fait que lorsque des conventions sont établies pour permettre une indemnisation objective des victimes, elles constituent, en réalité, des systèmes de réparation *a minima* des dommages⁵⁰

Le régime juridique de protection de l'environnement présente de nombreuses faiblesses qui, si rien n'est fait, font finir par dégrader totalement cet environnement, important et nécessaire pour la vie de l'homme et des espèces vivantes. Pour rappel, la surexploitation des ressources forestières, agricoles et minière a pour principale cause la déforestation. De ce constat, on peut affirmer qu'il en résulte un déséquilibre entre l'Homme et la nature dans leur interrelation.

Il convient de rappeler que l'importance de la protection de l'environnement dans la régulation des grands courants climatiques et des écosystèmes est incontestable. Toutefois, bien plus que de son étendue, son importance vient également des ressources biologiques végétales et animales qu'il contient, dont un grand nombre d'espèces endémiques.

Conclusion

Il ressort de notre étude que, malgré les outils juridiques mis en place, la protection de l'environnement reste limitée et demeure vulnérable face aux différents dangers qui menacent les ressources naturelles avec pour principales conséquences le changement climatique et la

⁴⁹ *Ibid*

⁵⁰ Corinne Lepage, *Op, Cit*, p122

dégradation des écosystèmes. Les faiblesses de cette protection résident notamment dans la conservation, la législation, les structures institutionnelles, les ressources humaines, la planification et la gestion, les mécanismes participatifs et de mise en réseau. En réalité, les différentes politiques publiques mises en place souffrent du laxisme de l'administration et de l'insuffisance des moyens humains et financiers. Cette situation a pour résultante un contrôle biaisé de l'exploitation des ressources environnementales et minières. C'est à juste titre que José Endundo Bononge affirme que « *les équilibres séculaires entre l'homme et la nature semblent aujourd'hui bouleversés : le changement climatique s'emballé sous l'influence de quantités critiques de gaz à effet de serre, la biodiversité diminue à un taux jamais égalé auparavant, les populations rurales des pays du Sud ont de plus en plus de mal à se nourrir et à trouver un cadre de vie adapté*⁵¹ ».

De ce qui précède le constat est clair : les politiques environnementales mises en place, jusque-là, ne suffisent pas à assurer une protection adéquate de l'environnement.

La faiblesse des investissements consacrés à la protection de l'environnement est l'une des causes de l'ineffectivité normes nationales et internationales. Selon le Professeur Sandrine Maljean-Dubois « *la prolifération des exigences internationales a imposé des contraintes particulièrement lourdes aux différents pays, qui, souvent, ne disposent pas des moyens nécessaires pour participer efficacement à l'élaboration et à l'application des politiques en matière d'environnement*⁵² ». Malgré les efforts dont font preuve certains pays notamment à faire appliquer les règles juridiques de protection, ils se trouvent limités par le problème de disponibilité des ressources financières et humaines. Le dysfonctionnement des mécanismes institutionnels constaté trouve sa source dans le facteur économique et financier.

Au niveau des institutions internationales, il faut relever que la majorité des organisations internationales, à l'exception de quelques-unes (FMI, CEE...) ne dispose pas de ressources propres. Ce sont les contributions des pays membres et autres modes de financement qui leur permettent de fonctionner et d'accomplir leurs missions respectives⁵³. Ainsi pour le financement des Organisations Internationales, chaque Etat contribue au budget en tant que contributeurs. Le calcul

⁵¹ José Endundo Bononge, *Les forêts du Bassin du Congo. Etat des forêts de 2010*, ECOFAC 2010, p15

⁵² Sandrine Majeau Dubois, « La mise en oeuvre du droit international de l'environnement », in les *notes de l'IDDRI*, n°4, p. 18 citant le rapport du PNUE, 2001, Gouvernance internationale en matière d'environnement, Rapport du directeur exécutif, UNEP/IGM/1/2, 4 avril, p.17.

⁵³ Paul Yao N'dré, *Droit des Organisations Internationales*, PUCI, 1996, p.75.

est défini selon les statuts. Par exemple pour le système des Nations Unies, il se base notamment sur le Produit Intérieur Brut (PIB) ajusté au revenu par habitant, c'est à dire plus l'Etat est riche et plus il contribue. Ce critère n'est pas le seul car la base de la contribution est souvent tributaire de composantes telles que la part dans le secteur règlementé. Ainsi, pour l'OMC l'on tient compte de la part de l'Etat membre dans le commerce mondial ou bien c'est le principe de l'égalité entre les membres qui demeure applicable.

Quant au financement de l'Organisation des Nations Unies et de ses agences spécialisées, il est assuré par les contributions obligatoires des pays membres et par des contributions volontaires de toutes organisations, entreprises ou encore particuliers. L'Etat qui néglige de payer sa contribution obligatoire peut perdre son droit de vote. Le budget ordinaire des Nations Unies (2,6 milliards de dollars), établi tous les deux ans, est basé sur les contributions obligatoires des Etats fixées par l'Assemblée générale. S'y ajoutent le budget du maintien de la paix soit plus de 8 milliards de dollars en 2011. Pour contribuer à l'indépendance des Nations Unies, le niveau maximum de la plus grosse contribution a été fixé à 22 % (le seuil minimal est quant à lui de 0.01% du budget global). En pratique, 80% des contributions sont versées par les pays industrialisés qui apparaissent dans le domaine environnemental comme de grands pollueurs.

Ces critères pour le financement revêtent un caractère aléatoire relativement aux missions et objectifs assignés à chaque organisation. Ce qui constitue en soi un obstacle majeur dans la mise en œuvre desdites actions. Les Organisations Internationales dans le domaine de l'environnement ne sont pas en reste face à cette triste situation. Aussi rencontrent-elles des difficultés liées au recouvrement des contributions. Il est donc utile de recourir à des sources de financement en dehors des cadres institutionnelles normalement prévus⁵⁴. Cette situation justifie donc la mise en place d'une organisation mondiale et d'une juridiction internationales destinées uniquement à la protection de l'environnement.

⁵⁴ Assamoi Fabrice Apata, *La protection de l'environnement marin en droit international*, Mémoire Master recherche 2015, Université Félix Houphouët Boigny d'Abidjan, p29



Le fonds de commerce, l'identité irréductible de l'exercice de l'activité dans les affaires

The goodwill, the irreducible identity of the exercise of the activity in business

Par : Page | 216

Sékou Faco CISSOUMA

Docteur d'Etat en droit privé

Maitre-assistant, Université des Sciences Juridiques et Politique de Bamako (USJPB)

Faculté de droit privé (FDPri)

Résumé :

Le fonds de commerce est apparu au 19^e siècle pour raffermir l'exercice de l'activité du commerce et des industries en conférant une identité aux professionnels commerçants. Le fonds de commerce a permis aussi de stabiliser la situation du commerçant en le protégeant contre la concurrence déloyale tout en sachant ménager les droits de ses créances. Un fonds de commerce comprend beaucoup d'éléments dont conventuellement le plus important demeure la clientèle sans que les autres ne soient négligeable comme le droit au bail qui garantit sa mise en nantissement. Diverses opérations d'ordre patrimoniales peuvent porter sur le fonds de commerce ; location gérance, cession avec différents effets sur le patrimoine du titulaire du fonds allant de l'amaigrissement provisoire à une réduction définitive du patrimoine du commerçant.

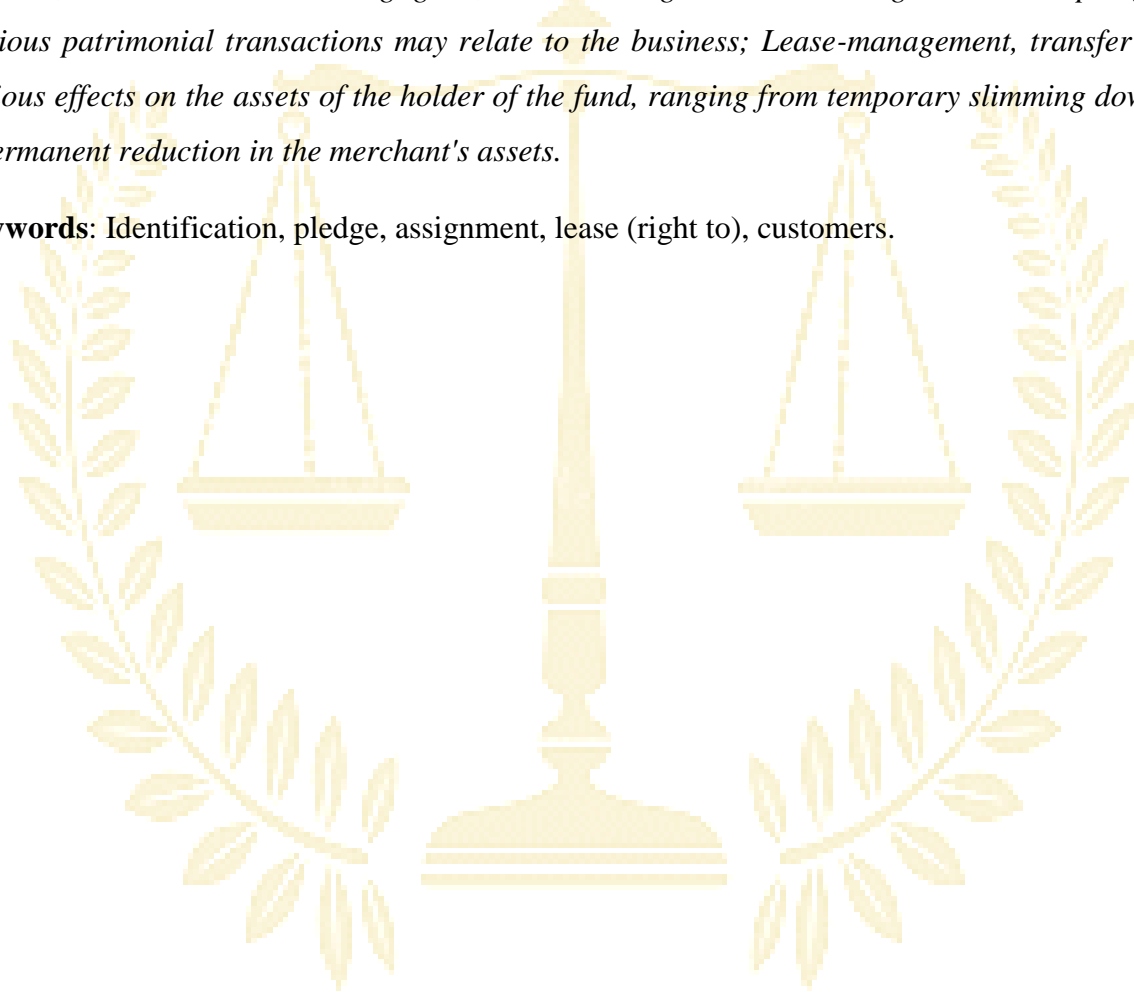
Mots clés : Identification, nantissement, cession, bail (droit au), clientèle.

Abstract:

The goodwill appeared in the 19th century to strengthen the exercise of trade and industry by conferring an identity on professional traders. The business also made it possible to stabilize the trader's situation by protecting him against unfair competition while knowing how to protect the rights of his debts. A business includes many elements, the most important of which is the clientele, but the others are not negligible, such as the right to a lease that guarantees its pledging. Various patrimonial transactions may relate to the business; Lease-management, transfer with various effects on the assets of the holder of the fund, ranging from temporary slimming down to a permanent reduction in the merchant's assets.

Page | 217

Keywords: Identification, pledge, assignment, lease (right to), customers.



Introduction

Toute exploitation commerciale exige nécessairement deux choses : d'abord une activité, qu'elle soit commerciale ou industrielle ; et ensuite, une adresse d'exercice c'est-à-dire un lieu où la clientèle s'approvisionne ou se sert. Ce sont là les deux éléments les plus importants en l'absence desquels il est difficile de concevoir le commerce ; ils constituent le socle, le fondement de l'activité commerciale.

Page | 218

La logique veut que l'on commence par le fonds de commerce¹ qui paraît être le substrat d'existence du commerçant et de l'industriel. En effet c'est avec une activité déjà existante très souvent ou conçue que l'on acquiert un bail professionnel qui se révèle être d'ailleurs un élément du fonds de commerce. Que comprendre de l'existence et de l'importance du secteur informel en Afrique et au Mali. Les adeptes de l'informel en ce qui concerne leurs activités évoluent avec des fonds de commerce en dehors de tout bail professionnel d'abord par métaphore admise, l'on relèverait que le bail professionnel et le fonds de commerce, en termes de lien constituent un corps humain, reposant sur une charpente (ensemble d'os) et la chair recouvrant, c'est bien le fonds de commerce qui sera la charpente et la chair le bail professionnel.

D'où la priorité d'analyse reviendrait au fonds de commerce.

D'une façon générale le mot fonds est inhérent à l'exercice de chaque activité : fonds agricole, fonds d'encadrement (école privée), fonds de commerce ou industriel. Par rapport spécifiquement au commerce, avec les réalités de la libre entreprise, le fonds commercial semble répondre à une existence de fait c'est-à-dire inconscient car lié à la volonté déployante du commerçant. D'ailleurs, techniquement on parle en droit, sur le plan patrimonial, d'une universalité de droit ou de fait en ne distinguant pas entre les biens du commerçant promoteur et les biens de son commerce initié. Toutefois certains ont vu dans le fonds de commerce une universalité juridique constituant un patrimoine affecté au commerce de son propriétaire. Comme cette conception heurtait le principe de l'unité du patrimoine, la jurisprudence a opté de parler 'd'universalité de fait' sans en donner des explications².

¹ Démarche du code malien de commerce Loi n° 92-002 du 27 août 1992, JO spécial n°1 du 15 février 1993.

² De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Cours de droit commercial , traité de droit commercial, théorie générale du droit des affaires, T.1, Paris, Montchrestien, 14è édition,1998, p.549.

Ainsi historiquement ce sont les notaires³ en tant que professionnels proches des milieux économiques qui ont imaginé et créé, par un certain détachement, le fonds de commerce dans les années 1860 et quelque, qui sera effectivement pris en compte textuellement en 1870 par une loi fiscale avant d'être consacré par le législateur français en mars 1909⁴.

En fait, ce sont les commerçants de vin du quartier de Bercy (Paris en France) qui voulaient garantir leur commerce pour se faire du crédit, qui ont conduit leurs conseils notaires à concevoir un système qui ne pénalise pas lesdits marchands mais en comptabilisant dans leurs avoirs (gains) non seulement les marchandises et le matériel, mais aussi "une survalueur correspondant à la capacité du commerce de générer un mouvement d'affaires.

En outre, sur son aspect physique le fonds de commerce est sujet à nuance désormais avec l'informatisation. En effet, un fonds de commerce ordinaire repose sur des aspects corporels alors un fonds de commerce se développant sur l'internet avec l'appellation de fonds de commerce virtuel, n'a pas besoin d'une telle assise.

A présent, l'on peut s'interroger si les éléments constitutifs du fonds de commerce aussi importants les uns que les autres malgré le privilège accordé à la clientèle dans le patrimoine du commerçant ne font pas de lui (fonds) l'élément d'identification réelle du professionnel commerçant ?

Pour cerner le fonds de commerce dans son institution, il faudrait l'analyser d'une part dans sa structure et d'autre part à travers les opérations patrimoniales pouvant porter sur lui.

I- LA STRUCTURE DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est une institution composite contenant des éléments corporels comme incorporels dont le plus significatif pourrait être la clientèle.

Ainsi avant d'égrener ces éléments constitutifs, sera – t – il nécessaire d'en comprendre la notion.

³ Vie des professions- 105^{ème} congrès des notaires : le fonds de commerce, journal N°5912 du 04/09/2012 intérêt [http : www.echos-judiciaires.com](http://www.echos-judiciaires.com)

⁴ Loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds qui régleme également son apport en société in MESTRE (J.), PANCRAZ (M.-E.), *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 25^{ème} édition, 2001, P. 445.

A- Définition et notions voisines du fonds de commerce

Pour être au fait de la notion et du mécanisme de fonctionnement du fonds de commerce, il sied de comprendre le fonds de commerce comme un élément du patrimoine du commerçant avant de s'interroger sur son maniement.

1- Définition du fonds de commerce

La notion d'universalité patrimoniale explique que le fonds de commerce corresponde ou se confonde plus ou moins parfaitement avec les notions de boutique, de magasins, d'usine⁵ et plus récemment avec la notion d'entreprise⁶. Il faut insister encore une fois sur la notion de fonds de commerce virtuel.

La doctrine française⁷ relève que le fonds de commerce est constitué par un ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales permettant essentiellement de retenir et de développer une clientèle qui est attirée par le savoir-faire du commerçant, que ce soit pour la qualité des marchandises en vente ou l'emplacement de l'établissement c'est-à-dire l'achalandage⁸. Ces éléments présentant une stabilisation, une unité et pouvant se transmettre globalement ; certainement par voie de cession ou d'héritage d'une part ; et sont réunis pour rechercher et retenir une clientèle ; il y a donc là une entité juridico-économique distincte des éléments propres qui le (fonds) composent d'autre part⁹.

De leur côté les doyens G. Ripert et R. Roblot spécifient que le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation¹⁰. Ces auteurs en spécifiant que tout commerçant possède un fonds et que ce fonds constitue une propriété cessible et transmissible, laissent entrevoir le fonds de commerce comme un élément d'identification des acteurs commerciaux que sont les commerçants.

⁵ Guyon (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, Paris, Economica, 12^{ème} édition, 2003, P. 701 et s.

⁶ VOGEL (L.), RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome1, Paris, LGDJ, 18^{ème} édition, 2001, P. 329 et S.

⁷ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, op. cit. p.701 et s.

⁸ Guyon (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, op. cit. p.701 et S.

⁹ De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Cours de droit commercial*, op. Cit. p.547.

¹⁰ VOGEL (L.), RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome1, op. cit. p.329 et s.

Ces deux définitions qui abordent différemment le fonds de commerce se complètent au fond pour sortir la substance du fonds de commerce au tour de la clientèle et aussi de l'achalandage comme ses éléments essentiels et caractéristiques.

C'est pour la satisfaction d'une double nécessité que la notion de fonds de commerce a été créée au 19^e siècle, d'une part la nécessité de protection par les commerçants de leur clientèle contre les attaques des concurrents et pour une grande stabilité du fonds dans son ensemble. Ils (commerçants) sont devenus indépendants avec un statut professionnel propre. Aussi les fonds de commerce peuvent – ils - être transmis ou cédés à leurs héritiers ou faire l'objet de conventions translatives de propriétés ;

D'autre part, (seconde nécessité) la reconnaissance du fonds de commerce a été aussi réclamée par les créanciers des commerçants car généralement les biens affectés à l'exercice du commerce constituent les principaux éléments de l'actif du patrimoine du commerçant. Donc il s'agit d'éviter que le commerçant organise sa faillite en le vendant de manière hâtive et occulte¹¹

Pour revenir à la définition légale du fonds de commerce, l'acte uniforme sur le droit commercial général déclare « le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». Par moyens il faut comprendre la réunion d'éléments physiques et non physiques ayant une certaine valeur économique mais surtout opérante conformément aux règles du marketing à même de convaincre une clientèle pour acheter ou se servir et surtout d'être fidèle au fonds par la qualité de ses offres.

Quant aux éléments composant le fonds de commerce l'Acte uniforme opère une distinction entre éléments obligatoires et éléments éventuels que la loi malienne exige tous à la fois avec une certaine rallonge. En termes d'élément obligatoire la jurisprudence relève à la suite de la loi qui retient la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial comme éléments substantiels, que ces éléments constituent le « noyau du fonds de commerce »¹².

2- Différences entre acte uniforme et code de commerce

Il est donné de faire une distinction d'approche entre l'Acte uniforme sur le droit commercial général et le code de commerce du Mali.

¹¹ GUYON (Y.), Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, tome 1, op. cit. 702.

¹² Cour d'appel de Bobo Dioulasso, chambre civile et commerciale, (Burkina Faso) ; arrêt n° 68 du 11 mai 2003, ohadata J-07-09

L'article 136 de l'Acte uniforme sur le Droit commercial général (AUDCG) déclare que le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom.

En observation, on peut relever que l'usage de l'adverbe "nécessairement" marque la volonté du législateur communautaire de réduire à quelques éléments seulement l'existence du fonds de commerce à savoir la clientèle, (il ne parle pas d'achalandage) l'enseigne et le nom commercial. La question légitime que l'on est en droit de se poser est de savoir : ces éléments à eux seuls suffisent-ils pour caractériser un fonds de commerce à l'exclusion de ceux (éléments) cités par l'article suivant, c'est-à-dire l'article 137 ainsi textuellement libellé : « le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels » notamment les éléments suivants :

- Les installations ;
- Les aménagements et agencements ;
- Le matériel ;
- Le mobilier ;
- Les marchandises et stocks ;
- Le droit au bail ;
- Les licences d'exploitation ;
- Les brevets d'inventions, marques de fabriques et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuel nécessaire à l'exploitation.

Il sied de souligner dans cet article l'usage du verbe d'état « peut » comprendre et aussi et surtout parmi les éléments supposés secondaires l'énumération du droit au bail se révèle un élément important du fonds à la fois pour son site d'identification géographique que pour sa constitution en garantie. De ce point de vue il ne devrait pas se retrouver parmi les éléments secondaires. Toutes choses qui donnent raison ou législateur national malien.

3- Le droit au bail, élément important du fonds de commerce en matière de sûreté

Le droit au bail ne serait qu'un simple élément du fonds de commerce, mais il est très fondamental car permettant la localisation de l'exploitation commerciale ou industrielle, et surtout il est constitutif d'un facteur déterminant pour l'attraction de la clientèle¹³.

¹³ De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Cours de droit commercial, op. Cit. p.549.

Le nantissement de fonds de commerce a été conçu par la pratique celle des notaires qui ont bien imaginé et structuré le mécanisme comme cela est rappelé dans l'introduction. Aussi, de vieux textes français ont-ils pris le relai en matière de vente, nantissement de fonds de commerce¹⁴. L'acte uniforme sur le droit commercial général, réglementant le fonds de commerce, est totalement muet quand sa constitution comme garantie, en laissant le soin à l'acte uniforme portant organisation des sûretés publié le 15 décembre 2012 de son article 162 à l'article 165 avec l'intitulé de nantissement du fonds de commerce et privilège du vendeur de fonds de commerce.

Il faut rappeler que depuis la loi du 30 juin 1926 en France sur la « propriété commerciale », se sont trouvés de mieux en mieux protégés le commerçant locataire et surtout l'activité de commerce exercée dans le local par un commerçant locataire. La situation du locataire s'est avérée nettement plus stable car en cas d'éviction, l'indemnité dite d'éviction qui était accordée au commerçant évincé était trop élevée jusqu'à concurrencer la valeur de l'immeuble lui-même (1)

Il faut aussi noter à la suite de Louis Vogel (2) que le droit au bail à rendu plus solide dans les affaires le fonds de commerce. Ce qui explique que la stabilité que lui fait acquérir la propriété commerciale attire les banques au point de l'accepter en garantie (Nantissement)

L'acte uniforme sur les sûretés établit dans son article 162 que le nantissement du fonds de commerce est la convention par laquelle le constituant (commerçant) affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs¹⁵ du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial.

L'alinéa¹⁶ ajoute que le nantissement peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tel le droit au bail, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. Il peut également être étendu au matériel professionnel.

¹⁴ Loi du 17 mars 1909 (et décret d'application du 28 août 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce, qui demeure la loi fondamentale ; laquelle a été modifiée ou complétée par divers textes comme :

-une loi du 18 janvier 1951 qui a institué le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement du fonds indépendamment du fonds lui-même,

-une loi du 12 novembre 1955 qui a organisé le nantissement judiciaire in De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Cours de droit commercial, op. Cit. p.547.

¹⁵GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, op. cit. p.705.

¹⁶ VOGEL (L.), RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome1, op. cit. 337.

Cette extension du nantissement doit faire l'objet d'une clause spéciale désignant les éléments engagés et d'une mention particulière au registre du commerce et du crédit mobilier pour sa publicité.

En observation, il est opportun de comprendre que si le code de commerce malien retient une mise en garantie globale du fonds de commerce, l'Acte uniforme semble lui, décrire une garantie multi types commerçant par la clientèle, le nom, l'enseigne, auxquels se joignent suivant les besoins de crédit du débiteur les autres éléments dont le bail commercial qui parait d'ailleurs l'élément le plus important du fonds de commerce après la clientèle. Il est même légitime de se poser la question si ce n'est pas le classement du droit au bail en élément secondaire qui a fait que le législateur OHADA a volontairement ignoré l'achalandage l'élément jumeau de la clientèle. En tout état de cause, le droit en bail est un élément incontournable et ostensible du fonds de commerce auquel il convient de conférer une place idoine.

Pour terminer sur ce point il faut rappeler les dispositions de l'article 162 in fine qui déclarent que lorsque le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leurs sièges d'où encore une fois l'importance du droit en bail qui détermine bien évidemment le siège de toute entreprise.

En la forme, précise l'article 163 AUS le nantissement du fonds de commerce doit être constaté dans un écrit contenant les mentions suivantes :

- La désignation du créancier, du débiteur et du constituant si celui-ci n'est pas le débiteur. Effectivement les deux se confondent généralement mais peuvent être quelques fois différents ;
- La désignation ; précise et le siège du fonds et, s'il y a lieu, de ses succursales ;
- Les éléments du fonds nanti ;
- Les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évolution, sa durée et son échéance.

La nature de l'écrit n'a pas été spécifiée ; sous seing privé ou sous forme authentique (par devant notaire), on peut donc en déduire que les deux formes sont admises. Le défaut de cet écrit rend nulle la convention de sureté. Maintenant s'agira-t-il d'une nullité relative ou d'une nullité absolue ? De notre point de vue, il doit s'agir d'une nullité relative, d'autant que non seulement nous sommes en matière commerciale et aussi que la bonne foi des parties doit être mise en avant

même s'il n'est pas moins vrai que l'opération doit être inscrite au registre du commerce et du crédit mobilier, pour sa publicité.

En outre le nantissement peut être conventionnel ou judiciaire mais ce ne sera opposable aux tiers que dans la mesure de leur publicité et signification aux créanciers¹⁷. Effectivement l'article 164AUS annonce que la juridiction compétente peut autoriser un créancier du commerçant à prendre une inscription de nantissement sur son fonds de commerce ; mais l'Acte uniforme demeure muet sur le sort du fonds de commerce en cas de non-paiement, de défaillance du commerçant débiteur. Ce mutisme est pris en charge par le code de commerce du Mali qui retient dans son article 143¹⁸ que le nantissement du fonds de commerce ne saurait donner au créancier le droit de se faire attribuer le fonds de commerce pour non-paiement de sa créance. D'ailleurs, comme ce sont les banques qui octroient les crédits (garantie) généralement, il se trouve qu'elles ne sont pas autorisées par la loi à faire le commerce.

Les rédacteurs du code malien de commerce définissent et retiennent comme éléments du fonds de commerce les éléments contenus dans son article 68 ainsi libellé :

« Le fonds de commerce est l'ensemble juridique des biens que le commerçant groupe et organise en vue de l'exploitation de son commerce. Il comprend :

- Les éléments incorporels ;
- Le droit au bail ;
- La clientèle et l'achalandage ;
- Les droits de concession immobilière ;
- Le nom commercial et l'enseigne ;
- Les droits de propriétés commerciale et industrielle ;
- Les brevets d'invention ;
- Les marques de fabrique, de commerce ou de service ;
- Les dessins et modèles ;
- La propriété littéraire et artistique ;
- Les autres éléments dont :
- Les licences et autorisations transmissibles ;

¹⁷ Article 165 AUS.

¹⁸ Code de commerce Loi n092-002 du 23 aout 1992. JO. Spécial n01 du 15 février 1993.

- Les contrats de travail et d'assurance relatifs au fonds et les contrats relatifs à une promesse de non concurrence.

Les éléments corporels :

- Les marchandises ; Les objets mobiliers ou autres devant servir à l'exploitation du fonds ».

L'acte uniforme sur le droit commercial général repartit entre ses articles 136 et 137 les éléments substantiels et les éléments éventuels.

B- Les éléments constitutifs du fonds de commerce

En interprétant les éléments constitutifs retenus par l'Acte uniforme et en considérant la primauté de l'Acte uniforme sur le code de commerce, on peut retenir d'une part les éléments substantiels et d'autre part les éléments éventuels pour tout fonds de commerces.

1- Les éléments substantiels du fonds de commerce

Le fonds de commerce comprend nécessairement selon l'article 136 AUDCG, la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial.

a- La clientèle et l'achalandage

La jurisprudence accorde tellement d'importance à la clientèle que certains auteurs¹⁹ se sont posés la question si la clientèle est un simple élément du fonds de commerce ou s'il ne se confond pas avec lui, car il n'y a pas de fonds de commerce sans clientèle²⁰ et aussi un fonds de commerce ne saurait préexister à sa clientèle.

Le droit OHADA retient la clientèle comme élément prépondérant du fonds de commerce mais ignore de citer l'achalandage comme le fait le code malien de commerce.

L'achalandage est une autre forme de clientèle liée plus à la situation géographique du fonds de commerce qu'aux qualités intrinsèques du commerçant ou du professionnel.

¹⁹ De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), Cours de droit commercial, op. Cit. p.549.

²⁰ Cass. Com. 29 mai 1953. D. 1953.1.599 ; Trib. Gde, Instance . Nice.24 novembre 1965. Rev . trim. -1969-444.

Par exemple ce sont des fonds de commerce situés aux bons endroits : carrefour, abords de marché, proximité d'une cité (Pharmacie) etc.

L'achalandage est bien évidemment sous-entendu en droit OHADA comme facteur élargissant de la clientèle qui est l'aptitude qu'a le commerçant à drainer des clients plus ou moins nombreux vers son fonds de commerce. Page | 227

Sans être l'élément exclusif du fonds de commerce, la clientèle est sa condition principale d'existence²¹ et c'est par une clientèle réelle et certaine que l'existence du fonds de commerce est reconnue²² ; et cette clientèle est nécessairement révélatrice des qualités du commerçant dans la mesure où elle (clientèle) lui est personnelle²³.

En plus de la clientèle il y a d'autres éléments importants.

b- L'enseigne et le nom commercial

L'enseigne dans le commerce ou dans les affaires est comme un drapeau dans le concert des nations qui permet de distinguer chaque pays à sa vue. L'enseigne est donc un emblème figuratif ou toute désignation de fantaisie par lequel le commerçant, l'industriel se fait distinguer de tous les autres et qu'il défend par l'action en concurrence déloyale.

L'emblème ou plutôt l'enseigne doit figurer sur tous les en-têtes, correspondances, et même devant les portes du fonds de commerce. Il peut être accompagné d'un slogan comme "le lion dans la forêt", la vache qui rit etc.

Quant au nom commercial, il est l'appellation sous laquelle une personne exerce son commerce. Ce peut être un nom civil, patronymique, un pseudonyme, simple ou composé. Chez DEM ou DEM et frères ou BATHILY et fils ou CISSOUMA et compagnie. Le nom commercial, à la différence du nom civil qui est incessible, peut être vendu car il permet substantiellement de rallier, de conditionner la clientèle. Tout comme la clientèle et l'enseigne il est protégé et se défend par le moyen de l'action en concurrence déloyale s'il fait l'objet d'une usurpation ou d'une confusion entretenue.

²¹ Com 31 mai 1988 RTD com 1988, P 609 obs. Derruppé.

²² Civ 3^{ème}, 18 mai 1978 JCP 1978, IV, 220.

²³ Com, 21 mars 1995 Def p 950, obs. Le Cannu, Civ 3^{ème}, 19 janvier 2005, Mars 2003, D. 2003 ; P 973, note. Rouquet in. Seche Pédagogique virtuelle. Web-inter : olivier Rollux ; La clientèle : élément prépondérant du fonds de commerce, fiche du 1^{er} octobre 2009.

Dans la mise en œuvre des éléments essentiels, l'article 136 n'exclut pas une liaison, confusion entre eux. Cumul clientèle enseigne et nom commercial.

Que comprendre de l'usage du verbe facultatif pouvoir ?

2- Les éléments éventuels du fonds de commerce

Page | 228

Le verbe d'état (auxiliaire pouvoir) procède à une division bipartite mais à effet rallongeant pour la première partie par un ou plusieurs possibles rajouts prévus à la seconde partie l'article 137 qui porte que :

« Le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, notamment les éléments suivants :

- les installations ;
- les aménagements et agencements ;
- le matériel ;
- le mobilier ;
- les marchandises en stock ;
- le droit au bail ;
- les licences d'exploitation ;
- les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation ».

Quelque puisse être la pertinence de ces éléments, ils ne font pas l'objet d'une appartenance systématique au fonds de commerce, ils existent par nécessité secondaire et interviennent au besoin, ou par circonstance d'exploitation ou de disposition du fonds de commerce.

Ils se répartissent entre éléments corporels et éléments incorporels.

a- Les éléments mobiliers corporels

Ce sont des éléments déplaçables auxquels le fonds de commerce ou le fonds industriel ont recours en vue de leur fonctionnement existentiel physique. Ils comprennent les installations qu'effectuent les professionnels, les aménagements et agencements nécessaires à une exploitation

judicieuse du fonds, les matériels que requiert la nature de l'activité du fonds, le mobilier nécessaire à l'organisation physique des lieux, c'est-à-dire les meubles et autres instruments des bureaux. En outre, il faut retenir que les progrès technologiques invitent ou plutôt obligent à un renouvellement fréquent des matériels d'exploitations et il n'est pas rare de voir que certains éléments importants du fonds de commerce ne soient pas (encore) la propriété de l'exploitant, parce qu'ils ont été obtenus ou cédés à la suite d'une opération de crédit-bail ou encore acquis, c'est-à-dire à lui vendus, grevés d'une clause de réserve de propriété²⁴ et enfin les marchandises en stock qui excluent celles déjà achetées ou vendues, livrées ou non. Les marchandises sont tous les objets destinés à la vente par hypothèse lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce dans le domaine de l'industrie une distinction sera nécessaire selon qu'il s'agit de matières premières ou objets fabriqués même si cela présente peu d'intérêt au point de vue juridique. En effet, les marchandises doivent être considérées comme des choses fongibles. C'est le stock qui, tout entier, fait partie du fonds et il est naturellement variable. Le stock comprend à la fois les matières premières en attente de transformation et les marchandises objet du fonds, déjà confectionnés ou fabriqués.

b- Les éléments mobiliers incorporels

Ils commencent par un élément extrêmement important, le droit au bail nantissement, il est vrai qui n'existe pas pour tous comme chez les marchands ambulants, mais il est essentiel pour le fonds et se conçoit dans la plupart du temps au profit du preneur ou locataire, qu'il soit débiteur ou non. C'est un droit qui se transmet facilement si le vendeur du fonds est en même temps propriétaire de l'immeuble abritant le commerce, mais exige le consentement du bailleur si le vendeur était lui-même preneur.

Il y a, en outre, les licences d'exploitation qui sont des autorisations résultant de réglementation par types d'activités exercées par l'entreprise.

Viennent enfin les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles qui sont des éléments imaginés et créés par le génie du commerçant ou de l'industriel lui-même ou avec ses capitaux pour les besoins de son commerce. Ces éléments sont des signes, des distinctions propres au commerçant et à son commerce qu'il a le droit de défendre contre ses concurrents dans le commerce et contre ses employés et anciens employés même s'ils ont participé

²⁴ La clause de réserve de propriété permet au vendeur-fournisseur de garder la propriété de ses biens livrés jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé

à leur conception et élaboration. Il a, à sa disposition et à son initiative, l'action en concurrence déloyale contre toute personne indélicat.

Le code malien retient en outre comme éléments automatiques du fonds de commerce les contrats de travail, les contrats d'assurance du fonds en cours de validité ainsi que les clauses relatives à une promesse de non concurrence. Puisque l'article 137 AUDCG emploie l'adverbe notamment il peut être soutenu qu'il n'ignore pas ces contrats et clauses cités ci haut.

Le texte malien est appuyé dans sa logique par la jurisprudence.

Ainsi selon la jurisprudence, le bénéfice de clauses protégeant la clientèle, comme le non-rétablissement souscrit par le vendeur d'un fonds, la clause de non-concurrence souscrite par un salarié prévalent au profit des acquéreurs²⁵.

La jurisprudence est toujours prompte à laisser continuer les effets des contrats d'assurance et de travail en cours, au moment de la disposition du fonds²⁶.

En outre, faut-il le souligner les livres de commerce et autres documents ne font certes pas parties des éléments du fonds de commerce, mais la pratique retient que ces livres soient mis à la disposition de l'acquéreur ou du bénéficiaire pendant trois (3) ans.

Après la définition du fonds de commerce, l'on peut se demander sur son exploitation.

II- LES OPERATIONS PATRIMONIALES PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE

En termes d'opérations patrimoniales, il faut comprendre les modes d'exploitation offerts d'un fonds de commerce ainsi que le principe de sa cession et ses conditions.

A- Les modes d'exploitation du fonds de commerce

Un fonds vit, prospère ou rencontre des difficultés sous la gestion d'une personne donnée qui peut être physique ou morale. Cependant le mode se rapportant à la personne de celui qui accomplit les actes matériels et juridiques de direction renvoie soit à une exploitation directe du fonds soit à une exploitation par location gérance²⁷.

²⁵Cass. réq. 5 juillet 1865 D. 1865, 1, 425 ; Paris, 23 juin 1882 s. 1883, 2, 12.

²⁶Comp cass. Civ, 18 Fév 1964, Bull civ, 1, N°92 ; 23 janvier 1968 JCP, 1968, 2, 15347, note RL in VOGEL (L.), RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome1, op. cit. p.342.

²⁷ Article 138 AUDCG.

1- L'exploitation directe du fonds de commerce

Les alinéas premier et deux de l'article 138 AUDCG portent que le fonds de commerce peut être exploité soit directement ou en exécution d'un contrat de location gérance et cette forme d'exploitation peut être le fait d'un commerçant, même s'il est entreprenant ou d'une société (personne morale).

Sous l'expression d'exploitation directe il sied de relever les nuances légales suivantes :

- L'exploitation directe ;
- L'exploitation en exécution d'un contrat de travail liant le gérant ;
- L'exploitation par un entreprenant ;
- Une société commerciale procède aussi directement à l'exploitation de son fonds de commerce ou d'industrie.

Pour revenir à ces éléments, l'on comprendra respectivement que l'exploitation directe du fonds de commerce est toute forme d'exploitation dans laquelle les actes matériels et les actes juridiques de gestion et de direction sont le fait direct du promoteur commerçant qui les accomplit lui-même ou par l'intermédiaire de ses employés (salariés) qui reçoivent et exécutent les ordres rentrant dans l'objet commercial de l'entreprise.

Il en va de même pour l'exploitation par un entreprenant qui est lui, un opérateur physique et individuel par la loi, qui exerce dans les mêmes conditions que le commerçant assurant directement sa gestion.

L'exécution du fonds de commerce par un gérant salarié, c'est-à-dire un gérant lié au promoteur par un contrat de travail, peut s'apparenter à une gestion directe mais qui n'emporte pas toutes les conséquences de façon identique.

En effet, le promoteur directement gérant et le promoteur représenté par un gérant salarié ne peuvent pas ou du moins ne doivent pas encourir les mêmes responsabilités ni sur le plan civil ni sur le plan pénal. En effet, la gestion salariée fait appel à une personne plus expérimentée, plus professionnelle qui n'est tenue qu'à une reddition de compte par délais (exercice) indiqués dans le contrat ou par la loi.

Quant à la société commerciale, elle procède à sa propre direction par l'intermédiaire des dirigeants sociaux à l'exclusion relative des associés qui n'y ont qu'un droit de regard par

intermittence c'est-à-dire au gré des assemblées (ordinaires, extraordinaires...) statutaires. Toutefois dans certaines sociétés, certains dirigeants peuvent être des associés mais ils ont, dans ce cas, un salaire ou un traitement distinct.

C'est dans cette perspective que joueront les réalités d'une succession familiale ordinaire. Page | 232

Lorsque le fonds de commerce est directement géré par un commerçant ou un entrepreneur, ses successibles sous réserves de renoncement, ou d'acceptation de la succession accèdent à l'entreprise comme bien indivis et à partager après eux héritiers. Il convient de préciser que lorsque l'un des héritiers était le compagnon fidèle de l'auteur dans l'exploitation du fonds commercial ou industriel, il bénéficie d'un privilège au détriment de ses cohéritiers lui conférant l'attribution dudit fonds et il ne sera tenu en retour que de devoir éventuellement aux autres la différence de surplus de part, appelée soulte.

2- La location gérance

La mise en gérance du fonds de commerce a été règlementée en France depuis fort longtemps²⁸.

Dans les affaires, il peut arriver que l'initiateur, le créateur ne soit pas le gestionnaire car ces deux choses semblent correspondre à deux génies différents qui peuvent s'exclure. On entend communément que le génie de créer est différent du génie de gérer. Aussi la gestion par contrat peut être une exigence des affaires dans certains cas : maladie ou autres empêchements, voyages du promoteur.

La location gérance s'établit par un contrat, crée des droits et obligations à la charge des parties pour produire des conséquences juridiques.

a- La nécessité d'un contrat

La location est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en sa qualité de bailleur, à une personne physique ou morale appelée locataire gérant, qui l'exploite à ses risques et périls. D'office, la loi exclut qu'un entrepreneur puisse passer son fonds professionnel en location gérance ou en être locataire gérant.

²⁸ Loi du 20 mars 1956 règlementant la location-gérance du fonds de commerce.

La location gérance met sur scène un bailleur, propriétaire légitime du fonds à gérer qui peut être une personne physique ou morale qui se débarrasse du fonds au profit d'un locataire gérant personne physique ou morale jugée à même de mieux procéder aux actes de gestion, mais en les accomplissant à ses propres risques et périls. Autant dire que s'il y a des avantages le bailleur en profite conformément aux stipulations du contrat par contre s'il y a des problèmes c'est seulement le locataire gérant qui va les supporter en y répondant.

Le contrat de location gérance sera conclu en respect des dispositions fondamentales de l'article 28 du régime général des obligations notamment quant au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause. Les parties seront tenues de procéder à la publicité du dit contrat dans un organe autorisé (l'essor) aux frais du locataire gérant ainsi qu'au registre du commerce et du crédit mobilier. Toutefois le non-respect des mesures de publicité prévues par la loi n'entraîne pas la nullité du protocole d'accord instituant la location gérance, mais est susceptible d'engager la responsabilité du propriétaire du fonds de commerce à l'égard des tiers²⁹. Si le bailleur fut commerçant, il devra signaler cette modification de sa situation au RCCM.

La loi institue et exige le paiement séparé de deux loyers au profit du bailleur. Ainsi le locataire gérant est tenu de payer d'une part un loyer correspondant à une redevance due simplement pour la jouissance des locaux et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce.

b- Les droits et obligations des parties

Les parties au contrat demeurent le locataire gérant et le bailleur dont les intérêts sont à la fois convergents (bonne marche de l'exploitation) et opposés (chacune des parties a des droits qui sont des obligations pour l'autre).

***α* - Le locataire-gérant**

Il doit avoir la qualité de commerçant et exercer la gestion de façon ostensible d'où son inscription et obtention d'un numéro du registre du commerce et du crédit mobilier.

Le locataire gérant est tenu au paiement régulier des locations sus-indiquées aux échéances convenues. En effet, estime la jurisprudence, le locataire doit être expulsé dès lors que le protocole d'accord a pris fin, que le propriétaire du fonds n'a pas donné son accord pour son renouvellement

²⁹ Cour d'appel d'Abidjan, 3^{ème} Ch Civile et com. 25 février 2005 arrêt N° 263 juris OHADA N° 4/2006

et qu'il (locataire) reconnaît devoir des arriérés de loyers³⁰. Enfin de contrat les dettes du locataire-gérant deviennent immédiatement exigibles avant la passation à un autre locataire ou "le retour" dans le patrimoine du bailleur. Faut-il faire remarquer que la réalité de la location gérance est en elle-même une autre exception au principe de l'unicité du patrimoine (au regard du bailleur).

β - Le bailleur (propriétaire) du fonds loué

D'abord sont exclus de la possibilité de louer leurs fonds de commerce les personnes reconnues ou déclarées interdites, déchues de l'exercice du commerce.

C'est une mesure d'assainissement du milieu des affaires qui retient hors de la sphère économique les personnes malveillantes ou peu recommandables et les personnes pratiquant autres activités relevant d'autres statuts excluant toute idée mercantile³¹.

Le bailleur aux termes de l'article 141 AUDCG est tenu d'exploiter un fonds de commerce pendant au moins deux ans avant de pouvoir le mettre en location gérance sauf lorsque le bailleur est :

- L'Etat ou une collectivité locale qui n'ont pas la qualité de commerçant ;
- Un établissement public qui est assimilé à l'Etat ;
- Un incapable par rapport à un fonds qu'il a fondé avant de tomber dans l'incapacité ;
- Un héritier ou légataire d'un commerçant décédé par rapport au fonds exploité par ce dernier, il se peut que les héritiers n'aient pas la qualité de commerçant et s'ils l'avaient ils ont ignoré par hypothèse la date du décès de l'auteur.
- Un mandataire de justice, car le tribunal connaît le droit et a pu en conséquence connaître l'environnement factuel et juridique avant d'instituer un mandataire³². Le même tribunal compétent peut réduire le délai pesant sur le loueur ou le bailleur pour l'exploitation initiale jusqu'à une année exclusivement au lieu de deux (2) ans à la condition que le bailleur prouve qu'il s'est trouvé dans une impossibilité d'exploitation personnelle ou par ses salariés alors qu'il y avait nécessité de poursuite de l'exploitation.

³⁰ Cour d'appel d'Abidjan, 3^{ème} Ch Civile et commerciale, arrêt N°0263 du 25 février 2005. Le juris OHADA N°4/2006, P 34 OHADATA J-07-32

³¹ cf. article 9 AUDCG.

³² Article 143 AUDCG.

L'acte uniforme sur le droit commercial général prend une mesure logique contre le bailleur, qui doit payer ses dettes professionnelles ou établir une convention quelconque avec son locataire gérant dans le sens de leur règlement avant la signature de tout contrat ; sinon la juridiction commerciale pourrait les déclarer immédiatement exigible même si leurs termes ne sont pas échus ou qu'elles ne sont pas encore exigibles ou si, à la suite de sa saisine, elle (juridiction) estime que le contrat de location-gérance conclu, met en péril le recouvrement desdites dettes³³ .

La personne intéressée a un délai de trois mois pour agir sous peine de forclusion. Ce délai court après la publication du contrat de location. Cette publication doit intervenir à l'initiative du loueur propriétaire du fond sinon les dettes qui naissent au cours de la gestion du locataire avant publication les lient tous deux d'une façon solidaire³⁴. C'est ce que confirme la jurisprudence en déclarant que. "Le fonds de commerce étant exploité par contrat de location gérance dont la preuve de la publication n'est pas rapportée, le propriétaire du fonds est en application de la loi, responsable solidairement des dettes du locataire-gérant"³⁵.

B- La disposition du fonds de commerce

Pour un simple rappel pédagogique, les biens en tant que choses peuvent servir l'homme ou plutôt l'homme peut s'en servir par plusieurs voies s'il en est titulaire. Ainsi l'homme possesseur ou propriétaire d'un bien peut en user directement par l'exercice du droit d'usus, il peut le mettre en usufruit et en récupérer les fruits ou loyers par l'exercice du droit d'usufruit comme c'est le cas de la mise en location du fonds de commerce en payant les deux types de loyers comme fruits civils ou loueur propriétaire ; enfin le titulaire peut disposer du fonds de commerce par sa cession ou vente ou même son nantissement c'est-à-dire sa mise en garantie.

Les deux premières formes d'usage ont été déjà évoquées. Il reste à analyser la faculté de disposition qui opère la distinction entre la vente du fonds de commerce et la mise en garantie en entier ou certains de ses éléments. Il est vrai que ces différents aspects ont très souvent fait l'objet d'une réglementation conjointe³⁶. Mais au fil du progrès des affaires et de leurs appuis (garanties

³³ Article 144 AUDCG.

³⁴ Article 145 AUDCG.

³⁵ Cour d'appel d'Abidjan, arrêt N°1153 du 27 décembre 2005 OHADATA J-09-202.

³⁶ La vente et le nantissement furent cumulativement réglementés pendant la période coloniale en AOF (Afrique occidentale française) par le décret du 10 mars 1936 dupliquant la loi du 17 mars 1909 éponyme sur le fonds de commerce et à sa suite il y a eu le code de commerce du Mali et aussi le premier acte uniforme sur les suretés in SANTOS (A.P.), (J.Y.), TOE, *Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, Collection OHADA, 2002, pp.219 à 230.

ou suretés) l'acte uniforme portant organisation des suretés révisé³⁷ a assuré une émigration du nantissement du fonds de commerce qui a immigré en son sein dans les articles 162 et suivants.

L'acte uniforme sur le droit commercial général utilise le vocable cession, donc de la cession du fonds de commerce qu'il règlemente de façon détaillée de l'article 147 à 168 l'on en note l'institution du principe de vente du fonds de commerce (1) la définition des conditions de cession (2) les droits et obligations des parties comme dans toute opération synallagmatique en droit (3) et surtout la préservation des droits des tiers (4).

1- Le principe de l'institution de la vente du fonds

En France c'est depuis 1909 que la vente du fonds de commerce a été ajoutée aux actes patrimoniaux qu'un commerçant peut entreprendre pour se soulager financièrement ou qu'on peut lui imposer pour satisfaire ses créanciers³⁸.

Le fonds de commerce constitue une universalité avec son titulaire en se fondant (en fusionnant de façon homogène) dans son patrimoine, toutefois comme un élément important. Ainsi en se rapportant à l'historique du fonds, l'on se rappelle qu'il fut imaginé comme outil susceptible d'apporter du crédit à ses propriétaires ; or, la forme ultime du crédit est la transformation pure et simple en argent ou capital pour les intéressés par la possibilité de vente. Ainsi naquit l'idée de vente du fonds de commerce.

La cession du fonds de commerce obéit aux règles générales de la vente et aux règles spécifiques se rapportant à certaines activités. Dans cette perspective les règles générales de l'article 28 RGO seront d'une observation rigoureuse c'est-à-dire les conditions de consentement non vicié, de capacité des parties, d'objet du fonds de commerce dans le commerce juridique et de cause légitime.

En outre, si le fonds de commerce fut une officine de pharmacie humaine ou vétérinaire il interviendra les conditions supplémentaires de diplômes, d'autorisation d'exercice...

L'idée de vente d'un fonds de commerce porte nécessairement sur les éléments définis à l'article 136 comme éléments obligatoires de tout fonds de commerce c'est-à-dire la clientèle, l'enseigne et le nom commercial. Les éléments déterminés à l'article 137 AUDCG comme

³⁷ Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des suretés révisé JO OHADA N° 22.15/12/11.

³⁸ Loi du 17 mars 1909 et une loi du 29 juin 1935 relative au prix de vente du fonds de commerce dans le but de protection de l'acheteur.

éléments éventuels, s'ils existent au moment de la conclusion du contrat de vente n'y sont pas concernés automatiquement quelle que puisse être leur pertinence ou importance pour l'exploitation. Leur rajout doit être formellement discuté et convenu. Cependant il faut conseiller aux acquéreurs de fonds de commerce qu'à défaut d'acquisition de ces éléments il sera instamment prudent d'insérer dans le contrat de vente des clauses de non concurrence.

2- Les conditions de la cession du fonds de commerce

Comme à l'accoutumée ces conditions comprennent des conditions de fond et des conditions de forme.

a- Les conditions de fond

L'acte de vente du fonds de commerce doit mentionner l'ensemble des éléments et des informations sur le fonds et sur le propriétaire vendeur et l'acquéreur existant dans le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (supra 394, 397). A ces éléments l'article 150 AUDCG exige d'ajouter en précisant outre l'identité complète des parties, le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années de l'existence du fonds, de donner la situation du bail, (au cas où il serait écrit il faudrait l'y annexer), le prix convenu et l'adresse du notaire ou de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre (qui a supervisé la vente) si la vente a lieu par acte sous seing privé.

En omettant ou en donnant des informations erronées sur le fonds, l'acquéreur peut recourir à une action en nullité relative à la double condition qu'il le juge opportun et que le défaut de renseignements initiaux soit source de dommages affectant la substance du fonds cédé. Dans une telle hypothèse l'acquéreur doit agir dans un délai d'une année sinon il sera forclo et la nullité sera réputée confirmée³⁹.

b- Les conditions de forme

Malgré le principe de la liberté de preuve en droit commercial, la vente du fonds de commerce se réalise par écrit, soit entre parties elles-mêmes avec une simple supervision d'un notaire ou d'un établissement bancaire⁴⁰ d'où par acte sous seing (signature) privé soit par actes authentique c'est-à-dire acte passé par devant notaire, professionnel de la preuve infaillible ou

³⁹ La jurisprudence étaye cette position légale : Cour d'appel de Bobo- Dioulasso, Ch Civile et commerciale, Arrêt N° 68 du 14 mai 2003, Ohadata j-07-209.

⁴⁰ Article 150 AUDCG a contrario

devant un greffier-notaire qui est un fonctionnaire exerçant auprès du tribunal s'il n'y existe pas de charge de notaire⁴¹.

Le registre du commerce et du crédit mobilier est destinataire légal d'une copie de l'acte de vente effective et chacune des parties au contrat puisqu'ils ont la qualité de commerçant⁴², Page | 238 devrait se rendre au RCCM pour faire insérer diligemment les modifications idoines. Cela constitue une première forme de publicité à l'endroit des tiers⁴³.

Les conditions de forme emportent celles de publicité de la vente du fonds de commerce et ce à la diligence de l'acquéreur dans un journal d'annonces légales c'est-à-dire le journal, quotidien officiel du Mali l'essor. C'est un avis d'informations du public qu'y est ainsi inséré et toutes personnes intéressées pourraient se mouvoir dans un sens comme dans un autre... cette insertion doit intervenir quinze jours après la vente.

Le contrat de vente érige des obligations mais reconnaît ou crée des droits à la faveur des parties (cédant-acquéreur).

3- Les droits et obligations des parties

Ce sont les aspects symétriques des relations entre vendeur et acquéreur dans la mesure où les droits de l'un se muent en obligations chez l'autre.

a- Les droits et obligations du vendeur

Le vendeur est la partie au contrat qui veut avoir de l'argent, conquérir un certain capital. Ainsi, l'acheteur doit lui payer le prix selon les modalités convenues, les jours lieu désignés même si ce montant doit transiter entre les mains du notaire ou de la banque témoin⁴⁴. Le prix doit être franc et sincère et seul le prix ostensible évoqué devant le témoin est dû. En effet toute dissimulation du prix en partie ou entièrement est nulle et les contre-lettres établies en ce sens sont contre productives⁴⁵.

⁴¹ Article 149 AUDCG

⁴² En cas de non-respect de ces conditions, il ne saurait donc y avoir cession au regard du registre de commerce et du crédit mobilier soutiennent les tribunaux, Tribunal de grande instance de Bobo Dioulasso (BF) Jugement N° 153/03 du 30 avril 2003, OHADATA J-09-93.

⁴³ Articles 152 AU

⁴⁴ Article 157 AUDCG.

⁴⁵ Article 158 AUDCG.

Une fois désintéressé, le vendeur sera tenu de mettre le fonds de commerce à la disposition de l'acquéreur sauf si cette mise à disposition est retardée par des échéances de paiement mutuellement convenues⁴⁶. Le vendeur est tenu d'assurer à l'acheteur une possession paisible non troublée du fonds de commerce et devra s'abstenir d'effectuer des actes gênant l'exploitation par l'acquéreur et ce conformément au droit commun de la vente des biens⁴⁷.

L'acquéreur sera protégé de tout évincement ou de tout vice caché du fonds de commerce.

Par ailleurs il est loisible au vendeur, en cas de non-paiement du prix par l'acheteur de demander et d'obtenir la résolution de la vente⁴⁸. Toutefois il devra en informer les créanciers du fonds du fait de l'acquéreur défaillant.

b- Les droits et obligations de l'acheteur

L'acheteur est tenu au paiement du prix convenu et à échéances indiquées. Il doit veiller à un bon établissement des clauses éventuelles de non rétablissement qui ne vaudront que si elles sont limitées à la fois dans le temps et dans l'espace c'est-à-dire dans l'espace géographique entourant le site du fonds de commerce. Il n'a pas à supporter les charges (dettes) cachées au moment de la cession du fonds⁴⁹. Exceptionnellement aux contrats et marchés conclus par le vendeur qui ne sont pas cédés avec le fonds, sauf clauses contraires convenues entre parties, les contrats de travail et surtout les contrats d'assurance passent, c'est à dire demeurent acquis à l'acheteur. Toutefois, il est loisible à chacune des parties (assureur ou acheteur) de résilier ledit contrat. Ce sont là des exceptions à l'effet relatif des contrats s'expliquant par l'idée d'intuitu rei (considération de la personne).

4- La préservation des droits des tiers

Il s'agit d'une façon prosaïque du principe des inopposabilités et de leur régime.

α - Le principe de l'opposition reconnu

Les rédacteurs de l'acte uniforme sur le droit commercial ont pris la précaution majeure dans l'article 157 de faire garder le prix versé du fonds de commerce par le notaire ou la banque comme séquestre pendant un délai de trente jours francs (soit un mois) au moins en dehors du délai

⁴⁶ Article 152 AUDCG

⁴⁷ Article 155 AUDCG

⁴⁸ Voy. CISSOUMA (S.F.), *Droit civil : les obligations au Mali*, Bamako, amecom, 1^{ère} édition, 2011, P.114.

⁴⁹ Article 155, 156 AUDCG

de 15 jours nécessaire à la publication de la vente. L'objectif de cette conservation est de prévenir et de recevoir éventuellement les oppositions.

En cas d'opposition, le vendeur sera obligé de chercher à les satisfaire afin d'en obtenir une main levée.

En fait d'opposition elles sont relatives aux droits des créanciers du vendeur et sont notifiées au notaire ou à la banque séquestre.

Dans l'acte d'opposition il sera précisé le montant et les causes de la créance⁵⁰.

β - Les modalités d'exercice par le créancier

A l'amiable le créancier opposant peut permettre au débiteur d'obtenir main levée afin que le prix de la vente lui soit versée.

Par ailleurs les conventions de résolution amiable c'est-à-dire de résolution non ou extra judiciaire d'une vente de fonds de commerce sont inopposables aux créanciers de l'acquéreur du fonds. Cependant il s'agit de créanciers qui ont pris une inscription effective sur le fonds.

Conclusion

En définitive, l'on devrait constamment avoir en tête que l'activité commerciale comme l'activité industrielle ne s'exercent pas ou ne devraient s'exercer dans un cadre informel mais plutôt dans un cadre bien formalisé assorti d'un enregistrement au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) de manière à asseoir une identité professionnelle nécessaire à l'organisation générale des affaires. Ce fonds de commerce comporte des éléments substantiels et aussi secondaires comme le distingue l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) alors qu'objectivement tous les éléments du fonds de commerce sont importants et peuvent, au regard du ou des besoins, jouer un rôle prépondérant ; donc il y a lieu d'éviter toute distinction entre éléments composant le fonds de commerce. Heureusement la loi nationale malienne est allée en ce sens.

Le fonds de commerce peut être l'objet et de diverses opérations patrimoniales réduisant ou amaigrissant le patrimoine de son propriétaire. Il s'agit de comprendre les règles de chacune des opérations comme exposées dans le texte. Enfin convient – il de bien relever l'importance du

⁵⁰ Article 159 AU.

bail professionnel relatif au siège du fonds qui se révèle l'élément le plus déterminant à côté de la clientèle lorsque le fonds doit être proposé en nantissement c'est à dire en garantie.



L'inégalité entre les intérêts du titulaire et ceux du public en droit de la propriété intellectuelle

The inequality between the interests of the owner and those of the public in law of intellectual property

Page | 242

Par :

OYONO ADJOMO DANIEL HANS

Doctorant en droit privé

Faculté des sciences juridiques et politique

Université d'Ebolowa

Résumé :

Contrairement à la propriété classique, la propriété intellectuelle présente des intérêts tant pour le titulaire que pour le public. Le législateur doit donc concilier les divers intérêts en trouvant un juste équilibre. Toutefois, pour atteindre le juste équilibre escompté, ces divers intérêts doivent à priori avoir la même valeur aux yeux du législateur¹, ce qui semble ne pas être le cas. En effet en l'absence de conflit, les mécanismes instaurés par le législateur peuvent donner l'impression qu'il existe une certaine égalité entre ces divers intérêts, pourtant en cas de conflit,² lorsqu'il faut à tout prix préserver l'un de ces intérêts c'est celui du public qui est retenu au détriment de celui du titulaire. Ceci relève à suffisance l'inégalité entre les deux intérêts et par conséquent que le juste équilibre tant recherché ne relève que d'une illusion.

Mots clés : inégalité, intérêt, titulaire, public, conflit, juste équilibre, propriété intellectuelle.

¹ Car nous voyons mal un père accorder le même traitement à deux enfants qui n'ont pas la même valeur à ses yeux.

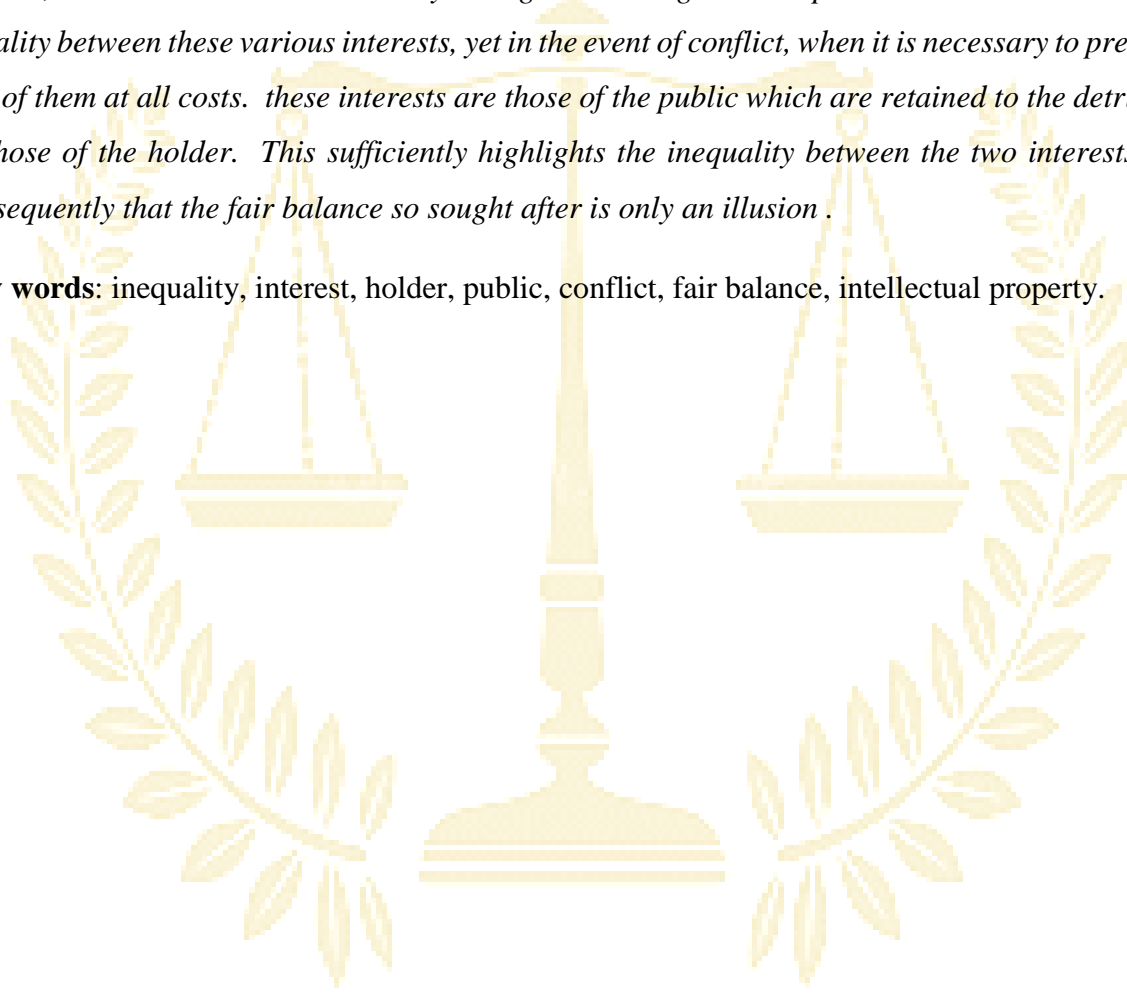
² Situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne.

Abstract:

Unlike traditional property, intellectual property is of interest to both the owner and the public. The legislator must therefore reconcile the various interests by finding a fair balance. However, to achieve the right balance expected, these various interests must a priori have the same value in the eyes of the legislator, which seems not to be the case. Indeed, in the absence of conflict, the mechanisms established by the legislator can give the impression that there is a certain equality between these various interests, yet in the event of conflict, when it is necessary to preserve one of them at all costs. these interests are those of the public which are retained to the detriment of those of the holder. This sufficiently highlights the inequality between the two interests and consequently that the fair balance so sought after is only an illusion .

Page | 243

Key words: inequality, interest, holder, public, conflict, fair balance, intellectual property.



Introduction

La richesse par le passé était essentiellement matérielle de nos jours, elle est devenue de plus en plus immatérielle. L'immatériel a d'ailleurs envahi la vie des hommes et se présente aujourd'hui comme la plus précieuse des ressources économiques.

Page | 244

Pour les Etats par exemple, la possession des richesses naturelles n'est plus suffisante pour assurer le développement. Pour les individus, ce n'est plus la quantité d'immeubles, de véhicules et autres meubles corporels de valeur qui suffit à établir la richesse. C'est désormais la capacité à innover, à séduire et drainer le plus grand nombre de consommateurs qui est déterminante. Le développement de l'immatériel se présente dès lors comme le domaine à partir duquel est pensé et impulsé le développement économique, social et culturel de toute société³.

Le code civil de 1804 applicable au Cameroun, qui organise le régime de la propriété, a clairement défini les modalités d'acquisition et de protection de la propriété des biens matériels, sans grande précision sur la question des biens immatériels. Ceci sans doute parce que notre droit repose sur une conception matérialiste des biens ⁴et qu'il paraît inapte à recevoir en son sein l'immatériel, en raison probablement, de l'immobilisme du code civil qui a toujours « superbement ignoré les biens issus de l'industrie humaines » ⁵de sorte que les richesses immatérielles se sont développées en dehors de lui. Il est apparu opportun, en raison de l'importance des biens immatériels et de leur fort potentiel financier, d'organiser la titularité des droits sur les productions du génie humain afin d'assurer la protection des biens intellectuels : c'est là qu'intervient la propriété intellectuelle qui est encadré par un ensemble de règles regroupées sous le droit de la propriété intellectuelle.

Cette nouvelle propriété est assez particulière car contrairement à la propriété traditionnelle⁶, elle présente des intérêts tant pour le créateur ou l'inventeur que pour le public et par conséquent, le système de la propriété intellectuelle doit concilier ces différents intérêts et

³ KANCHOP (T.N.), « *le titre dans l'Accord de Bangui : contribution à la systématisation du droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI* », Université de Dschang, 2017, P.1.

⁴ PIEDELIVRE (A.), « *Droit des biens, la publicité foncière, les sûretés réels* », éd. Masson, 1977 ;

F.ZENATI, « *l'immatériel et les choses* » : in le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t .43 éd. sirey, 1999, p79.

⁵ JM BRUGUIERE, « *l'immatériel à la trappe ?* », D, 2006, p2804 ; Dans le même sens, Th. REVET, « *code civil et le régime des biens : question sur un bicentenaire* », Dr .Et patrim. , Mars 2004, p.20.

⁶ Propriété qui porte sur les biens ayant une existence matérielle.

trouver le juste équilibre, le juste équilibre s'entendant ici comme une certaine égalité entre les intérêts des parties prenantes .

D'une part, Bien entendu, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle recherche l'amortissement de ses investissements dans la production de son œuvre. De plus, il cherche à maximiser la rente escomptée afin de permettre la continuité de la production de nouvelles créations. Il faut noter que, Si la connaissance est coûteuse à produire, au contraire son coût de reproduction et de diffusion est très faible⁷. En effet, les coûts de production d'une œuvre intellectuelle sont souvent élevés, tandis que les coûts de reproduction sont marginaux voire quasi nuls⁸. Cela encourage les concurrents à abuser des créations d'autrui. Ce phénomène se révèle par une forte pratique de la copie de façon illégale. La nécessité de protéger les droits de la propriété intellectuelle ne résulte alors pas seulement d'aspects éthiques visant à la reconnaissance du créateur et à sa paternité sur l'œuvre, pas plus que du critère patrimonial qui vise la récompense des efforts créatifs. Elle résulte avant tout de considérations économiques et sociales : le monopole provisoire accordé sur l'œuvre protégée par les droits de la propriété intellectuelle permet de « récompenser l'imperfection du marché qui se révèle incapable tout seul d'assurer de réelle incitation à créer ». ⁹En effet, le droit intellectuel qui assure une source de rémunération à l'auteur « favorise le phénomène de création et sa diffusion ». ¹⁰Autrement dit, le monopole d'exploitation attaché au bien intellectuel permet au titulaire du droit de tirer de l'exploitation de cette œuvre des revenus garantissant, outre la rémunération de son activité, à la fois l'amortissement des investissements engagés pour produire cette création et la possibilité de mener de nouvelles recherches conduisant à de nouvelles créations¹¹.

D'autre part, Le public, quant à lui, espère pouvoir accéder facilement et à un coût abordable, aux œuvres protégées pour s'informer et se divertir, justement, les droits de la propriété intellectuelle sont des moyens primordiaux de la diffusion de la connaissance. Le brevet, par

⁷ V. en ce sens ,SAUTEL (O.) et DE MUIZON (G.) , « la durée effective de reproduction des investissements dans l'industrie pharmaceutique :une analyse économique à partir de la courbe de rendement » ,in concurrence ,santé publique ,innovation et médicament , ss la dir. De M-A. Frison –Roche, L.G.D.J., 2010, P.185.

⁸ V. en ce sens, CHANTEPIE (ph.) et BENSOUSSAN (A.), « le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies »P.206.

⁹ ABELLO (A.), la licence ; instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle, P.83.

¹⁰ BENABOU (V.L), « propriété intellectuelle et diversité culturelle ? Approche juridique », in droit d'auteur et culture, ss la dire. de J-M. Bruguière, Dalloz, paris, P77.

¹¹ V. en ce sens, PASSA (J.), « droit de la propriété industrielle », Tome 2, Brevets d'invention protections voisins, P .18.

exemple, en raison de sa publication, représente le principal support d'information technologique. Il est admis que « 70% de l'information technique disponible ne se trouve que dans cette documentation de brevets et que seulement 13% de l'information contenue dans les brevets peuvent être accessibles par d'autres sources ». ¹²Les droits de brevet constituent sous cet aspect un moyen primordial de promotion de l'innovation, de la diffusion de la connaissance, et en conséquence de développement technologique et économique¹³. L'économie a besoin de la divulgation des informations imposée par le système du brevet. Le niveau de protection juridique et technique adopté par les droits de propriété intellectuelle conduit donc à un arbitrage économique et social¹⁴.

Soulignons qu'un niveau faible de protection pourrait déboucher à une incitation insuffisante à la création, et à une baisse de la qualité des œuvres produites, mais à l'inverse il permet un accès beaucoup plus large du public aux œuvres protégées. Cependant, le créateur se trouve, dans ce cas, moins incité à créer de nouvelles œuvres et à participer à la diffusion de nouvelles connaissances profitant à tous. Alors qu'un un niveau fort de protection peut conduire à une incitation maximale pour les producteurs des biens intellectuels, ce qui amènerait à une production plus large d'œuvres intellectuelles, ayant néanmoins pour le public un coût d'accès plus important, et ainsi plus restrictif¹⁵.

Eu égard de ce qui précède, nous pouvons affirmer que l'enjeu essentiel de la propriété intellectuelle est de déterminer un juste équilibre entre ces divers intérêts. Toutefois, en cas de conflit, la tendance actuelle prévoit que « l'évitement d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit » ou même que « si deux maux s'opposent on doit admettre le moins grave pour éviter celui le plus grave ». Une question nous vient alors directement à l'esprit celle de savoir si ces différents intérêts ont a priori la même valeur aux yeux du législateur ? car il va de soi qu'il s'agit là de la condition sine qua non pour que le juste équilibre escompté soit atteint.

La réponse à cette interrogation revêt de multiples intérêts. Sur le plan théorique, notre question de recherche nous permet d'étudier et de comprendre le droit de la propriété intellectuelle

¹² CHAVANE (A), BURST (j-j), AZEMA (j.) et GALLOUX (j.-Ch.), « droit de la propriété industrielle », P.135.

¹³ *Ibid*

¹⁴ V. en ce sens, CHANTEPIE (ph.), et BENSOUSSAN (A.), « le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », op.cit., P.206.

¹⁵ V. en ce sens, TREPPOZ (E.), « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », RLDI, 82, n°1^{er} mai 2012.

dans son ensemble tel qu'institué par les différents textes. Sur le plan pratique, elle nous permet de penser un nouvel rééquilibrage des divers intérêts.

Pour la réalisation de ce travail, nous nous servons de l'exégèse et de la libre recherche scientifique.

L'exégèse nous permettra l'interprétation textuelle et l'analyse du droit positif en la matière. Pour sa part le professeur Jacques DJOLI le définit comme celle qui consiste à exposer, analyser, des textes de loi, divers documents relatifs à la matière.

La libre recherche scientifique quant à elle nous permettra d'améliorer le droit positif à travers les travaux de la doctrine.

D'emblée, à notre question de recherche, nous répondons par la négative car si les mécanismes institués par le législateur peuvent donner l'illusion d'une certaine égalité en l'absence de tout conflit (I) cette illusion est rattrapée lorsqu'il faut faire un choix, le législateur ayant alors laissé entrevoir une supériorité des intérêts du public (II).

I- L'ILLUSION D'UNE CERTAINE EGALITE EN L'ABSENCE DE CONFLIT

L'illusion est entretenue par l'arsenal des dispositifs mis sur pieds par le législateur visant à reconnaître des droits à l'inventeur ou au créateur (A) tout en limitant la portée de ces droits (B).

A- La reconnaissance des prérogatives au créateur ou à l'inventeur : moyen de droit en faveur du titulaire

Qu'il s'agisse des droits conférés par les titres de propriété industrielle (1) ou des droits conférés par la propriété littéraire et artiste (2), le souci du législateur est de galvaniser le titulaire de l'invention.

1- Les droits conférés par les titres de propriété industrielle

L'accord de Bangui traite distinctement de ces différents droits selon qu'il s'agisse du brevet (a) du modèle d'utilité (b) de la marque (c) du dessin ou modèle industrielle (d) du nom commercial (e) d'obtention végétal (f), d'indication géographique (g). Dès lors que le titre est approuvé et régulièrement publié, des droits sont reconnus au titulaire.

a- Le brevet

Selon l'article 7 Annexe I de l'Accord de Bangui Révisé, le breveté jouit des prérogatives suivantes le droit exclusif d'exploiter l'invention brevetée. Ce droit varie selon qu'il s'agit d'un brevet de procédé ou de produit. Lorsque le brevet a été délivré pour un produit, le droit de fabriquer, importer, offrir en vente, vendre et utiliser le produit, détenir ce produit aux fins de l'offrir en vente, de le vendre ou de l'utiliser. Lorsque le brevet a été délivré pour un procédé, le droit d'employer le procédé, le droit d'accomplir les actes mentionnés ci-dessus à l'égard d'un produit résultant directement de l'emploi du procédé. Le droit d'interdire à toute personne l'exploitation de l'invention brevetée ; le droit de céder ou de transmettre par voie successorale le brevet et de conclure des contrats de licence.

En sus de tous autres droits, recours ou actions dont il dispose, le titulaire du brevet a le droit d'engager une procédure judiciaire devant le tribunal du lieu de la contrefaçon contre toute personne qui commet une contrefaçon du brevet accomplissant sa son consentement, l'un des actes mentionnés ci-dessus ou qui accomplit des actes qui rendent vraisemblable qu'une contrefaçon sera commise.

b- Le modèle d'utilité

Le titulaire du certificat d'enregistrement d'un modèle d'utilité a le droit d'interdire à toute personne l'accomplissement des actes suivants : la fabrication, la vente, l'offre de vente, l'utilisation, l'importation ou la détention dudit modèle aux fins de l'offrir en vente, de le vendre ou de l'utiliser.

c- La marque

L'enregistrement de la marque confère à son titulaire :

le droit exclusif d'utiliser la marque, ou un signe lui ressemblant, pour les produits ou services pour lesquels elle a été enregistrée, ainsi que pour les produits ou services similaires, le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou services qui sont similaires à ceux pour lesquels la marque de produits ou de services est enregistrée dans le cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour des produits et services identiques, un risque de confusion sera présumé exister.

d- Le dessin ou modèle industriel

Le dépôt d'un dessin ou modèle assure à son titulaire un droit exclusif d'utilisation du dessin ou modèle. L'article 3 Annexe IV de l'Accord de Bangui Ré visé vise les prérogatives du titulaire d'un dessin ou modèle industriel. Ce dernier a le droit exclusif d'exploiter son dessin ou modèle et de vendre ou faire vendre à des fins industrielles ou commerciales les produits dans lesquels ce dessin ou modèle est incorporé, dans les conditions prévues par les dispositions de l'Annexe IV de l'Accord de Bangui sans préjudice des droits qu'ils tiendraient d'autres dispositions légales.

e- Le nom commercial

Le propriétaire d'un nom commercial enregistré ou non a le droit de l'utiliser pour ses activités commerciales, industrielles, artisanales ou agricoles. Il a également le droit d'interdire tout usage illicite de ce nom et d'exercer les actions prévues par la loi pour la défense de son droit.

f- L'obtention végétale

Aux termes de l'article 28 Annexe X de l'Accord de Bangui, le certificat d'obtention végétale confère à son titulaire : le droit exclusif d'exploiter la variété faisant l'objet du certificat c'est-à-dire produire ou reproduire, conditionner aux fins de reproduction ou de multiplication, offrir à la vente, vendre, exporter, importer, détenir aux fins sus

évoquées ; le droit d'interdire à toute personne l'exploitation de la variété faisant l'objet du certificat ; le droit de céder ou de transmettre par voie successorale, le certificat et de conclure des contrats de licence ; en sus de tous autres droits, recours ou actions dont il dispose, le droit d'engager une procédure judiciaire contre toute personne qui commet une violation des droits qui lui sont conférés par le certificat d'obtention végétale en accomplissant, sans son consentement, l'un des actes mentionnés ci-dessus, ou qui accomplit des actes qui rendent vraisemblable qu'une violation sera commise ; en sus de tous autres droits, recours ou actions dont il dispose, le droit d'engager une

Procédure judiciaire contre toute personne qui utilise une désignation en violation de l'article 23. 4), Ou omet d'utiliser une dénomination variétale en violation de l'article 23.5) de l'Annexe X de l'Accord de Bangui.

g- L'indication géographique

Le certificat d'enregistrement de l'indication géographique confère aux producteurs exerçant leurs activités dans l'aire géographique indiquée au registre le droit d'utiliser à des fins commerciales, pour les produits indiqués au registre, l'indication géographique enregistrée, pour autant que ces produits aient les qualités caractéristiques essentielles indiquées au registre. Page | 250

On retrouve également cette reconnaissance à l'égard des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques.

2- Les droits conférés par la propriété littéraire et artistique

Les législations des Etats membres de l'OAPI confèrent au titulaire deux catégories de droits : le droit moral et les droits patrimoniaux.

a- Le droit moral

Le droit moral comprend :

Le droit de divulgation c'est le droit conféré à l'auteur de décider du moment où son œuvre doit être portée à la connaissance du public ; le droit à la paternité de l'œuvre : l'auteur est fondé à exiger sa désignation en qualité de créateur pour toute l'exploitation de son œuvre. Pour l'auteur, le droit à la paternité est la preuve éclatante de la filiation qui existe entre son œuvre et lui-même. Sa notoriété en dépend. L'auteur a également la faculté de publier son œuvre sous une forme anonyme ou de se faire désigner par un pseudonyme; le droit au respect de l'œuvre : ce droit permet à l'auteur d'exiger que son œuvre soit communiquée au public exactement comme il souhaite qu'elle soit. Le droit au respect est une notion souple qui s'applique différemment selon l'œuvre concernée ; le droit de repentir et de retrait : c'est le droit dont dispose l'auteur d'une œuvre régulièrement publiée de la retirer du marché moyennant paiement d'une indemnité aux éventuels cocontractants.

b- Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux comprennent :

le droit de reproduction (exemple : autoriser une photocopie) ; le droit de représentation (c'est le droit d'interpréter une œuvre telle qu'une chanson, le droit de communiquer l'œuvre au public et de procéder à la radiodiffusion) ; la traduction (l'expression d'une œuvre dans une

langue autre que celle de la version originale) ; l'adaptation (modification d'une œuvre en vue de créer une autre œuvre, transformer un roman en un film par exemple) le droit de distribution.

Afin de rééquilibrer la balance, le législateur a assorti à ces différents droits des limitations.

B- La portée des droits du titulaire rééquilibré par l'intérêt du public

Page | 251

Les limitations aux droits du titulaire sont observables aussi bien en matière de propriété industrielle qu'en droit d'auteur ((2).

1- Les limitations aux droits conférés par le titre de propriété industrielle

Tout comme les droits sus évoqués l'Accord de Bangui traite distinctement de leurs limites selon qu'il s'agisse du brevet (a) du modèle d'utilité (b) de la marque (c) du dessin ou modèle industrielle (d) du nom commercial (e) d'obtention végétal (f), d'indication géographique (g)

a- Les limitations liées aux droits conférés par le brevet

Elles sont prévues par l'article 8 Annexe I de l'Accord de Bangui Révisé. Selon cet article, les droits découlant du brevet ne s'étendent pas : aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement, ni à l'utilisation d'objets à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux d'un Etat membre ; ni aux actes relatifs à une invention brevetée accomplis à des fins expérimentales dans le cadre de la recherche scientifique et technique ni aux actes effectués par toute personne qui, de bonne foi à la date du dépôt ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré et sur le territoire d'un Etat membre, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où les actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée.

b- Limitations liées aux droits conférés par le modèle d'utilité

Ne sont pas considérés comme portant atteinte aux droits conférés par le modèle d'utilité : les actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire ou avec son consentement, l'utilisation d'objets à bord d'aéronefs, de véhicules terrestre ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien,

sur le territoire ou dans les eaux des Etats membres ; les actes accomplis à des fins expérimentales dans le cadre de la recherche scientifique et technique ; les actes effectués par toute personne de bonne foi qui utilisait le modèle d'utilité ou qui faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, à la date du dépôt de la demande ou de la priorité, dans la mesure où les actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée.

c- Les limitations aux droits conférés par la marque

Les tiers peuvent librement faire usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique, ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la présentation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse induire le public en erreur sur la provenance des produits ou services. Les tiers peuvent également faire usage de la marque en relation avec les produits qui ont été licitement vendus sous la marque sur le territoire national de l'Etat membre dans lequel le droit d'interdiction est exercé, sous la condition que ces produits n'aient subi aucun changement.

d- Les limitations aux droits conférés par le dessin ou modèle industriel

Elles sont prévues à l'article 7 Annexe IV de l'Accord de Bangui.

Le dessin ou modèle industriel enregistré ne produit pas d'effet à l'égard du tiers qui, au moment du dépôt de la demande d'enregistrement exploitait déjà ledit dessin ou modèle sur le territoire de l'un des Etats membres ou avait pris des mesures nécessaires pour cette exploitation. Ce tiers est autorisé à utiliser ce dessin ou modèle pour les besoins de son entreprise, dans ses propres ateliers ou dans ceux d'autrui. Ce droit ne peut être transmis qu'avec l'entreprise.

e- Les limitations aux droits conférés par le nom commercial

Le titulaire d'un nom commercial ne peut interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la prestation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse pas induire le public en erreur sur la provenance des produits ou des services.

f- Les limitations aux droits conférés par le certificat d'obtention végétale

Elles sont prévues par l'article 30 de l'Annexe X de l'Accord de Bangui. D'après cette disposition, les droits conférés par le certificat d'obtention végétale ne s'étendent pas : aux actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales ; aux actes accomplis à titre expérimental ou de recherche ; aux actes accomplis aux fins de la création de nouvelles variétés ainsi que, à moins que les dispositions de l'article 29.4) ne soient applicables, aux actes mentionnés à l'article 29.1) à 3) accomplis avec de telles variétés ; à l'utilisation par un agriculteur sur sa propre exploitation, à des fins de reproduction ou de multiplication, du produit de la récolte qu'il a obtenu par la mise en culture, sur sa propre exploitation, d'une variété protégée ou d'une variété visée à l'article 29.4) a) ou b) ; cette exception ne s'applique pas aux plantes fruitières, forestières et ornementales ; aux actes accomplis par tout tiers de bonne foi avant le dépôt de la demande du certificat d'obtention végétale.

g- Les limitations aux droits conférés par le certificat d'enregistrement de l'indication géographique

Toute personne a le droit d'utiliser l'indication géographique pour les produits lorsque ceux-ci ont été mis en circulation sous une indication géographique enregistrée dans les conditions prévues par l'accord.

Quid des limitations en droit d'auteur ?

h- Les limitations liées au droit d'auteur

Les principales limitations sont :

Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre, à condition qu'elles soient accompagnées par la mention «source» et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ; les copies privées, ce sont les reproductions et les transformations privées, en un seul exemplaire destinées à un usage strictement personnel et privé qui sont autorisées par la loi.

Est ainsi exclue toute exploitation à des fins lucratives d'une œuvre ; la parodie, le pastiche et la caricature visent à faire rire ou sourire le public à travers une œuvre de l'esprit. Sous réserve de rester dans la limite " des lois du genre", elle constitue une exception aux droits patrimoniaux de l'auteur.

Saisie par l'éditeur de Charles Trénet, la Cour de Cassation a eu à apprécier le caractère parodique d'une imitation de la chanson "Douce France" par Thierry le Luron.

En effet, le 12 janvier 1988 la Haute Juridiction a eu à se prononcer en faveur de l'imitateur. La durée de protection : l'œuvre est protégée toute la vie de l'auteur et 70 ans après son décès. Toutefois la législation de certains pays prévoit une durée de protection moins longue. L'article 37 alinéas 1 de la loi camerounaise n° 2000/11 du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins prévoit en effet une durée de protection de 50 ans post mortem. la libre utilisation pour l'enseignement ; la reproduction reprographie par les bibliothèques et les services d'archives ; la libre reproduction à des fins judiciaires ou administratives ; la libre utilisation à des fins d'information ; la libre utilisation d'images, d'œuvres situées en permanence dans des endroits publics ; le libre enregistrement éphémère par les organismes de radiodiffusion ; la libre représentation ou exécution lors des cérémonies officielles ou religieuses, ou dans un établissement d'enseignement à l'intention des étudiants et professeurs.

Au regard de ce qui précède, l'on constate l'effort du législateur à vouloir

Concilier les divers intérêts. A première vue, cet effort peut laisser croire que les deux intérêts se valent aux yeux de celui-ci. Toutefois une lecture plus poussée nous donne de voir la prévalence des intérêts du public sur les intérêts du titulaire en cas de conflit. Le législateur laisse en effet entrevoir une supériorité des intérêts du public à travers l'instauration des licences d'office.

II- UNE PREVALENCE EVIDENTE DES INTERETS DU PUBLIC SUR LES INTERETS DU TITULAIRE EN CAS DE CONFLIT : INSTAURATION DES LICENCES D'OFFICE

Le souci de préserver l'intérêt du public a amené le législateur à prévoir certaines licences forcées, dites « licences d'office » octroyées par une autorité administrative. En effet, l'exploitation de certaines inventions brevetées constitue un intérêt considéré supérieur à la préoccupation de la préservation du monopole total du titulaire sur son invention¹⁶. Ces licences ainsi instituées révèle indubitablement un déséquilibre entre les divers intérêts prenantes et ceci est marqué par la préservation des intérêts du public au détriment de ceux du titulaire (A) puis accentuée par la

¹⁶ V. en ce sens, PASSA (J.), « *Droit de la propriété industrielle* », Tome 2 Brevets d'invention protections voisines, P438.

faculté reconnue aux autorités administratives de fixer unilatéralement les conditions régissant lesdites licences en cas de désaccord (B).

A- Une prévalence marquée par la préservation des intérêts du public au détriment de ceux du titulaire

Page | 255

Le législateur a ouvert cette faculté essentiellement en matière de propriété industrielle notamment lorsqu'il s'agit de préserver la santé publique (1) le développement de l'économie nationale (2) ou la défense nationale¹⁷ (3).

1- La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique

A la suite de l'article 8 de l'Accorde sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) qui dispose que « les Membre pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public », le législateur de l'OAPI a envisagé l'hypothèse de l'octroi de licences autoritaires fondées sur les raisons de santé publique. Dès lors, si l'intérêt de la santé publique l'exige, un acte administratif du ministre en charge de la santé dans l'État membre en cause peut placer sous le régime de la licence d'office le brevet ou le schéma de configuration. Cette licence d'office pour des raisons de santé publique est davantage octroyée sur les brevets relatifs aux médicaments, ou pour des procédés d'obtention, ou encore pour produits nécessaires à l'obtention des médicaments, et des procédés de fabrications de tels produits. Par exemple, si un nouveau produit pharmaceutique mis sur le marché constituait une innovation importante qui joue un rôle essentiel dans la politique de santé, les autorités administratives peuvent soumettre le brevet d'un tel médicament au régime de la licence d'office afin de mettre ledit médicament à la disposition du public en quantité et en qualité suffisantes et à des prix raisonnables, ceci bien évidemment en violation des droits du titulaire. Le même moyen est prévu pour préserver l'économie nationale.

2- La licence d'office dans l'intérêt de l'économie nationale

Dans la même veine, le souci de préserver l'intérêt du public a conduit à l'adoption de cette licence afin de soutenir l'économie nationale de protéger l'industrie du pays et d'éviter que

¹⁷ V. en ce sens, SABATIER (M.), « *Mesure autoritaires sur le brevet d'invention – licences autoritaires* », n°121.

cette industrie soit bloquée¹⁸. Ainsi lorsque les dirigeants estiment que le produit protégé n'est pas suffisamment exploité et que cela porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt général, le législateur donne la faculté au ministre compétent même sans le consentement du titulaire d'exploiter l'invention par l'octroi d'une licence.

Par ailleurs, la licence d'office comprend, à côté des licences accordées en raison d'insuffisances d'exploitation, des licences d'office imposées sur certains brevets avant même que ceux-ci soient exploités. Ce type de licence d'office s'explique par la nécessité de la protection de la défense nationale.

3- La licence d'office dans l'intérêt de la défense nationale

La préservation de l'intérêt du public permet également aux autorités publiques d'accorder à tout moment une licence pour exploiter une invention faisant l'objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, si la défense nationale le requiert. En effet, la protection de la défense nationale constitue un intérêt général qui peut restreindre le monopole du titulaire du droit¹⁹. La souveraineté de l'Etat est totale dans ce domaine²⁰. L'originalité de la licence dans l'intérêt de la défense nationale est qu'elle comprend les brevets ainsi que les demandes de brevet, contrairement aux autres licences forcées qui, elles, visent les brevets qui sont déjà délivrés²¹. Cette licence d'office est octroyée à la demande du ministre chargé de la défense.

L'inégalité déjà marquée par la violation des droits du titulaire est accentuée par la faculté reconnue aux autorités administratives de fixer unilatéralement les conditions régissant lesdites licences.

B- Une prévalence accentuée par la faculté reconnue aux autorités administratives de fixer unilatéralement les conditions régissant les licences d'office en cas de désaccord

L'octroi des licences d'office empiète de toute évidence sur les intérêts du titulaire. Ce déséquilibre est d'autant plus accentué par la faculté reconnue aux autorités administratives de fixer les conditions régissant lesdites licences. En effet, à la lecture de l'article 58 alinéa 3 de

¹⁸ V. en ce sens, SABATIER (M.), « Mesures autoritaires sur brevet d'invention –licences autoritaires », op .cit . n°149.

¹⁹ V. en ce sens , FAVRO (K.), « La recherche de l'intérêt à la lecture du Code de la propriété intellectuelle... »P.94

²⁰ V. en ce sens ,GOUTORBE (F .), « Comparaison et analyse des contraintes relatives à la défense nationale en matière de brevet d'invention dans les principaux pays européens ;l'interdiction de publication et de libre exploitation » ,propr.IND., n°11,nov.2007,etude23 ;n°50.

²¹ V. en ce sens, POLLAUD –DULIAN (F.), « la propriété industrielle », P.346.

l'accord de BANGUI révisée, il ressort qu'à défaut d'accord amiable entre le titulaire du brevet et l'administration intéressée sur les conditions de la licence c'est-à-dire les modalités d'exécution (1) et la redevance (2), celle-ci sont fixées d'autorité par le ministre compétent de l'état membre.

1- La fixation des modalités par les autorités administratives

Page | 257

Les autorités administratives en cas de désaccord avec le titulaire de du droit ont en effet la latitude de fixer les modalités de la licence d'office.

Il va de soi que ces conditions peuvent être arbitraires au regard du contexte. Il s'agit concrètement des modalités portant sur la durée de la licence mais également son champ d'application notamment les actes d'exploitation autorisés, y compris l'importation, la quantité de produits, l'étendue territoriale de la licence.

Outre les modalités, le législateur donne également aux autorités administratives la latitude de fixer la redevance octroyée au titulaire.

2- Fixations de la redevance par les autorités administratives

Rappelons le, le droit intellectuel assure une source de rémunération à l'auteur et « *favorise le phénomène de création et sa diffusion* ». ²²Autrement dit, le monopole d'exploitation attaché au bien intellectuel permet au titulaire du droit de tirer de l'exploitation de cette œuvre des revenus garantissant, outre la rémunération de son activité, à la fois l'amortissement des investissements engagés pour produire cette création et la possibilité de mener de nouvelles recherches conduisant à de nouvelles créations. C'est donc à juste titre que ce dernier peut s'opposer à cette redevance lorsqu'il l'estime insignifiante.

Seulement le législateur OAPI donne la latitude aux autorités administratives à défaut d'accord à l'amiable de fixer unilatéralement la redevance. Laquelle redevance peut ne pas pouvoir couvrir les dépenses consenties par le titulaire.

Conclusion

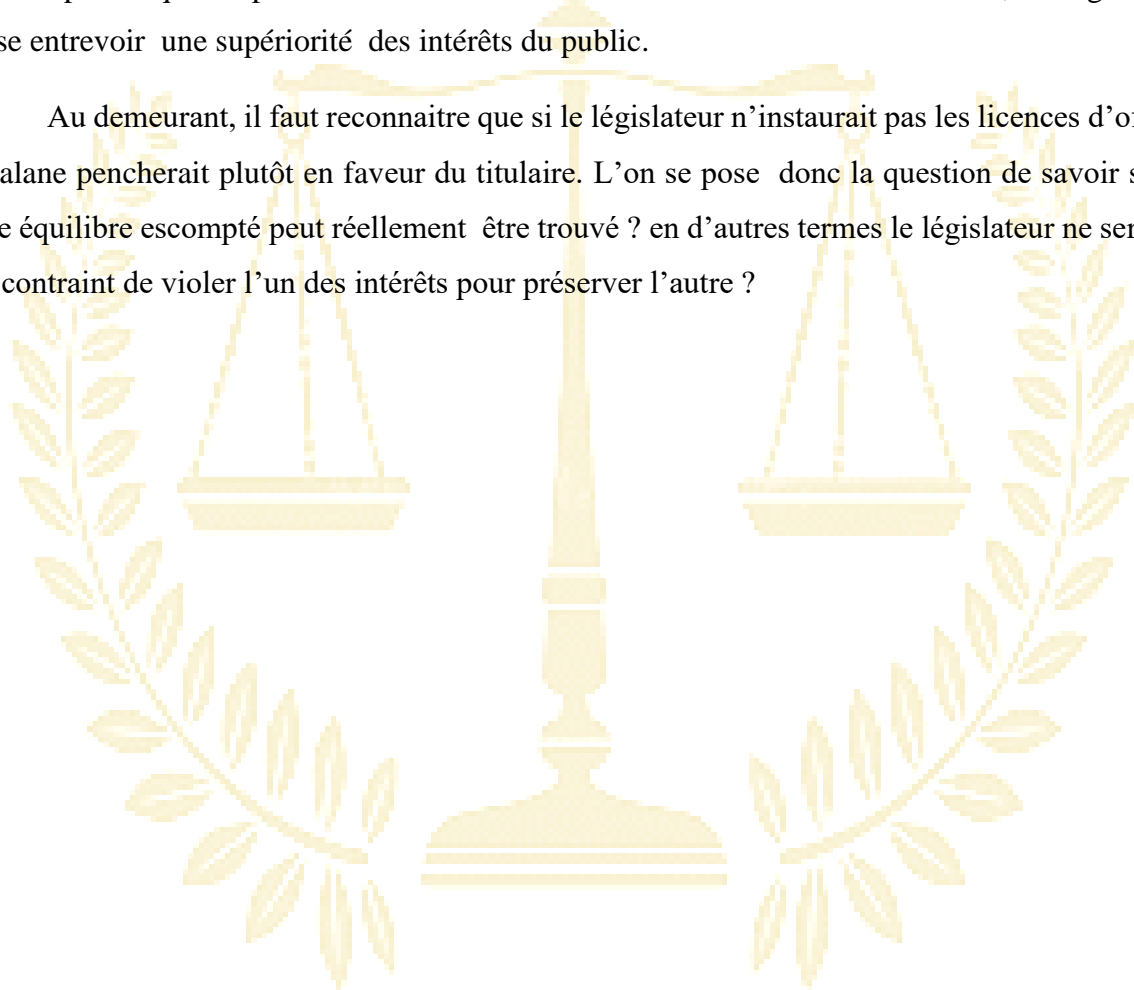
La propriété intellectuelle présentant des intérêts tant pour le titulaire que pour le public, le législateur est animé par le souci de concilier ces divers intérêts en trouvant le juste équilibre.

²² BENABOU (V.L), « *propriété intellectuelle et diversité culturelle ? Approche juridique* », in droit d'auteur et culture, ss la dir . de J-M. Brugière ,Dalloz, paris , P77.

Seulement, l'étude menée nous révèle que ce juste équilibre relève d'une illusion car à priori lesdits intérêts n'ont pas la même valeur aux yeux du législateur.

En effet l'ensemble de mécanisme instauré par le législateur pour concilier les différents intérêts peut laisser penser à une certaine égalité en l'absence de conflit mais lorsque survient le conflit c'est-à-dire lorsque le législateur est amené à ne sauver qu'un seul de ces intérêts, c'est celui de public qui est préservé au détriment de celui du titulaire. Par ce choix, le législateur laisse entrevoir une supériorité des intérêts du public.

Au demeurant, il faut reconnaître que si le législateur n'instaurait pas les licences d'office, la balane pencherait plutôt en faveur du titulaire. L'on se pose donc la question de savoir si ce juste équilibre escompté peut réellement être trouvé ? en d'autres termes le législateur ne serait-il pas contraint de violer l'un des intérêts pour préserver l'autre ?



La notion plurielle de tiers dans le contrat d'assurance : une complétude entre intermédiaire et victime, titulaire de droits spécifiques

Title: The plural notion of third party in the insurance contract: a completeness between intermediary and victim, holder of specific rights

Page | 259

Par:

Sékou Faco CISSOUMA

Docteur d'Etat en Droit Privé

Maitre-Assistant à l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (USJPB).

Faculté de Droit Privé (FDPri)

Résumé :

L'objectif premier de l'assurance est de couvrir, de préserver en général le souscripteur qui entreprend toujours toutes les initiatives pour protéger au maximum son patrimoine, en éloignant tous les cas possibles de risques compromettants. L'assurance rentre évidemment dans ce cadre, dans la mesure où sur un plan contractuel, elle (assurance) permet de remplacer les biens abimés et dans un cadre délictuel, elle (assurance) s'interpose entre le patrimoine du souscripteur et les actions transactionnelles ou judiciaires dirigées contre lui par des tiers. Cette notion de tiers intervient aussi suite à l'action professionnelle des intermédiaires à savoir les courtiers et agents généraux d'assurances lesquels concluent des contrats avec des tiers pour le compte de l'entreprise mère d'assurance, et ces contrats peuvent tomber dans la précarité en exposant les clients si l'on y prend garde. D'où l'importance de l'analyse de la notion de tiers en droit des assurances.

Mots clés : assurance, tiers, intermédiaire (courtier, agent général), responsabilité, victime.

Abstract:

The primary objective of insurance is to cover, and generally to preserve, the policyholder who always undertakes all initiatives to protect his assets as much as possible. by removing all possible cases of compromising risks. Insurance obviously falls within this framework, insofar as from a contractual point of view, it (insurance) makes it possible to replace damaged property and in a delicate framework, it (insurance) is interposed between the policyholder's assets and transactional or judicial actions brought against him by third parties. This notion of third party also arises as a result of the professional action of intermediaries, i.e., insurance brokers and general agents, who conclude contracts with third parties on behalf of the parent insurance company, and these contracts can become precarious by exposing customers if we are careful. Hence the importance of the analysis of the concept of third party in insurance law.

Keywords: insurance, third party, intermediary (broker, general agent), liability, victim.

Introduction

L'assurance est une activité commerciale par nature¹ dont l'importance et la diversité sont fonction du niveau de développement et de civilisation d'un pays. La conception et la consistance de l'assurance demeurent adossées à la survenue et à la gestion d'épreuves : catastrophes, maux et événements divers.

L'assurance demeure encore pour l'essentiel une assurance des choses : assurances de navires, de cargaisons contre les risques de mer et aujourd'hui elle s'est étendue à la vie des hommes.

C'est au 20^e siècle que l'assurance terrestre a connu comme elle continue de le connaître, un développement remarquable (assurance automobile obligatoire, extension des notions de victimes et de personnes couvertes) suivi de nouvelles formes comme risques nouveaux : vol de bétail, vol de biens, bris de machines dans les entreprises, accidents corporels. Plus récemment, il est devenu possible de s'assurer dans l'exercice de sa profession : transporteurs, officiers ministériels (avocats, notaires, huissiers-commissaires de justice) médecins, architectes, etc. Encore plus près, ont été instituées les assurances crédits lesquelles garantissent les banques contre l'insolvabilité de leurs débiteurs, celle des aéronefs et leurs passagers, il existe les assurances contre les risques nucléaires pacifiques² ; au Mali il est établi une assurance contre la maladie.

L'assurance dans ses principales manifestations, est conclue certes sous forme contractuelle, mais pour le compte d'autres personnes appelées tiers. En terme technique, le contrat d'assurance n'est que très rarement synallagmatique, bilatéral car généralement le souscripteur c'est-à-dire le co-contractant de l'entreprise ne se fait pas profiter direct du contrat mais il le fait pour garantir une autre personne et seulement pour protéger son propre patrimoine contre certaines éventualités.

En outre, lorsque les contrats se concluent avec les entreprises, en pratique les clients passent le plus fort des contrats avec des intermédiaires ; les courtiers d'assurance, les agents généraux lesquels font la publicité des produits des entreprises d'assurance. En cas de survenue de

¹ Les opérations d'assurance sont commerciales d'après la jurisprudence qui l'affirme dans un arrêt de principe du 8 avril 1929 en faisant le rapprochement entre la technique financière contemporaine et certaines opérations d'assurance et celles des banques comme en matière de technique de prêts jumelés avec des contrats d'assurance-vie in De JUGLART (M.) et IPPOLITO (E.), Cours de droit commercial général, Traité de droit commercial, Théorie générale du droit des affaires, Tome 1, Paris, Montchrestien, 4^e édition, 1998, pp. 243 et svts.

² LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 9 et svts..

sinistre, le client n'a rien à voir avec cet intermédiaire mais devra s'adresser directement à l'entreprise mère ; ainsi tout se passe comme si le client était un tiers par rapport à l'entreprise d'assurance.

Dans les faits, malgré une minutieuse réglementation, le client ayant conclu avec les intermédiaires peut voir ses droits méconnus ou tombés dans une grande souffrance vis-à-vis de l'entreprise d'assurances pour motifs divers : primes non versées ou versées seulement en partie ; autres fautes commises. Donc le client de bonne foi, peut voir ses droits compromis car tout se passe comme s'il (le client) était un tiers vis-à-vis de l'assurance car celui qui a reçu la prime n'est pas celui qui doit assurer la réparation du sinistre.

Que ce soit les clients des intermédiaires professionnels des assurances ou les victimes bénéficiaires des polices d'assurance, c'est toujours la notion de tiers (au contrat) qui prévaut et opère d'où qu'il répond à une pluralité d'approches.

En conséquence la notion de tiers ne mérite – t – elle pas une large explication dans ses sources et mise en œuvre pour prévenir de toute méprise ?

Pour mieux saisir cette notion de tiers avec ses implications, il sera analysé d'une part les intermédiaires dans l'activité d'assurance et d'autre part les droits spécifiques de la victime dans les assurances de responsabilité.

I- LES INTERMEDIAIRES DANS L'ACTIVITE D'ASSURANCE

Le terme intermédiaire est intervenu par rapport à un rôle précis, celui de présentation d'une opération d'assurance qui consiste à solliciter ou recueillir la souscription d'un contrat d'assurance ou l'adhésion à un tel contrat, ou à exposer oralement ou par écrit à un souscripteur ou à un adhérent éventuel, en vue de cette souscription ou adhésion, les conditions de garantie d'un tel contrat³. Ainsi l'intermédiaire de l'assurance se définit comme toute personne physique ou morale légalement et spécialement reconnue, qui présente une opération pratiquée par les entreprises d'assurances.

Aussi pour le règne d'un certain ordre dans l'exercice de la profession d'intermédiaire d'assurance seules quelques personnes ont été admises par l'article 501CIMA à présenter des opérations d'assurances qui sont :

³ Article 500 C. CIMA Livre OHADA

- Les personnes physiques et les sociétés commerciales ou coopératives immatriculées au registre du commerce ou au registre des sociétés coopératives pour le courtage d'assurance et formellement agréées par le Ministre de l'économie et des finances qui a la charge des assurances, ainsi que, au sein de ces sociétés les membres (associés) et tiers qui ont le pouvoir de gérer ou d'administrer ;
- Les personnes physiques ou morales disposant ou munies d'un mandat général d'assurance ou autorisées provisoirement : deux ans renouvelables, à exercer des fonctions d'agent général d'assurance ;
- Enfin les personnes salariées, commises à cet effet, des entreprises d'assurance et des courtiers d'assurance⁴

L'exercice de la profession d'intermédiaire de l'assurance est soumis à des conditions (A) à une habilitation à réalités propres (B) et entre dans le cadre de certains statuts précis (C).

A- Les conditions d'exercice des intermédiaires de l'assurance

Les intermédiaires de l'assurance sont soumis à des conditions de fond et de forme pour l'exercice de leur profession. Ils sont soumis à un contrôle et aussi ils peuvent être sanctionnés.

1- Les conditions de fond

Elles sont relatives à l'aptitude juridique et à l'aptitude à exercer le métier d'intermédiaire d'assurance.

L'aptitude juridique est instaurée à partir des conditions d'honorabilité, de capacité et de compatibilité rappelées par le code CIMA⁵.

L'aptitude professionnelle concerne les capacités techniques (définie à l'art 501 C. CIMA) reconnues par la commission de contrôle des assurances. Les personnes reconnues aptes à exercer, doivent détenir une carte professionnelle délivrée par le Ministre national compétent, laquelle carte est valable pour une durée de deux (2) années.

⁴ ASSI-ESSO, (A.M.H), ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.), *Droit des Assurances, CIMA*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit Uniforme Africain, OHADA, 2002, p.130.

⁵ cf art 506, 511 et 532

Nonobstant cette aptitude initiale, les intermédiaires doivent subir des stages professionnels⁶ en formation continue lesquelles formations comporteront des enseignements théoriques et une formation pratique dans des instituts spécialisés en matière d'assurance.

Il y a lieu de rappeler aussi le respect des dispositions de l'article 28 RGO sur les conditions de consentement intègre, de capacité chez les agents et aussi d'objet et cause du contrat. Page | 264

2- Les conditions de forme

Elles consistent en une déclaration au ministre, une autorisation de celui-ci et en certaines mentions obligatoires.

La déclaration au ministre permet la vérification des conditions d'honorabilité et intervient avant toute entrée en fonction⁷. Le ministre devra s'assurer que la personne faisant l'objet de la déclaration n'est pas frappée d'une des incapacités prévues par la loi⁸. Au cas où il n'y a aucune difficulté, aucun obstacle, le Ministre notifie, dans les plus brefs délais⁹.

- Au greffier compétent pour recevoir l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier pour le courtage d'assurance ;
- A l'entreprise déclarante s'il s'agit d'un agent général d'assurance ;
- Au déclarant s'il s'agit d'une personne physique salariée commise à cet effet, soit par une entreprise d'assurance, soit par une entreprise de courtage.

L'autorisation du Ministre en vue de l'exercice de la profession de courtier est soumise à l'agrément du ministre chargé du commerce au Mali.

Ce ministre établit et met à jour la liste des courtiers et la transmet à la commission de contrôle des assurances et aux compagnies.

S'agissant des mentions obligatoires, elles sont instituées pour permettre aux tiers qui souscrivent un contrat d'assurance ou qui y adhèrent de le faire en parfaite connaissance de la qualité exacte de leur interlocuteur, le code CIMA à prévu certaines mesures destinées à les renseigner.

⁶ Article 514 et 515 Code CIMA

⁷ Article 517 code CIMA

⁸ Art 508 Code CIMA

⁹ Article 521 code CIMA

C'est ainsi que le nom de toute personne par l'intermédiaire de qui, a été souscrit un contrat d'assurance doit figurer sur l'exemplaire de ce contrat ou de tout document remis au souscripteur ou adhérent (art 522 C. CIMA). Les intermédiaires doivent mettre leurs noms et qualités sur tout document provenant d'eux.

3- le contrôle et les sanctions imposées ou encourues par les intermédiaires

Les personnes qui, dans des entreprises d'assurance ou de courtage ou dans une agence générale quelconque, ont sous leur dépendance des personnes chargées de présenter des opérations d'assurance, doivent veiller sur le respect des conditions édictées dans les articles 501 à 509 al 1^{er} CIMA

De même, toute personne qui, dans une entreprise d'assurance remet un mandat à un agent général d'assurance, doit s'assurer en cette personne remplit parfaitement les conditions d'âge, de nationalité et de capacité professionnelle exigées. (Article 28 Régime général des obligations et 509 al1 CIMA)¹⁰

Par ailleurs il est encouru des sanctions civiles et pénales par les intermédiaires lorsque :

Les contrats d'assurance souscrits en violation des dispositions pertinentes, des articles 501 et 508, et aussi des adhésions à de tels contrats dans les mêmes conditions, peuvent, dans une durée de deux (2) ans de la souscription ou de l'adhésion, être résiliés par le souscripteur ou l'adhérent moyennant un préavis minimal d'un mois¹¹. Conséquences, l'assureur n'aura droit qu'à une partie de la prime, celle correspondant à la couverture du risque jusqu'à la résiliation et il devrait restituer le surplus éventuellement ...¹²

Le code CIMA est ferme sur les sanctions même si elles ne sont que patrimoniales généralement à l'exclusion des peines privatives de liberté.

Ainsi d'abord aux termes de l'articles 545, sera punie d'une amende de 500 000 FCFA minimum toute personne qui :

- Présentera des opérations d'assurance en violation des règles ;

¹⁰ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. pp. 396 et S.

¹¹ Article 508 code CIMA

¹²ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. pp. 379.

- Chargée de les contrôler, aura fait appel ou laisser faire appel à des personnes ne remplissant pas les conditions légales :

Ensuite écopera d'une amende de 500 000 FCFA à 2 500 000 FCFA et d'un emprisonnement de six mois à trois ans ou de l'une de ces deux peines seulement :

Toute personne qui présentera en vue de leur souscription ou fait souscrire des contrats pour le compte d'une entreprise non agréée pour la branche dans laquelle entrent ces contrats ;

Tout courtier ou société de courtage qui ne se sera pas conformé aux règles de l'article 530 exigeant l'agrément octroyé par le ministre de l'économie et des finances.

Dans cette seconde partie, il est effectivement prévu une peine d'emprisonnement car le comportement nocif ici laisse transparaître une forte sensation de mauvaise foi caractérisée.

Il existe des conditions et exigences spécifiques à l'habilitation.

B- Les conditions et obligations propres à l'habilitation par la présentation

Ce point d'analyse se justifie par le fait que la présentation ayant pour objet la promotion, la propagande des différentes compagnies d'assurance, lesquelles jouant le même rôle implique d'autres personnes au-delà des courtiers et agents généraux même si ce sont ces deux derniers qui sont les plus ostensibles (1) ; et aussi les primes qui constituent l'ossature de l'assurance doivent être encaissées et gérées selon une certaine rigueur légale (2).

1- L'habilitation pour la présentation

Il y a les personnes habilitées et des critères d'honorabilité

a- Les personnes habilitées

Aux termes de l'article 501 code CIMA seules les personnes suivantes sont habilitées à outrances à présenter au public, probable client, les opérations et produits des sociétés anonymes d'assurance, des sociétés mutuelles d'assurance et des sociétés tontinières (extension de la notion de tiers) :

- Les personnes et les sociétés immatriculées au registre du commerce et du crédit mobilier pour le courtage d'assurance agréées. Il faut signaler que pour le courtage il suffit que, lorsque c'est une personne morale, qu'elle revête une des formes sociales reconnues par l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE ou par l'acte

- uniforme sur les sociétés coopératives. En effet faire la promotion d'une activité est différente de l'exercer soit même à titre professionnel ;
- Les personnes physiques ou morales titulaires d'un mandat d'Agent général d'assurance ou les personnes chargées à titre provisoire, pour une période de deux (2) ans au plus non renouvelables, des fonctions et agent général d'assurance, la même remarque ci-dessus prévaut ici également ;
 - Les personnes physiques salariées commises à cet effet et dans les deux hypothèses logiques suivantes :
 - Par l'entreprise d'une assurance qui les aura recrutées et qui répondrait de leurs fautes en matière de responsabilité du fait d'autrui (commettant-employé) ;
 - Par les professionnels courtiers ou agents généraux qui les auraient recrutées ou en tous les cas utilisés à cette fin.
 - Enfin les personnes physiques non salariées, mandatées et rémunérées à la tâche, on parle de commission.

b- Les critères d'honorabilité

Ils sont édictés dans l'article 506 C. CIMA.

Les dispositions de cet article précisent que ne peuvent exercer la profession d'agent général ou de courtier d'assurance.

- Les anciens condamnés pour crime ou délit. La loi devrait toutefois préciser qu'il s'agit des délits d'atteinte aux biens comme le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le détournement de biens, l'enrichissement illicite, dans un esprit d'indulgence, au lieu de généraliser car en principe la référence au délit laisse voir une peine complémentaire et non accessoire comme c'est le cas pour le crime¹³.
- Les personnes ayant fait l'objet de faillite personnelle ou autre mesure d'interdiction dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire d'une entreprise ou elle est ou a été employée ou encore lui appartenant ;
- Les anciens officiers ministériels définitivement destitués et radiés suite à une décision de justice ;

¹³ CISSOUMA (S.F), *Droit pénal général et procédure pénale au Mali*, Bamako (Mali), Reluire Moderne, 1ère édition, 2018, P.105 et s.

- Globalement cette condition d'honorabilité vise, concerne toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation pour infraction à la réglementation des assurances.

2- L'encaissement des primes par les intermédiaires

L'article 541 C. CIMA s'insinue par une interdiction qu'il fait aux intermédiaires d'encaisser des primes à quelle modalité qu'il soit, ou de faire remettre des chèques par les assurés, (la clientèle) à leurs noms propres (à eux intermédiaire) sous peine d'encourir le paiement d'une amende de 500 000 F à 1 500 000 F CFA.

Page | 268

Toutefois cette interdiction ne s'applique pas aux paiements en espèces (en numéraire) effectués et dont le montant ne dépasse pas un million de francs CFA par police, et aux paiements par chèque ou effet de commerce libellés au nom de l'assureur lui-même directement.

Les primes encaissées par les intermédiaires seront reversées à l'assureur avec toutes les preuves (bordereau justificatif) dans les trente jours de leur encaissement et ils ne doivent pas retenir d'office leurs commissions sur elles (les primes reçues). Ces commissions seront calculées et versées par les soins de l'assureur.

Il sied enfin de noter qu'aucun contrat d'assurance ne peut être renouvelé auprès de la même compagnie d'assurance si la prime d'un contrat précédent n'a pas été payée. Donc "En matière d'assurance-crédit ne vaut sur crédit" !!!

C- Le statut des intermédiaires de l'assurance

Le code CIMA vise et réglemente deux grandes catégories d'intermédiaires de l'assurance par rapport auxquels des obligations sont dégagées.

1- Les catégories professionnelles

Elles portent sur les qualités de courtier d'assurance d'une part et sur celles d'agent général d'assurance d'autre part.

a- Le courtier d'assurance

Le courtier ou la société de courtage sont expressément qualifiés de commerçants quelle que soit la nature des actes qu'ils accomplissent (civils ou commerciaux). Ils sont soumis à toutes

les obligations des commerçants¹⁴ et ressortissent professionnellement à la compétence du tribunal de commerce au Mali.

Le courtier d'assurance exerce une profession libérale. En principe, il n'est donc lié à aucune entreprise, d'assurance en particulier et exclusivement, si bien qu'il pourra servir d'intermédiaire entre tout assuré et toute entreprise d'assurance. Page | 269

Le courtier, un professionnel de l'intermédiation devant faire tout ce qui est utile pour permettre la conclusion du contrat, est alors habilité à faire signer les polices d'assurances et autres documents par la clientèle c'est-à-dire les souscripteurs d'assurance. Selon le droit commun des affaires, un courtier peut valablement représenter dans un acte, une opération, l'une des parties notamment en signant à sa place. Pour prouver l'intervention d'un courtier dans une opération, la jurisprudence admet, pour la validité de l'opération, que sa signature au bas de la police d'assurance suffit ; encore qu'en matière commerciale la preuve se fait par tous moyens par les commerçants entre eux et par rapport aux actes de commerce¹⁵.

Mais dans la pratique le courtier d'assurance évolue comme un mandataire d'une assurance donnée parce qu'il est saisi par lui pour diligenter entièrement une opération donnée.

b- L'agent général d'assurance

L'essor et l'importance de l'activité d'assurance expliquant qu'il ne soit pas facile, voire qu'il est impossible à une compagnie d'assurance de procéder, par elle-même matériellement, à la vente de ses produits à sa clientèle nationale et internationale. Ainsi a-t-elle besoin objectivement d'un réseau d'agents généraux constitué de personnes physiques ou morales chargées de jouer ce rôle par différentes propositions et des souscriptions en son nom. Ces agents généraux demeurent ainsi mandataires.

Sur un territoire géographique donné, l'agent général, est le représentant exclusif de l'entreprise d'assurance dont il relève.

Les personnes physiques ou morales qui exercent cette profession se retrouvent dans une confusion quant à la limite du mandat et à son renouvellement : tantôt le code (CIMA) parle d'un

¹⁴ Article 531 Code CIMA

¹⁵ Cour d'Appel de Ouagadougou ch commerciale (Burkina Faso), Arrêt n°160 du 21 décembre 2007, Union des Assurances du Burkina Faso, ohadata J-09-50.

mandat de deux ans non renouvelable¹⁶ tantôt il semble se contredire dans l'article 529, lequel prévoit que lorsque le mandat est passé entre une entreprise d'assurance et ses agents généraux sans détermination ou fixation de durée, il peut toujours cesser ad-nutum par la volonté de l'une quelconque des parties, c'est cela qui fait conclure par les doyens Anne-Mari-H. Ezzo et compagnies que la seule manière cohérente de concilier ces dispositions certainement contradictoires, serait de considérer que lorsque le mandat est conclu pour une durée déterminée il ne peut excéder deux ans et ne pourrait pas être renouvelable tacitement ; et que, s'il est conclu pour une durée indéterminée, il peut être résilié unilatéralement. Cette interprétation qui emporte notre adhésion et notre conviction, paraît juste et très pertinente.

Il sied de relever que, dans les conditions de droit commun la résiliation unilatérale pourrait conduire à un versement de dommages-intérêts pour réparer l'abus ou le manque à gagner.

Ainsi l'agent général est défini comme le représentant exclusif d'une entreprise d'assurance sur un territoire donné en principe. Il a généralement un mandat dont la durée n'excède pas deux ans et toute rupture abusive est interdite sauf cas de faute de l'agent, toute clause contraire est nulle à cet effet¹⁷.

2- Les obligations

Les intermédiaires ont des obligations à un triple niveau.

D'abord pour les encaissements des primes.

Sauf mandat écrit de la compagnie d'assurance, il est interdit aux courtiers et sociétés de courtage d'encaisser des primes ou fractions de primes et de retenir le montant de leurs commissions sur les primes encaissées si le mandat d'encaisser leur a été donné¹⁸. Ces montants encaissés doivent être reversés à l'entreprise d'assurance dans un délai maximal de Trente (30) jours suivant leur encaissement et les commissions dues aux courtiers doivent leur être versées dans les trente jours qui suivent la remise.

Ensuite les professionnels sont tenus de passer des contrats d'assurance professionnels destinés à couvrir leur responsabilité en matière de perception d'argent à quelque titre que ce soit.

¹⁶ Article 501-2 code CIMA.

¹⁷ Cass. Com. 7 janvier 1980. Bull. IV. N° 7.

¹⁸ Articles 541 à 544 C. CIMA

Dans ses pertinentes dispositions l'article 524 C. CIMA énonce que tout agent général, courtier ou toute société de courtage est tenu permanemment c'est-à-dire à tout moment de justifier d'une garantie, d'une sûreté financière.

Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution pris au près d'un établissement de crédit habilité à cet effet ou auprès d'une autre entreprise d'assurance agréée. Le montant de cette assurance financière ne doit descendre en deçà de la somme de 10 000 000 F CFA ...¹⁹. Page | 271

Enfin le code retient logiquement une responsabilité professionnelle mais en faisant une distinction entre d'une part la responsabilité de l'assureur du fait de ses mandataires²⁰ et d'autre part la responsabilité du courtier²¹.

Pour la responsabilité de l'assureur du fait de ses mandataires, c'est la responsabilité de l'entreprise d'assurance qui sera retenue lorsque la présentation d'une opération d'assurance est effectuée par une personne habilitée par elle en tant qu'employeur ou mandant, car c'est ce mandat qui sera civilement responsable du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses mandataires.

Cette responsabilité exclut l'agent général tout comme le courtier d'assurance qui apparait à la prime à bord comme un mandataire de l'assuré que celui de l'entreprise.

Pour la responsabilité du courtier, en tant que professionnel libéral et indépendant, il doit se prémunir contre tout recours civil d'ordre professionnel par la contraction d'une police d'assurance. Ce contrat exigé par la loi répond à des détails financiers précis et automatiquement reconduit d'une façon tacite le 1^{er} janvier de chaque année.

Enfin une sévère mise en garde est faite à ces intermédiaires et d'une façon générale à toute personne qui se hasarderait, en vue de leur aboutissement ou ferait souscrire des contrats pour le compte d'une entreprise non agréée pour une forme quelconque d'assurance ou pour une branche pour laquelle l'entreprise n'est pas agréée, encourra une amende de 500 000 F à 2 500 000 F CFA

¹⁹ Article 525 C. CIMA

²⁰ Article 505 code CIMA

²¹ Articles 537 à 539 code CIMA

et la récidive porte l'amende d'un million à 5 millions et à un emprisonnement de 6 mois à 3 ans ou la condamnation à l'une de ces deux peines seulement²².

Après la notion de tiers pouvant résulter du contrat d'assurance passé par les intermédiaires (professionnels) l'on peut à présent aborder l'analyse du tiers classique reconnu en droit des assurances par l'expression « victime » dans les assurances de responsabilité.

II- LES DROITS SPECIFIQUES DE LA VICTIME DANS LES ASSURANCES DE RESPONSABILITE

Les assurances de responsabilité garantissent l'assuré contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité dans le cadre de sa vie familiale ou privée. En effet, l'assureur prend en charge à la place de l'assuré, les dommages que celui-ci a pu causer à une autre personne. L'assurance de responsabilité se joue entre trois personnes l'assureur, l'assuré et le tiers. Le tiers est la victime envers qui l'assuré est responsable.

On dénombre l'assurance automobile obligatoire²³, l'assurance responsabilité civile chef de famille qui couvre les dommages causés à autrui par les membres d'une famille ; les assurances professionnelles (notaires, avocats, huissiers, médecins, architecte). La mise en œuvre de l'assurance de responsabilité confère une action directe à la victime (A) et tient compte des inopposabilités aussi (B).

A- L'action directe accordée à la victime

Dans la prise en charge de la garantie la victime a une liberté dans l'assignation. En effet, elle a le choix entre deux actions, l'une dirigée contre l'assuré responsable : l'autre contre l'assureur.

1- L'action contre l'assuré

Cette action a pour objectif d'établir la responsabilité et d'obtenir la condamnation de l'assuré selon les règles de droit commun. Elle échappe donc à la prescription biennale.

Toutefois, l'assureur est obligé de s'immiscer dans cette action dirigée contre l'assuré (intervention volontaire) en raison de l'existence des clauses conventionnelles comme le cas de

²² Article 545 al 2 C. CIMA

²³ L'assurance automobile fait l'objet d'une analyse spécifique au regard de l'évolution du législateur CIMA.

l'appel en garantie de l'inopposabilité des déchéances et des inopposabilités des reconnaissances de responsabilité et de transaction.

Ainsi généralement, il est inséré dans le contrat d'assurance une clause dite de direction du procès en vertu de laquelle les parties conviennent que le procès sera mené par l'assureur ou il sera fortement impliqué sans être forcément partie au procès. Cela est légalement autorisé par l'article 52 du code CIMA.

2- L'action directe de la victime contre l'assureur

Selon le Docteur CISSOUMA²⁴, l'action directe est une action qui permet l'exercice direct d'un droit indirect. C'est une action qui a deux fonctions, d'une part elle est une action en déclaration de responsabilité de l'assuré et d'autre part, une action en exécution du contrat d'assurance. Elle s'exerce uniquement contre l'assureur. Les dispositions de l'article 54 al1 C. CIMA légitiment l'action directe car déclarent-elles, l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé, tout ou partie de la somme due par lui, tant que le tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré.

L'avantage que présente l'action directe contre l'assureur est qu'elle permet d'éviter que le tiers lésé entre en concours avec d'autres créanciers sur l'indemnité d'assurance.

Cependant l'exercice de l'action directe laisse supposer qu'au préalable le tiers lésé a mis en cause l'assuré car c'est bien lui qui est responsable. Ces deux actions sont interdépendantes car l'extinction de l'action du tiers lésé contre l'assuré pour quelle que cause que ce soit, conduit à l'inexistence de l'action directe contre l'assureur. C'est le cas lorsque l'assuré a directement payé le tiers lésé ou que l'action du tiers lésé à l'encontre de l'assuré est prescrite.

L'action directe pourra subsister mais seulement dans l'hypothèse où elle viserait à obtenir un complément d'indemnisation.

Au cours de l'exercice de l'action directe l'article 10 C. CIMA indique que l'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice, les exceptions opposables au souscripteur originaire.

²⁴ CISSOUMA (S.F.), Droit civil : Les obligations au Mali, Bamako, (Mali), Amecom, 1^{ère} édition, 2011, P. 263.

En effet, le droit propre du tiers lésé ne fait pas obstacle à ce que l'assureur puisse lui opposer les exceptions fondées sur l'existence, la validité du contrat ou l'étendue de la garantie. Ce sera le cas lorsque la garantie était suspendue le jour du sinistre pour non-paiement de prime, ou si les circonstances du sinistre sont de nature à faire jouer une exclusion.

Il faut bien comprendre que c'est au jour du sinistre que se fait cette appréciation de telle sorte que les événements postérieurs à celui-ci ne sauraient altérer le droit du tiers lésé²⁵.

B- Le règlement du contentieux d'assurance

Il comprend les inopposabilités et le tribunal de commerce

1- Les inopposabilités

Les inopposabilités en la matière tournent à double détente : d'abord les inopposabilités des déchéances (art 52 C. CIMA). Dans les assurances de responsabilité, l'inopposabilité de déchéance est un principe cardinal. En effet, le souci d'assurer la protection du tiers lésé explique que le législateur n'ait pas admis qu'une déchéance, motivée par un manquement de l'assuré, intervenu après le sinistre, soit opposable aux tiers lésés, si la responsabilité de l'assuré, commis après le sinistre soit opposable aux tiers lésés si le responsable de l'assuré est retenu. Le manquement à une de ses obligations ou toute autre déchéance ne saurait permettre à l'assureur d'échapper à son obligation de garantie.

Ensuite l'inopposabilité des reconnaissances de responsabilité.

La clause de reconnaissance de responsabilité est la clause par laquelle l'assuré reconnaît conventionnellement sa responsabilité à l'égard de la victime en raison du fait dommageable. Dans les assurances de responsabilité, la dette de responsabilité est à la charge de l'assureur qui doit donc avoir la maîtrise des facteurs qui conduisent la fixation des indemnités.

L'article 53 C. CIMA autorise l'assureur à stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction intervenue en dehors de lui ne lui soient opposables. Toutefois, il faut relever que l'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance d'une responsabilité.

²⁵ Déchéance art 52 C. CIMA

La reconnaissance de la responsabilité de l'assuré peut résulter d'une transaction entre l'assuré et la victime. Selon les dispositions de l'article 53 C. CIMA la transaction conclue entre les personnes si elle n'est pas interdite n'engage seulement que l'assuré et est inopposable à l'assureur. Cette solution est justifiée car l'assureur qui paie en définitive la charge du sinistre ne saurait se voir imposer un acte procédural auquel il est étranger.

2- Le tribunal compétent en matière d'assurance

L'activité d'assurance est expressément visée par l'acte uniforme sur le Droit commercial général comme un acte de commerce ; d'où la compétence de principe du tribunal de commerce au Mali selon les réalités du droit commun des affaires. Mais n'y aurait-il pas des nuances ?

Avant tout, deux textes pertinents méritent d'être opportunément évoqués : d'une part l'article 6 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE qui déclare que "Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet..." et ;

D'autre part l'article 21 de l'acte uniforme sur les sociétés coopératives qui porte que "l'objet de la société coopérative détermine le caractère civil ou commercial de celle-ci"

Une lecture judicieuse et combinée de ces deux textes enrichis par celle des articles 32 al3 et 330 du code CIMA permettent de relever que :

D'abord les sociétés anonymes d'assurances, présentant une grande similitude avec les sociétés coopératives, ont un objet civil²⁶ voire une forme civile²⁷ renvoyant droit à une compétence des tribunaux de droit commun (civils).

Ensuite, les sociétés mutuelles d'assurance, présentent une grande similitude avec les sociétés coopératives, ont un objet civil²⁸.

En ce qui concerne substantiellement la compétence matérielle et de lieu l'article 30 du code CIMA précise que dans toutes les instances relatives à la formation et au règlement des indemnités dues, le défendeur, quel qu'il soit, (assuré ou assureur) est assigné devant le tribunal

²⁶ Ces assurances mutuelles mettent l'accent au premier chef sur des domaines non commerciaux a priori : vie, maladie, agriculture, santé et soit alimentées par des cotisations et non des actions ou parts sociales et constituées d'adhérents, de sociétés et non d'associés ou actionnaires.

La forme civile est conformée par le fait que les sociétés mutuelles d'assurance sont assimilées à des associations, voir en ce sens Yvonne Lambert-Faivre, Droit des assurances op cit.

²⁸ La forme civile est conformée par le fait que les sociétés mutuelles d'assurance sont assimilées à des associations, voir en ce sens Yvonne Lambert-Faivre, Droit des assurances op cit.

du domicile de l'assuré et ce, de quelle qu'espèce d'assurance qu'il s'agisse. Cependant en matière d'immeuble le défendeur sera assigné devant le tribunal de la situation de l'immeuble ou des objets saisis. Lorsqu'il s'agira d'assurance contre les accidents de toute nature, l'assuré peut assigner, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'assureur devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable c'est-à-dire le sinistre.

Il reste à souligner que selon le nouvel article 28²⁹ code CIMA toutes les actions judiciaires pouvant dériver d'un contrat d'assurance se prescrivent par deux années à compter de l'événement qui y donne naissance. Ce délai est porté à dix (10) années franches dans les contrats d'assurance-vie.

La computation du délai de prescription ne commence pas le jour de l'événement :

- S'il y a eu réticence, omission, déclaration fausse ou inexacte sur le risque couru, elle commence le jour où l'assureur en a connaissance ;
- S'il y a eu sinistre, il se pourra que du jour où les intéressés en ont eu connaissance, à condition de prouver qu'ils l'ignoraient jusqu'ici.

En dehors des tribunaux le code CIMA marque son accord pour un règlement par d'autres voies conjointement choisies par les parties au conflit.

Ainsi, outre l'arbitrage, les parties pourront recourir à la médiation³⁰ qui désigne tout processus, qu'elle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (le différend) provenant ou découlant d'un rapport juridique où les parties ont la libre disposition de leurs droits, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats.

Ce processus sera conduit par une personnalité appelée « médiateur » qui est tout tiers au conflit sollicité pour conduire la médiation et qui doit être indépendante et impartial et surtout disponible pour assurer valablement la procédure de médiation. Dans le domaine des assurances le médiateur doit avoir plus que des prérequis, donc doit être imbu des réalités techniques et pratiques du domaine (article 6 AUM).

³⁰ Acte uniforme relatif à la médiation 2017.

Dans la procédure, le médiateur peut rencontrer à volonté ou à leur demande, ensemble ou séparément les parties. Si cela arrivait séparément il prendra soins d'informer toujours l'autre partie ou son conseil du contenu de la rencontre intervenue.

Lorsque le médiateur reçoit d'une partie une information sous condition expresse qu'elle demeure confidentielle. Cette information ne doit être révélée effectivement à aucune autre partie à la médiation.

Le code CIMA semble contribuer à solutionner certaines difficultés d'office avant tout recours, dans le domaine des assurances de véhicules terrestres.

C- Les particularités de la responsabilité des véhicules terrestres avancées du Droit CIMA dans la révolution du Droit OHADA

L'étude des particularités d'une responsabilité des véhicules terrestres n'entrave en rien la responsabilité du fait des choses et des animaux décrite dans l'article 149 RGO et suivants. En théorie la responsabilité découlant de la possession des véhicules terrestres vient compléter et raffermir la responsabilité du fait des choses et des animaux qui est plus large. L'article 149 RGO dispose :

« Toute personne est responsable du dommage causé par le fait des choses ou des animaux dont elle a la garde ». En dehors des animaux la notion de choses peuvent porter à la fois sur des choses mobilières comme les véhicules à moteur terrestres, toute autre chose comprise comme bien pouvant appartenir ou servir l'homme ; ou sur des choses immobilières : sol, des endroits spécialement aménagés, comme magasins de vente, les salles de distractions au sens large, etc.

Il convient cependant de noter avec satisfaction une nette avancée dans les options du législateur CIMA-OHADA en matière de responsabilité des véhicules terrestres à travers le code CIMA sur l'assurance dont les dispositions consistent à vrai parler, en des dispositions spéciales par rapport aux dispositions des codes civils ou des obligations existants notamment le Régime Général des obligations au Mali.

Pour comprendre ce code CIMA relativement à la responsabilité des véhicules terrestres il faut en cerner la définition, le domaine, les acteurs de dommages qu'il vise et les victimes couvertes. Tout cela devrait être utilement précédé d'une approche réaliste à saisir.

▪ Approche réaliste

La volonté du législateur OHADA marque, sans ambages, son inclination à assurer une indemnisation universelle des victimes d'accident de circulation routière. A cet effet, il a élargi la notion même de victime en l'étendant à beaucoup d'autres personnes initialement écartées ainsi que la notion d'auteur en l'étendant aux personnes pouvant se retrouver en infraction³¹.

Par cette option le législateur CIMA est réaliste par ce qu'il tient compte d'une façon générale de la position économiquement faible des pays de l'OHADA où compte tenu de beaucoup d'impondérables, des victimes d'accident de circulation pourraient se retrouver sans réparation aucune.

Cependant, comme on le dit « l'arbre ne doit pas cacher la forêt » dans la mesure où la préoccupation du législateur OHADA pourrait facilement laisser la place, conjointure difficile aidant, à une autre préoccupation majeure relative à la non assurance de certains véhicules³². En cas d'absence d'assurance de véhicule, l'on retomberait et simplement dans le schéma de l'article 149 et suivants du Régime Général des Obligations du Mali.

Il faut rappeler que les dispositions que les dispositions du code CIMA ont fait l'objet de développement pertinent et particulièrement éclairants de grands auteurs africains³³.

1- Définition

Par le jeu de l'assurance il est établi un principe juridique consistant en l'effacement opportun du véritable auteur de l'accident, auquel est substitué la compagnie d'assurance pour verser l'indemnité subséquente à la victime³⁴. Puisque l'assurance des véhicules terrestres à moteur est obligatoire, les compagnies d'assurance récoltent les primes d'assurances de plusieurs clients et procèdent, en cas d'accident causé par ces véhicules ou les personnes à leur bord à autrui, à la réparation des dommages causés.

³¹ CISSOUMA (S.F.), *Droit civil : Les obligations au Mali, Bamako, (Mali), op. cit. p.262.*

³² Il peut y avoir beaucoup de véhicules qui circulent sans être assurés ou dont l'assurance est périmée à l'insu des propriétaires. Cela sans tenir compte des motifs de déchéance du droit d'assurance pour d'autres raisons.

³³ Il s'agit de ASSI-ESSO, (A.M.H), ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.), *Droit des Assurances, CIMA, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit Uniforme Africain, OHADA, 2002.*

³⁴ La victime peut assigner l'un des deux : assuré ou assurance.

2- Domaines de l'assurance

L'assurance obligatoire concerne tous les véhicules terrestres à moteur ainsi que leurs remorques et semi-remorques appartenant à des personnes physiques ou morales³⁵ qui peuvent causer des dommages aux tiers (autrui) ou leurs biens. Pour que ces engins circulent, ils doivent être assurés car ils sont dotés d'une énergie cinétique³⁶ que fait courir des risques aux autres. Les engins de chemin de fer et les tramways sont exclus de l'assurance obligatoire (article 200 al 1^{er} code CIMA).

3- Les auteurs des dommages couverts par la loi

A ce niveau il y a eu des avancés du droit communautaire par rapport aux législations nationales. Ainsi en plus du propriétaire d'autres personnes ont été reconnues comme gardiens de véhicule.

a- Le propriétaire du véhicule

Le propriétaire, lorsqu'il passe un contrat régulier d'assurance, il est couvert entièrement par l'assurance en cas de dommage causé à autrui que ce dommage soit causé par lui-même ou par le fait d'une autre personne dont il répond. Cette couverture s'est consolidée avec la prise en charge, par le code CIMA, des dommages causés par le propriétaire lorsqu'il est même en état d'ébriété c'est-à-dire sous l'effet de l'alcool³⁷.

b- Les autres gardiens

Ce sont les professionnels et le voleur qui en constituent l'essentiel

b-1- Les professionnels

Il s'agit des garagistes, des personnes intervenant habituellement dans la vente, la réparation ou le contrôle du bon fonctionnement de l'automobile. Ils doivent s'assurer pour couvrir leur responsabilité ainsi que celle de leurs collaborateurs ou celle des personnes rentrées en possession du véhicule de leur chef³⁸.

³⁵ L'Etat en est exclu par ce qu'il serait toujours solvable.

³⁶ ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. p.165.

³⁷ Article 211 al 1^{er} du code CIMA

³⁸ ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. pp.386 et s.

b-2- Le voleur

Le voleur est couvert de droit par l'assurance du propriétaire du véhicule selon les termes de l'article 200 al2 du code CIMA qui précise que l'assurance garantit, en plus de la responsabilité du propriétaire de l'automobile, souscripteur du contrat, celle de tout gardien ou de tout conducteur même non autorisé qui devient légalement « assuré »³⁹ une telle couverture du voleur paraît atypique a priori. Cependant elle n'est qu'apparente et vise surtout la prise en charge effective, sans risque de la victime.

En effet, l'alinéa 3 de l'article 200 du code CIMA permet à l'assureur de réclamer au voleur, auteur du dommage, l'indemnité qu'il a eu à verser à la victime. L'assureur sera donc subrogé dans les droits du créancier qui était la victime de la personne qui a pris le véhicule contre le gré de son propriétaire.

4- Les victimes (tiers) ayant droit à réparation

La notion de tiers s'est dédoublée et a conféré désormais des avantages certains.

a- La notion de tiers bénéficiaire

Aux tiers habituellement connus se sont ajoutés de nouveaux à l'effet de révolutionner le droit des assurances.

a-1- Les tiers classiques

Ils sont généralement constitués des piétons, des cyclistes, les termes de l'article 225 visent également les victimes, toutes sources confondues, « victimes contractuelles » comme « victimes délictuelles »⁴⁰. Ces personnes peuvent évoquer la responsabilité d'un transporteur.

a-2- Les nouveaux tiers

Par ajout aux tiers retenus par les législations nationales, le droit OHADA dans le code CIMA article 200 in fine a pris en compte désormais les membres de la famille du conducteur ou de l'assuré que sont ses enfants, son conjoint, ses parents au sens strict et large du terme. En cas d'accident ceux-ci ont également droit à réparation nonobstant leur lien de parenté avec l'assuré⁴¹.

³⁹Article 200 al.3 du Code des assurances 2012 annexé au traité CIMA, du 10 juillet 1992, modifié par le règlement n° 01-2014, 02-2014 et 03-2014 du 3 avril 2014.

⁴⁰ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. 389.

⁴¹ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. p.415.

En principe même les personnes visées comme constituant une surcharge pour le véhicule ont droit à l'indemnisation.

Toutefois le contrat d'assurance peut comporter des clauses prévoyant une exclusion de garantie dans certains cas comme :

- Lorsque, au moment du sinistre, le conducteur n'a pas l'âge requis ou ne possède pas les certificats, en état de validité, exigés par les textes en vigueur dans l'Etat membre pour la conduite du véhicule, sauf en cas de vol, de violence ou d'utilisation du véhicule à l'insu de l'assuré.

La jurisprudence maintient également que lorsque l'assuré lui-même ou le préposé choisi par lui n'a pas de permis de conduire, il y a une exclusion de la garantie. Mais avec l'usage du verbe "peut" l'assurance peut toujours couvrir les dommages causés dans ces hypothèses si cela a été stipulé dans le contrat d'assurance.

La jurisprudence continue en disant que lorsque le véhicule a été conduit à l'insu de l'assuré, dans des circonstances de nature à engager la responsabilité de ce dernier, la garantie reste acquise par application de la clause de conduite à l'insu qui couvre l'assuré⁴².

- En ce qui concerne les dommages subis par les personnes transportées, lorsque le transport n'est pas effectué dans les conditions suffisantes de sécurité⁴³. A ce niveau la jurisprudence considère que le contenu de la police d'assurance a pu être violé. C'est ce qu'elle a déclaré à propos d'un véhicule de transport privé de marchandises appartenant à l'assuré lui-même qui avait néanmoins transporté des personnes et biens d'autrui assurés et accidentés.

b- Les avantages acquis

Ces avantages profitent à la victime à un double titre.

b-1- Par l'écartement de la force majeure et situations voisines

C'est là la véritable révolution de la responsabilité délictuelle découlant de la circulation routière par rapport au droit commun de la responsabilité délictuelle. Cette révolution peut être relevée dans les articles 226 et 228 du code CIMA. D'une part l'article 226 déclare l'inopposabilité

⁴² Cour d'Appel de Dakar, n° 17 du 15 Janvier 1971 EDJA/2007 P.129 ohadata J-10-150.

⁴³ Cour suprême de cote d'ivoire, ch judiciaire, Arrêt n°623 du 13 novembre 2003, Actualités juridiques n°50 P.289 ohadata J-09-291.

à la victime de la force majeure ou du fait d'un tiers, d'autre part l'article 228 prévient que la victime ne peut être privée de réparation en raison de sa propre faute sauf dans le cas où elle a volontairement recherché les dommages subis⁴⁴. Signalons cependant que si la victime ne peut perdre le bénéfice de la réparation pour fait d'un tiers ou pour sa propre faute, que l'assurance devrait être subrogée dans les droits du créancier de la réparation dans le premier cas et dans le second cas, ce devrait être une somme simplement forfaitaire qui devrait être allouée à la victime comme réparation à titre de réparation sanction.

Il reste à noter que le cas de la force majeure peut être constitutif de conflit entre le droit communautaire et le droit national dans certains Etats comme le rappelle cette jurisprudence ivoirienne : « en tout état de cause, cette présence de bœufs sur la voie publique a constitué pour l'automobiliste un événement imprévisible et insurmontable exonérant le gardien du véhicule en cause, de toute responsabilité »⁴⁵. Cette décision est suivie dans la jurisprudence qui continue de relever que le conducteur ou le gardien du véhicule qui a causé l'accident ne peut opposer aux victimes la force majeure ou le fait d'un tiers⁴⁶.

b-2- Le bénéfice de l'action directe

Le second avantage conféré par l'assurance résulte de l'article 54 al 1 du code CIMA qui confère l'action directe à la victime qui lui permet de pouvoir directement assigner l'assurance pour obtenir réparation. Ce qui a pour conséquence de garantir la victime qui sera seule à profiter de l'indemnité d'assurance⁴⁷.

Cette particularité de la responsabilité et de l'indemnisation quasi-automatique offerte par le code CIMA est confirmée par la jurisprudence qui déclare que l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter une offre d'indemnité à la victime ou à ses ayants droits dans un délai maximum de douze (12) mois à compter de l'accident⁴⁸.

⁴⁴ASSI-ESSO, (A.M.H) et alii, *Droit des Assurances, CIMA*, op.cit. 347.

⁴⁵ Cour d'appel d'Abidjan ch civ com 29 octobre 1982 Rev int dr 1986/2 P. 141-151 Idem P. 347

⁴⁶ Cour suprême de cote d'ivoire, ch jud Arrêt n° 207 du 14 avril 2005, Actualités juridiques 53. 2007 P 34 ohadata J-08-55.

⁴⁷ Cour d'appel d'Abidjan ch civ com 29 octobre 1982 op civ.

⁴⁸ Cour suprême de cote d'ivoire ch jud Arrêt n°588/04 du 02 décembre 2004 act jud n° 52/2006, p. 40 ohadata J-08-274.

Le code CIMA fait obligation aux officiers et ou agents de la police judiciaire de transmettre automatiquement aux assureurs concernés le procès-verbal de tout accident dans les trois (03) mois de la date celui-ci⁴⁹.

Le délai de prescription est fixé à cinq (05) années maximums à compter de la survenue de l'accident (article 256 code CIMA). Page | 283

L'occident est conçu par les juristes comme un évènement qui arrive où se produit d'une façon imprévue, soudaine, fortuite en dehors généralement de toute volonté chez son auteur et qui, évidemment cause des dommages économiques, matériels, corporels ou souvent moraux à autrui ou même à l'autrui lui-même.

c- Les avantages à acquérir

Le fonds de garantie automobile (FGA)

c-1- Les objets du fonds de garantie automobile (article 600 code CIMA).

Dans chaque Etat membre, il est institué un fonds de garantie automobile chargé, lorsque le responsable des dommages demeure inconnu ou n'est pas assuré, sauf par l'effet d'une dérogation légale à l'obligation d'assurance, de supporter, dans la limite des plafonds fixés par les textes de chaque Etat membre relatifs audit fonds, les frais médicaux et d'indemniser les victimes des dommages résultant d'atteintes à leurs personnes nés d'un accident causé par un véhicule terrestre à moteur en circulation, ainsi que ses remarques ou semi-remorques, à l'exclusion des chemins de fer et des tramways.

Le fonds de garantie Automobile paie aux victimes ou à leurs ayants droits les indemnités qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre, lorsque l'accident ouvre droit à réparation.

c-2- Les modalités de création et de fonctionnement du fonds de garantie : article 601 code CIMA

Un règlement de la CIMA fixera les modalités de fonctionnement du fonds de garantie Automobile ainsi que le délai dans lequel il sera mis en place la forme juridique et le mode de fonctionnement du fonds de garantie Automobile serait déterminées par chaque Etat.

⁴⁹ Article 230 code CIMA

En reproduisant seulement les dispositions du code CIMA sur l'institution de ce fonds, nous ne marquerons pas un doute, une incertitude sur sa faisabilité mais plutôt nous voulons bien faire comprendre et partager les bonnes intentions du législateur CIMA-OHADA qui devra dégager, lorsqu'il naîtra (mis en place) des règles rationnelles et uniformes sur sa gestion.

Après toutes ces informations sur les opérations d'assurance et le contrat d'assurance, il est aisé à présent de comprendre que l'essor du contrat d'assurance, ne peut être laissé au seul assureur ; sans un contrôle strict.

Conclusion

Pour conclure, on peut relever que, les intermédiaires comme les courtiers d'assurance et les agents généraux d'assurance concluent des polices d'assurance avec des clients qui peuvent se retrouver dans des positions de simples tiers avec les entreprises mères d'assurance, surtout lorsqu'ils ont mal agi. A ce moment les entreprises mères ont une inclination de rejet du contrat alors que le sinistre s'est déjà produit ; sauf à faire jouer la théorie de l'apparence pour vaincre la résistance de l'entreprise. Ainsi la conclusion du contrat d'assurance peut faire des tiers.

Par ailleurs, il y a les vraies victimes qu'on retrouve dans les assurances de responsabilité pour le compte desquelles le contrat avait été souscrit, lequel contrat leur confère une action directe contre l'entreprise. L'assurance de responsabilité a connu une vraie avancée dans le domaine des véhicules terrestres rendant plus social et peut être moins économique le contrat éponyme.

L'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires en droit camerounais

Obligation to deliver the promised service in advertising lotteries under cameroonian law

Par : Page | 285

MAGUEU KAMDEM Joëlle Débora Epse DJIOFACK

Chargée de cours-Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Douala-Cameroun

Résumé :

Dans l'optique d'assurer une meilleure protection des consommateurs des loteries publicitaires, le législateur camerounais a adopté la loi du 16 juillet 2015 fixant le régime des jeux de hasard, suivie de son décret d'application du 18 juillet 2018. Il a fallu assainir ce secteur qui était jusque-là « gangré » par de nombreux abus. Ce faisant, il entérine les dispositions de l'article 1371 du Code civil dont les juges n'hésitaient pas à invoquer toutes les fois qu'ils étaient saisis d'une affaire relative aux loteries publicitaires afin de permettre aux consommateurs d'obtenir en définitive ce sur quoi ils ont compté. L'étude de l'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires s'inscrit à coup sûr dans cette logique. La question est alors de savoir si l'organisateur de loterie publicitaire qui promet un gain à personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa est tenu de le délivrer sans opposer une quelconque exception. Une réponse affirmative à la question permet d'envisager le fondement de cette obligation de délivrance d'une part et sa mise en œuvre d'autre part. Le fondement quasi-contractuel est celui retenu. Aussi, si l'exécution forcée en nature reste le principe en cas d'inexécution de l'obligation, il n'en demeure pas moins que le prospect peut invoquer un préjudice afin de se voir allouer les dommages-intérêts. Certes, l'encadrement actuel des loteries publicitaires permet d'envisager une telle obligation, mais nous pensons que la reconnaissance explicite de la qualité de quasi-contrat aux loteries publicitaires est ce qui permettra davantage à cette obligation d'acquiescer toutes les forces qui lui sont assignées.

Mots clés : loteries publicitaires, société organisatrice, prestation promise, inexécution, obligation, exécution forcée, dommages, intérêts, prospect.

Abstract:

With the aim to ensure the protection of consumers in the field advertising lotteries, the Cameroonian legislator adopted the law of 16 July 2015 fixing the regime relating to games of chance with its decree of application brought out on the 18 of July 2018. There has been the need of regulating the sector which has been affected by numerous abuses. In doing so, it ratifies the provisions of article 1371 of the Civil Code which judges did not hesitate to invoke every time they were seized of a case relating to advertising lottery in order to permit consumers to obtain what they were due. The study of the obligation to deliver the service promised in advertising lottery is based on this logic. The question then is to understand if the organizer of advertising lottery who promises a gain to a named person without demonstrating the existence of a particular hazard is required to deliver without raising any exception? An affirmative response to the above question permits to envisage the regime of the obligation of delivery on the one hand and its operation on the other hand. The quasi- contractual basis is the one that is retained in this study. Also, if forced execution remains the principle in the event of non-performance of the obligation, the fact therefore remains that the prospect can claim damages in the event of non-performance. It will at least be the reason to invoke a prejudice in order to claim damages. As such, the current framework for advertising lottery permits to envisage such an obligation, but it is believed that the explicit recognition of quasi contracts in advertising lotteries is what will further enable this obligation acquire all the necessary force attributed to it.

Keywords: Advertising Lottery, Organizing Enterprise, Service Promised, Non-performance, obligation, Forced Execution, Damages and Interest, Prospects.

Introduction

La volonté de contraindre les organisateurs de loteries publicitaires, qui par leurs faux-semblants, incitent leurs clients potentiels à croire qu'ils sont attributaires de lots mirifiques, aura décidément donné l'occasion au droit de passer en revue la plupart des sources de l'obligation¹. Après avoir invoqué tour à tour les auspices du délit civil et du contrat, la jurisprudence régulatrice en appelle aujourd'hui aux quasi-contrats². Elle découvre de la sorte une nouvelle application de cette théorie : c'est le quasi-contrat des loteries publicitaires³. Il existe donc un quasi-contrat nouveau fondé sur l'article 1371 du Code civil et selon lequel « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »⁴. Les velléités d'assainissement du contentieux des loteries publicitaires méritaient une telle nouveauté⁵. Il a fallu consacrer d'autres quasi-contrats que la gestion d'affaires⁶, la répétition de l'indu⁷ et l'enrichissement sans cause⁸. Il est certes probable que ce nouveau quasi-contrat, qui fait miroiter l'attribution intégrale des gains fonde l'essentiel des recours en matière de loteries publicitaires⁹.

¹ HOUTCIEFF (D.), « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », in *Les Petites Affiches*, n°213, octobre 2002, p. 18; BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 15^e éd., *Précis Domat*, juillet 2016, p. 251; DREYER (E.), « Loteries publicitaires : acharnement de la répression? », in *Gazette du Palais*, n° 40, février 2013, n° 117.

² MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, p. 595.

³ Cette quasi-contractualisation des loteries publicitaires permet d'arguer de la valeur juridique des documents publicitaires qui tiennent lieu de support. GAUTHIER (P.-Y.), « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », in *RTD Civ.*, 2010, p. 580.

⁴ FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions », in *Revue des contrats*, n°4, 2006, p. 1115.

⁵ HOUTCIEFF (D.), « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *Op. Cit.*, p. 20.

⁶ C'est un acte d'immixtion dans les affaires d'autrui accompli par une personne en dehors de tout pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel dans l'intérêt et à l'insu - ou tout au moins sans opposition - du maître de l'affaire qui oblige celui-ci, lorsque l'initiative était utile, à remplir les engagements pris par le gérant et à lui rembourser ses dépenses. Elle a le même objet que le mandat : l'action pour autrui. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 597 ; BENABENT (A.), *Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 224.

⁷ C'est la réclamation de ce qui a été versé sans être dû. Aux termes de l'article 1235 alinéa 1, « Tout paiement suppose une dette; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution ». L'indu ne peut être conservé par le bénéficiaire qui a l'obligation de le restituer. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 606 ; BENABENT (A.), *Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 230.

⁸ C'est une théorie prétorienne en vertu de laquelle celui qui s'est enrichi sans cause au détriment d'autrui est tenu envers l'appauvri - lequel est muni à cet effet de l'action de *in rem verso* - d'une indemnité égale à la moindre des deux sommes que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 611 ; BENABENT (A.), *Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 238.

⁹ Sur la question de l'application du quasi-contrat aux loteries publicitaires, la réforme intervenue en France en 2016 n'a certes pas consacré un quasi-contrat de loterie publicitaire, mais elle ne ferme pas non plus la voie à la possibilité d'invoquer le fondement quasi-contractuel pour obtenir l'exécution de la prestation promise. La jurisprudence reste

En qualifiant de quasi-contrat les situations de loteries publicitaires, la jurisprudence¹⁰ relance le débat relatif à la définition du quasi-contrat. En réalité, le quasi-contrat des loteries publicitaires apparaît irréductible au critère du fait juridique profitable à autrui qui définissait jusqu'à lors la notion¹¹. Il nous semble que la croyance légitime apporterait sans doute un éclairage intéressant. Elle permet de fonder le nouveau quasi-contrat : celui qui a fait croire ou laissé croire à un certain engagement de sa part est tenu quasi contractuellement à réaliser l'illusion qu'il a ainsi créée. La notion de quasi-contrat ne serait donc pas ou plus une notion unitaire. Elle doit plutôt être considérée comme une façon de tirer les conclusions d'une recherche doctrinale vaine et sujette à des polémiques incessantes. Aussi, apparaît-il nécessaire d'abandonner une conception unitaire de la notion de quasi-contrat afin de conserver son caractère de catégorie résiduelle permettant de l'adapter aux évolutions de la société. Mais que faut-il entendre par quasi-contrat? La définition¹² légale de la notion de quasi-contrat¹³ est donnée à l'article 1371 du Code civil selon lequel « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». Il s'agit autrement dit du fait spontané d'une personne, d'où il résulte un avantage pour un tiers et un appauvrissement de celui qui agit¹⁴.

donc la source prédominante de l'application du quasi-contrat aux loteries publicitaires. Lire dans ce sens TERRE (F.), SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.) *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, p.1455.

¹⁰ Cass. Civ. ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981. Par cet arrêt, la jurisprudence crée un quasi-contrat nouveau : le quasi-contrat de loterie publicitaire.

¹¹ BURCARD (M.), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat? », in *Les Petites Affiches*, n°221, novembre 2010, p. 6.

¹² Cette définition comporte plusieurs éléments constitutifs à savoir un fait qui est purement volontaire et dont il résulte un engagement qui peut être unilatéral -c'est -à-dire à la charge de son auteur- ou bilatéral. Le premier élément renvoie à l'absence de contrat. Le mot « *fait* » sous-entend que, tout en étant le fruit de la volonté, il n'y a pas ici, à la base d'accord de volonté entre les parties -le débiteur et le créancier-. Le quasi-contrat suppose donc une absence de contrat à l'origine. C'est un exemple type de fait juridique, que la loi prend en considération pour y attacher des effets de droit. Si les intéressés n'ont pas cherché à se créer des obligations comme en matière contractuelle, ils ont tout de même créé spontanément une situation, dont les effets vont ressembler à ceux d'un contrat. Le second élément de la définition légale du quasi-contrat relève que le fait en cause doit être purement volontaire. L'auteur du quasi-contrat accomplit le fait parce qu'il l'a voulu ; il n'y était point obligé et nul ne pouvait l'y contraindre - à cet égard, la situation est comparable à celle d'une obligation naturelle -. Le troisième élément qui est l'engagement s'avère plus intéressant. L'expression même de quasi-contrat renvoie à l'engagement; à l'obligation qui en découle. Vu sous cet angle, l'on pourrait dire sans risque de se tromper que les effets du quasi-contrat sont calqués sur ceux d'un contrat. Tout se passe comme s'il y avait un contrat. Le quatrième élément veut que l'engagement soit unilatéral ou bilatéral. Cet engagement pèse sur celui ou ceux de qui émane le fait purement volontaire. BENABENT (A.), *Droit des obligations, Op. Cit.*, p. 221.

¹³ Contrairement au délit et au quasi-délit, le quasi-contrat est un fait volontaire non pas illicite mais licite, en ce sens qu'il ne constitue pas une faute civile. Leur point commun est que les effets de droit attachés au quasi-contrat et au quasi-délit procèdent de la loi et non d'un accord entre les personnes intéressées qui, par hypothèse, fait défaut. BAMDE (A.), « De la distinction entre le contrat, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit », in *Droit des contrats, responsabilité extracontractuelle, théorie générale des obligations*, 29 juin 2016, p. 10.

¹⁴ BOURDOISEAU (J.), « La restitution de l'indu-vue générale », in *quasi-contrats*, décembre 2020, p. 18.

A l'origine, le droit romain ne connaissait que deux sources d'obligations : le contrat et le délit. Par la suite est née la quadruple division des obligations nées du contrat¹⁵, du délit¹⁶, du quasi-contrat et du quasi-délit¹⁷. Elle correspond à une restriction de la notion de contrat. Alors qu'auparavant le contrat englobait toutes les hypothèses où une obligation était née à la suite d'une relation d'affaires, il fut restreint aux seules conventions résultant d'un accord de volonté. D'où l'exclusion de certaines opérations telles que le paiement de l'indu et la gestion d'affaires qui, dès lors, furent considérées comme nées *quasi ex contractu*¹⁸, car leurs effets étaient similaires à ceux d'un contrat. Un souci de systématisation provoqua la création des obligations *quasi ex delicto*, dont les effets étaient semblables à ceux du délit. Le droit camerounais n'est pas resté indifférent à cette évolution. C'est ainsi qu'en entérinant l'article 1371 du Code civil, il n'a pas hésité à l'étendre aux loteries publicitaires afin d'assurer la protection du prospect. Dans le chapitre I de son décret n° 2019/2300/PM du 18 juillet 2019 précisant les modalités d'application de la loi n°2015/012 du 16 juillet 2015 fixant le régime des jeux de divertissement, d'argent et de hasard intitulé de l'exploitation et du contrôle des jeux relevant du régime de la concession¹⁹, le législateur camerounais consacre et encadre les loteries publiques ou publicitaires. Il met ainsi en place un cadre juridique destiné à réglementer cette pratique aux fins de protéger le consommateur contre les arnaques et les abus dont il peut être victime. La floraison des sites de jeux de hasard sur les réseaux sociaux et le développement récent qu'ils connaissent au Cameroun²⁰ bouleversent le droit positif et plus singulièrement le droit des jeux. La jurisprudence et la doctrine²¹ commencent à

¹⁵ Aux termes de l'article 1101 du Code civil, c'est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Depuis l'ordonnance française du 10 février 2016, cette définition a connu une évolution. Il ne s'agit plus seulement de donner naissance à des obligations, mais aussi d'opérer sur une obligation déjà née. Il ressort en effet des dispositions de cette ordonnance que le contrat est un accord de volontés destiné à faire naître des obligations, les modifier, les transmettre ou les éteindre. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations, Op. Cit.*, p. 227.

¹⁶ C'est un fait dommageable illicite, intentionnel ou non, qui engage la responsabilité -délictuelle- de son auteur.

¹⁷ C'est un fait dommageable illicite non intentionnel accompli par négligence ou imprudence, qui est source de responsabilité délictuelle

¹⁸ Comme par contrat. BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 15^e éd., *Op. Cit.*, p. 221.

¹⁹ A travers ce décret, les loteries publiques (PMUC, 1XBET, etc.) sont désormais contrôlées au Cameroun. Il s'agit d'un nouveau cadre juridique pour ce secteur longtemps resté non réglementé et dont les activités s'exerçaient de manière illicite et clandestine. Ce texte distingue les loteries publiques soumises au régime de la concession des loteries commerciales soumises au régime de l'autorisation. Pour cette dernière catégorie, voir les articles 63 et suivants du décret précité.

²⁰ L'utilisation à des fins commerciales du public pour les jeux a été un moyen efficace de développement des affaires notamment sous sa forme controversée de loterie. C'est ainsi qu'au Cameroun on retrouve plusieurs sociétés de loterie telles que : 1XBET, PMUC, LOTO, Casinos, etc.

²¹ MOUSSALA (M. M.), «Jeux de hasard : les escrocs ont envahi le Cameroun», in Cameroon-info.Net, 2004 ; KOUOMOUN (A.) et NDAM (S.), « Le pari sportif chez les jeunes au Cameroun », in *Revue Internationales des études du développement*, n° 249, 2022, p.221, MENYE NOAH (A. C.), « Jeux de hasard et d'argent au Cameroun : entre logique et illogisme », in *intégration*, 08/11/2022, FONGUE NDJIOZE (H. L.) et NGA NKOUMA TSANGA (R. C.), « Réalités africaines des pratiques promotionnelles », in *Revue congolaise de gestion*, n° 23, 2017, p.11 .

s'intéresser à cette question, laquelle ne semble pas avoir suffisamment interpellé le législateur, alors même que les jeux ont toujours inspiré la plus grande méfiance et justifie pour cela un encadrement approprié des loteries publicitaires.

L'examen de l'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires exige que l'on élucide ses éléments constitutifs afin de mieux cerner ses contours. Page | 290

Il convient tout d'abord de dire de l'obligation qu'elle est le lien de droit en vertu duquel une personne, le créancier est en droit d'exiger de l'autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation. Celle-ci peut consister à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Il en découle que l'obligation est un lien de droit contraignant. Dans les obligations de donner et de faire notamment, ce caractère contraignant met en place une obligation de délivrer une prestation ou une chose. Cette obligation permet de mettre en adéquation les faits avec le droit; la chose ou la prestation promise devant être mise à la disposition du créancier conformément à ses attentes. La prestation promise c'est l'objet de l'obligation; ce sur quoi elle porte. Dans les loteries publicitaires, c'est le gain promis au prospect par la société organisatrice. Mais que recouvre l'expression loterie publicitaire? Pour une meilleure appréhension de la notion, il serait judicieux de clarifier ses éléments constitutifs avant que l'accent soit mis sur la notion elle-même.

La publicité est l'ensemble des moyens destinés à informer le public ainsi qu'à le convaincre d'acheter un produit ou un service²². Lorsqu'elle consiste à transmettre un message publicitaire imprimé directement à la personne visée, elle est qualifiée de publicité directe. Une variante de cette dernière est le *mailing* qui désigne l'expédition en masse d'informations publicitaires par voie postale ou électronique à un client déterminé²³. La loterie quant à elle peut être définie comme un jeu de hasard qui consiste à tirer au sort des numéros désignant des billets gagnants et donnant droit à des lots. De la combinaison de ces deux définitions, il ressort que les loteries publicitaires désignées indifféremment sous les termes de loteries commerciales ou de loteries promotionnelles consistent pour les sociétés de vente par correspondance à organiser des loteries avec pré tirage à l'intention des consommateurs repérés sur des fichiers informatiques dans le but de les inciter à acheter des produits déterminés. C'est une technique de promotion des ventes; un jeu qui entraîne l'espérance d'un gain dû totalement ou partiellement à l'intervention du hasard.

²² LANOU (R.), « La responsabilité civile des organisateurs de loteries commerciales », *Op. Cit.* p. 1.

²³ LECOURT (B.), « Les loteries publicitaires : la déception a-t-elle un prix ? », in *Juris Classeur Périodique*, n°29, 21 juillet 1999, p. 155.

Dans l'optique de protéger les joueurs ou mieux les consommateurs, le régime des loteries publicitaires doit non seulement davantage prendre en compte la société qui évolue dans ce secteur et aménager des règles d'exploitation sous le contrôle strict de l'Etat, mais aussi et surtout permettre au prospect gagnant d'obtenir en définitive ce sur quoi il a espéré. Notre étude ne saurait donc être anodine. C'est dire tout l'intérêt qui s'y dégage. D'abord, elle permet de mettre à nu les différentes règles qui s'y appliquent et qui sont de nature à contraindre les sociétés organisatrices des loteries publicitaires à respecter leurs engagements. Ensuite, elle permet de dégager cette protection reconnue aux consommateurs dans le cadre des loteries publicitaires. Enfin, l'étude interpelle le législateur sur les différentes imperfections qui se dégagent des textes qui encadrent les loteries publicitaires.

Ces finalités ne peuvent sans doute que conduire à la question de savoir si l'organisateur de loterie publicitaire qui promet un gain à personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa est tenu de le délivrer sans opposer une quelconque exception au bénéficiaire. En répondant à cette question par l'affirmative, il y a lieu de s'interroger sur le fondement juridique d'une telle obligation.

L'aléa est un élément de hasard, d'incertitude qui, introduit dans une opération, limite les chances de gain ou de perte pour les intéressés. Plus précisément, c'est un événement de réalisation ou de date incertaine dont les intéressés acceptent de faire dépendre le montant de tout ou partie de l'engagement de sorte qu'il soit impossible de savoir, avant complète exécution, s'il y aura un bénéficiaire ou non²⁴. Dans le cadre des loteries publicitaires, l'existence de l'aléa affecte l'attribution du gain toutes les fois qu'elle est mise en évidence à première lecture dès l'annonce du gain²⁵. Cette mise en évidence de l'aléa rend aléatoire l'attribution du gain et supprime l'obligation de délivrance en faisant obstacle à la qualification de quasi-contrat des loteries publicitaires. C'est dire que l'organisateur d'un jeu publicitaire qui annonce un gain à personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa dans ces conditions est tenu de le délivrer. Une telle obligation découle de la force obligatoire attachée au quasi-contrat. Il convient donc d'exposer son fondement juridique (I) avant de spéculer sur sa mise en œuvre (II).

²⁴ CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2008, p.47.

²⁵ FENOUILLET (D.), « Les loteries publicitaires », in *Revue des contrats*, n° 1, 2003, p. 80.

I- LE FONDEMENT QUASI-CONTRACTUEL DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE DE LA PRESTATION PROMISE DANS LES LOTERIES PUBLICITAIRES

Bien que ne faisant pas l'unanimité²⁶, le quasi-contrat est, depuis l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation rendu en date du 06 Septembre 2002, le fondement de l'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires. L'article 1371 du Code civil qui définit le quasi-contrat se trouve dans le titre 4 du livre 3 du Code civil qui s'intitule « *les engagements qui se forment sans convention* »²⁷. Dès lors qu'un quasi-contrat est formé, l'auteur de celui-ci se lie à un tiers alors même qu'aucune convention n'existe entre eux. En soumettant les loteries publicitaires à l'article 1371 du Code civil, la jurisprudence a voulu sanctionner ces organisateurs²⁸ de jeu de hasard qui font des promesses fallacieuses²⁹. Elle affirme par-là l'application des quasi-contrats aux loteries publicitaires. Bien que cette option jurisprudence ne fasse pas l'unanimité, il faut bien se rendre à l'évidence qu'elle a plusieurs fondements (A). Toutefois, cette application du quasi-contrat aux loteries publicitaires reste soumise à certaines conditions sur lesquelles l'on gagnerait à insister (B).

A- La diversité des critères fondant l'application des quasi-contrats aux loteries publicitaires

En se saisissant de l'article 1371 du Code civil pour extraire les quasi-contrats de leur carcan séculaire, la jurisprudence régulatrice réveille une source de l'obligation que l'on croyait endormie pour longtemps³⁰ : c'est le quasi-contrat des loteries publicitaires. Plusieurs critères sont

²⁶ Etant d'origine jurisprudentielle, le quasi-contrat appliqué aux loteries publicitaires ne fait pas l'unanimité. Ce fondement reste jusqu'ici contesté par certains auteurs; mais les juges s'y fondent de plus en plus pour amener les organisateurs de loteries à respecter leurs engagements.

²⁷ Le quasi-contrat est donc une expression qui désigne les engagements qui résultent de la seule autorité de la loi. Comme le contrat, le quasi-contrat entraîne lui aussi des obligations mais sans accord de volonté préalable. D'où la mention quasi-contrat : contrat dans ses effets, mais pas dans son formalisme. Mais à la différence de l'obligation contractuelle, l'obligation issue du quasi-contrat ne doit rien à la volonté de son débiteur mais est exclusivement et uniquement fondée par la loi elle-même. MOURALIS (J.-L.), « Responsabilité alourdie et engagement unilatéral de l'organisateur d'une loterie publicitaire présentée dans les documents ambigus : est-ce l'heure du cauchemar pour les fabricants de rêves? in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 182; MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, Op. Cit., p. 593.

²⁸ Ils provoquent la crédulité et surtout la croyance dans l'esprit de la personne visée.

²⁹ Tous les fondements du droit des obligations et davantage du quasi-contrat vont servir à la jurisprudence qui parviendra à sanctionner l'organisateur, c'est à dire l'obliger à délivrer le gain.

³⁰ HOUTCIEFF (D), « Loteries publicitaires, les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », in *Les Petites affiches*, n° 213, 2003, p.16; FENOUILLET (D), « Les Loteries publicitaires », Op. Cit., p.80.

à la base de la qualification de quasi-contrat reconnue aux loteries publicitaires. Il s'agit notamment des critères de la croyance légitime (1), de l'apparence (2) et de la fiction (3).

1- La croyance légitime comme critère d'application des quasi-contrats aux loteries publicitaires

Page | 293

Le quasi-contrat des loteries publicitaires apparaît irréductible au critère du fait juridique profitable à autrui qui définissait jusqu'à son avènement la notion de quasi-contrat. La question se pose alors de savoir quel critère serait à même de définir cette catégorie juridique? La croyance légitime permet sans doute de fonder le quasi-contrat des loteries publicitaires : celui qui a fait croire ou laissé croire à un certain engagement de sa part est tenu quasi-contractuellement à réaliser l'illusion qu'il a ainsi créée³¹. Elle permet tout à la fois de définir le quasi-contrat des loteries publicitaires et d'apporter un nouvel éclairage à cette catégorie juridique³².

La croyance est le fait d'attribuer une valeur de vérité à une proposition ou un énoncé. Le mot peut désigner tantôt le contenu de ce qui est cru, tantôt l'attitude ou l'état psychologique de celui qui croit. Pour Marie Pierre PEIS-HITIER, la croyance légitime est « *la croyance en la bonne foi, la loyauté, la sincérité et la fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelle* »³³. Appliquée aux loteries publicitaires, cette croyance justifie le fait que le consommateur dupé ait pu légitimement penser qu'il allait assurément obtenir un gain. Ce critère si séduisant, explique à suffisance les loteries publicitaires³⁴. En effet, la croyance légitime caractérise l'attitude du gagnant de la loterie qui a cru en la sincérité de l'organisateur de la loterie publicitaire³⁵. Ses conditions d'application sont parfaitement réunies dans le domaine des loteries publicitaires. La première est l'existence d'une croyance proprement dite. Le point de départ de cette croyance est suscité par le comportement de l'organisateur. En effet, la croyance ne naît pas spontanément mais résulte de l'attitude d'une autre personne. C'est cette attitude préalable qui va générer une croyance. En ce sens, c'est l'engagement de la société organisatrice qui est à l'origine de la croyance des prétendus gagnants.

³¹ FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions, *Op. Cit.*, p. 1115.

³² PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre? », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2650.

³³ PEIS-HITIER (M.-P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », in *Les Petites Affiches*, n° 18, janvier 2006, p. 9.

³⁴ BUCARD (M.), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat », *Op. Cit.*, p.7.

³⁵ PEIS-HITIER (M.-P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *Op. Cit.*, p. 9.

L'autre condition est la légitimité de la croyance. Le fait de croire ou de faire confiance en l'attitude d'autrui doit être légitime ou justifié. Partant du raisonnement de Jean-Louis SORIOUX qui définit le concept de croyance légitime comme une croyance à la fois vraisemblable et dispensée de vérification³⁶, l'on est en droit de dire que la croyance légitime est cette croyance dont on est en droit de croire. Cette exigence liée à la légitimité de la croyance s'accorde à n'en point douter avec le nouveau quasi-contrat des loteries publicitaires. En effet, la rédaction des documents et surtout l'emploi des termes affirmatifs par la société organisatrice est de nature à rendre vraisemblable le gain. Il faut comprendre que ces documents constituent une marque écrite significative de vérité et tellement vraisemblable que la personne qui y est désignée comme gagnante n'ait pas à rechercher la vérité de leur contenu. Elle se limite à l'apparence qui est un autre fondement du quasi-contrat des loteries publicitaires.

2- Le critère prétorien de l'apparence

La théorie de l'apparence³⁷ est habituellement définie comme une théorie en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers, qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité³⁸. C'est une théorie juridique, adoptée par la jurisprudence qui permet de produire des effets de droit à une situation contraire à la réalité. Elle se base sur un adage latin connu « *error comunis facit jus* » qui signifie « *une erreur commune fait le droit* ». Elle exige toutefois la réunion de plusieurs conditions cumulatives à savoir : une situation contraire à la réalité, une croyance légitime du tiers, un risque de préjudice dans le chef du tiers et une imputabilité de l'apparence au titulaire véritable³⁹.

La jurisprudence propose vainement la théorie de l'apparence pour fonder l'application des quasi-contrats aux loteries publicitaires. Les organisateurs de jeu publicitaire créent un « *engagement apparent* » auquel le consommateur a pu légitimement croire⁴⁰. En tant que mécanisme de correction de l'illusion fondée sur l'équité, l'apparence est proche de la croyance légitime. Toutefois, même si certains auteurs considèrent la croyance légitime comme un élément

³⁶ SORIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », in *JCP*, 1982.1.3058.

³⁷ C'est une création jurisprudentielle destinée à tempérer la rigueur aveugle des principes. Elle a pour but de transformer en droit véritable, ce qui n'était qu'une apparence trompeuse, pourvu que toutefois que cette apparence ait revêtu une force suffisante pour égarer le tiers. Elle correspond exactement au modèle d'une relation de type contractuel imposée par la loi. C'est l'idée qui se dégage de l'adage « *error communis facit jus* ». BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 15^e éd., *Op. Cit.*, pp. 222 et 246.

³⁸ TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1181.

³⁹ BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 15^e éd., *Op. Cit.*, p. 247.

⁴⁰ BUCARD (M.), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat », *Op. Cit.*, p.7.

de l'apparence, il convient de distinguer les deux notions. Comme le souligne Jean-Louis SOURIOUX, « *ce n'est pas la croyance qui est un élément de l'apparence, mais c'est l'apparence comme vraisemblance qui est un élément de la croyance légitime, son élément matériel* »⁴¹. De la sorte, l'apparence ne devrait fonder le quasi-contrat que si la croyance légitime qu'elle génère est issue d'un rapport bipartite et non tripartite comme le suggèrent certains auteurs⁴². Il convient donc d'arguer de la nécessité d'une apparence issue d'un rapport bipartite. D'ailleurs, le mécanisme même du quasi-contrat justifie cette assertion.

Dans le quasi-contrat des loteries publicitaires, la relation est strictement bipartite et le siège du quasi-contrat se situe sur le lien créé entre la victime de l'illusion et l'auteur de l'illusion.

3- La théorie contemporaine de la fiction

Selon le Professeur Jean-Louis BAUDOUIN « *le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur* »⁴³. Mais que recouvre la notion de fiction?

L'on peut définir la notion de fiction sous deux sens. Le premier qui est le sens commun permet de la définir selon le dictionnaire Larousse comme une « *création de l'imaginaire ; ce qui est du domaine de l'imaginaire, de l'irréel* »⁴⁴. Le second consiste à la définir à partir de son sens juridique. Dans le vocabulaire juridique du Professeur Gérard CORNU, la fiction y est définie comme un « *artifice de technique juridique (...) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* »⁴⁵.

Les études postérieures à l'entrée en lice de nouvelles catégories de quasi-contrats montrent la volonté tenue de la doctrine de trouver un critère commun à ces quasi-contrats⁴⁶. C'est dans cette optique qu'un auteur tente de fonder le quasi-contrat sur la théorie de la fiction⁴⁷. Ce dernier estime qu'une situation de fait peut nettement porter à croire en l'existence d'un lien de droit susceptible d'être honoré. Sur le fondement de cette théorie, le prospect est en droit de réclamer le

⁴¹ SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *Op. Cit.*, n°113.

⁴² BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 15^e éd., *Op. Cit.*, p. 247.

⁴³ BAUDOUIN (J.-L.), « rapport général sur le thème : la vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux », in *Travaux de l'Association Henri Capitant* 1987, Paris, Economica, 1989, p.22.

⁴⁴ LAROUSSE (L.), *Dictionnaire français*, Larousse, 2002, p. 430.

⁴⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *Op. Cit.*, p. 408.

⁴⁶ BUCARD (M), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat », *Op. Cit.*, p.6.

⁴⁷ TERRIER (E.), *la fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique*, 2004, p.1179.

gain promis⁴⁸. Même si un auteur⁴⁹ estime que l'extension du domaine des quasi-contrats ne s'explique que par les deux autres critères -croyance légitime et apparence-, nous pensons que le critère de la fiction devrait également fonder le quasi-contrat des loteries publicitaires toutes les fois qu'il protégerait les intérêts du consommateur.

B- L'application conditionnée des quasi-contrats aux loteries publicitaires

Plusieurs conditions sous-tendent la condamnation de la société organisatrice à l'octroi du gain. Il s'agit entre autres de la participation effective au jeu (1), la bonne foi du plaignant (2) et l'absence de l'aléa (3). De nos jours d'ailleurs, l'essentiel du contentieux des loteries publicitaires se concentre sur la question de la mise en évidence de l'aléa et la bonne foi de la victime⁵⁰.

1- L'exigence de la participation au jeu : une condition en déshérence

Pour pouvoir prétendre à un quelconque gain, il est indispensable que le plaignant puisse prouver sa participation au jeu publicitaire Cette participation doit être effective⁵¹ et conforme aux conditions fixées par les règles du jeu⁵². En effet, l'objet de la loterie est la participation à un jeu, laquelle se trouve matérialisée par l'existence d'un bulletin ou bon de participation qui servira de preuve en temps opportun.

Le participant à la loterie publicitaire doit être une personne capable. Il ressort en effet de l'article 16 du décret précité que ne peuvent prendre part aux jeux de loteries publiques les personnes n'ayant pas atteint l'âge de la majorité civile - vingt-un ans révolus-. C'est dire que seules les personnes majeures peuvent participer à ces jeux. Le mineur⁵³, sauf s'il est émancipé

⁴⁸ BUCARD (M), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat », *Op. Cit.*, p.7.

⁴⁹ CAILLE (C.), « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Mélanges Aubert D.*, 2005, p.57.

⁵⁰ BLOCH (L.), « Quasi-contrat de loterie : l'essentiel n'est pas de participer », in *Revue Mensuelle LEXISNEXIS JURISCLASSEUR*, mai 2015, n° 15, p.2.

⁵¹ C'est-à-dire que le plaignant doit avoir véritablement participé au jeu.

⁵² PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre? », *Op. Cit.*, p. 2650.

⁵³ L'accès à la loterie publicitaire est strictement interdit au mineur. L'interdiction se justifie pleinement. Inexpérimenté, le mineur peut croire que l'argent se gagne facilement et perdre par-là les valeurs d'effort et de travail. Cette protection des mineurs contre les jeux de hasard est davantage la préoccupation du législateur de 2015 qui soumet les opérateurs de jeux ou pari en ligne à certaines exigences de nature à écarter le mineur. En effet, l'article 9 de la loi de 2015 prescrit que les opérateurs de jeux mettent en place, lors de toute connexion à leur site un message avertissant que les jeux d'argent et de hasard sont interdits aux mineurs. La date de naissance du joueur est d'ailleurs exigée au moment de son inscription ainsi qu'à chacune de ses visites sur le site de l'opérateur.

ne peut participer à une loterie publicitaire⁵⁴. Il en est de même du majeur incapable que la loi assimile au mineur non émancipé.

Outre le mineur et le majeur incapable, certaines personnes majeures bien que capables ne peuvent prendre part aux loteries publiques. Il s'agit des militaires et personnels de maintien de l'ordre en uniforme, des individus en état d'ivresse ou susceptibles de provoquer des scandales ou des incidents, de toute personne qui fait l'objet d'une interdiction par la réglementation.

Si une telle exigence se vérifie aisément pour les jeux de hasard instantanés dont la présence physique reste indispensable, il y a lieu de dire que cette vérification, s'avère difficile dans le cadre des loteries publicitaires qui s'échelonnent le plus souvent dans le temps. Il sera dans certains cas difficile pour la société organisatrice de s'assurer du port de l'uniforme ou non au moment de la souscription au jeu⁵⁵. Il en est de même des individus en état d'ivresse, cet état exigeant pour son appréciation la présence du prospect, ce qui est presque impossible dans le domaine des loteries publicitaires. La situation des personnes ayant fait l'objet d'une interdiction reste toutefois différente. La publicité de la décision d'interdiction portera à coup sûr à la connaissance de la société organisatrice l'interdiction en question. Encore que toute personne qui se prête à la loterie publicitaire au mépris de l'interdiction prononcée à son endroit, verra purement et simplement sa bonne foi remise en cause⁵⁶. Or, la bonne foi du participant est indispensable à l'octroi du gain.

Si la participation effective au jeu est la condition d'application des quasi-contrats aux loteries publicitaires, force est de suggérer que cette exigence soit révisée au regard de la spécificité du quasi-contrat qui se forme spontanément à partir d'un fait purement volontaire et qui ne suppose aucune rencontre des volontés⁵⁷. En l'état actuel du droit français notamment la jurisprudence⁵⁸ permet de condamner l'organisateur de loterie publicitaire à honorer ses engagements même en

⁵⁴ TOVAR (M.-L.) et COSTES (J.-M.), « Pratique des jeux d'argent et de hasard chez les mineurs », in *Revue de la littérature internationale*, mai 2022, p. 9.

⁵⁵ BURCARD (M.), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat? », *Op. Cit.*, p. 8.

⁵⁶ LLUELLES (D.), « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », in *La Revue du Barreau Canadien*, n° 125, 2004, p. 196; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », in *RJT*, n° 45, mars 2011, p. 87; DE BERTIER-LESTRADE (B.), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », in *Presses Universitaires Toulouse Capitole*, 2019, p.145; GREGOIRE (M. A.), « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », in *Revue du Notariat*, Vol. 104, n° 2, septembre 2002, p. 210; KARIM (V.), « La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code Civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », in *Les Cahiers de droit*, Vol. 41, n°3, 2000, p. 436; LEFEBVRE (B.), « La bonne foi : notion protéiforme », in *RDUS*, n°26, 1996, p. 325.

⁵⁷ BEMHEIM- DESVAUX (S.), « La délivrance des gains au participant et au non participant à une loterie publicitaire », in *L'essentiel du Droit des Contrats*, n° 5, 13 mai 2015, p.1.

⁵⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 19 mars 2015, n° 13- 27414.

l'absence de participation dès lors que ledit engagement est pris; l'essentiel n'étant pas de participer, mais de gagner⁵⁹. Vivement que notre droit intègre une telle prévision dans l'optique de renforcer les droits des consommateurs de loterie. Quoiqu'il en soit, la bonne foi du prospect reste indispensable.

2- La nécessaire bonne foi du participant

La bonne foi est la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit. Etre de bonne foi c'est croire en l'existence d'une situation juridique régulière alors que la réalité est tout autre⁶⁰. Elle renvoie également à la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui. Prise sous ses deux branches, l'on peut dire de la bonne foi dans le cadre des loteries publicitaires qu'elle renvoie aussi bien au bénéficiaire qui croit se trouver dans une situation conforme au droit qu'à l'organisateur de loteries publicitaires qui doit agir sans léser les droits du bénéficiaire⁶¹.

La notion de bonne foi est fréquemment utilisée dans notre législation pour atténuer les rigueurs de l'application des règles positives⁶². La reconnaissance de l'effet de l'apparence est liée à la bonne foi.

En principe, la bonne foi est présumée. C'est dire que c'est à celui qui évoque la mauvaise foi de l'établir⁶³. Le droit porte ainsi secours à celui qui est de bonne foi, malgré l'irrégularité de sa situation réelle⁶⁴.

S'il pourrait sembler anormal de refuser un avantage au bénéficiaire du gain, qui de bonne foi, croyait l'avoir gagné, il serait tout aussi inéquitable de faire droit à l'action d'un demandeur qui, connaissant parfaitement le procédé commercial et ses artifices de présentation feindrait d'avoir été abusé. La mauvaise foi du demandeur doit demeurer un juste garde-fou. Pour condamner la société organisatrice à exécuter son engagement, le juge doit prendre en compte la personnalité du demandeur de bonne foi lorsque ce dernier invoque la fausse première impression donnée par un document publicitaire qui s'inscrit dans le cadre d'un procédé commercial

⁵⁹ BLOCH (L.), « Quasi-contrat de loterie : l'essentiel n'est pas de participer », *Op. Cit.*, n° 15, p.2.

⁶⁰ LEFEBVRE (B.), « La bonne foi : notion protéiforme », *Op. Cit.*, p. 325.

⁶¹ GAUTIER (P.-Y.), « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », *Op. Cit.*, p. 580.

⁶² Les contrats doivent être négociés de bonne foi, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi, etc.

⁶³ LLUELLES (D.), « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », *Op. Cit.*, p. 195.

⁶⁴ LEFEBVRE (B.), « La bonne foi : notion protéiforme », *Op. Cit.*, p. 325.

largement répandu et connu du grand public⁶⁵. L'appréciation « *in abstracto* » du message se trouve ainsi naturellement tempéré par une appréciation « *in concreto* » de son destinataire⁶⁶. Un client qui a participé à plusieurs loteries du même type ne peut sincèrement arguer de sa bonne foi en prétendant ne pas en connaître les principes du jeu. Traditionnellement appréhendé comme un mécanisme de compensation, le quasi-contrat est devenu une technique de sanction des promesses sans lendemain. Mais il serait inéquitable que cet aspect l'emporte trop sur la vocation originelle de cette institution qui vise rappelons-le, à rétablir un équilibre moral. D'où la nécessité d'accorder à la condition de bonne foi du plaignant toute la place qui est la sienne⁶⁷. D'ailleurs, le critère justifiant la reconnaissance d'un quasi-contrat ne réside-t-il pas dans la croyance légitime du destinataire du message?

Quoi qu'il en soit, même si la bonne foi du plaignant est avérée, l'organisateur ne peut être contraint sur le fondement du quasi-contrat, à payer au consommateur la somme promise qu'en l'absence d'un aléa. C'est dire que toutes les fois qu'il aura mis en évidence l'existence d'un aléa, sa responsabilité ne sera pas retenue.

3- L'absence d'aléa dans les documents publicitaires d'informations

L'aléa s'entend d'un élément de hasard, d'incertitude introduit dans l'économie d'une opération, d'une chance de gain ou de perte pour les intéressés. Plus précisément, c'est un élément de réalisation incertaine dont les intéressés à une opération acceptent de faire dépendre le montant de tout ou de partie de leurs prestations de telle sorte qu'il soit impossible de savoir, avant complète exécution, s'il y aura un bénéficiaire ou qui ce sera⁶⁸.

Dans le cadre des loteries publicitaires, il est indiqué que l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige

⁶⁵ PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre? », *Op. Cit.* p. 2651.

⁶⁶ L'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* peuvent être définies comme des modes de raisonnement permettant de porter un jugement de valeur sur le comportement d'un individu. Elles sont utilisées afin d'apprécier les conséquences d'un acte sur une victime. L'appréciation *in abstracto* prend pour référence la notion de « *bon père de famille* ». Elle exige des personnes qu'elles agissent avec diligence, prudence et de manière raisonnable. En droit, elle est utilisée pour signifier qu'une situation doit être analysée de manière générale et impersonnelle. Contrairement à l'appréciation *in abstracto*, l'appréciation *in concreto* signifie que le juge tire de la situation présente des faits qui lui sont présentés les motifs de sa décision. Le juge considère ici l'aptitude propre de la personne mise en cause. La faute est dans ce cas appréciée subjectivement. S'agissant par exemple de la violence, le juge tiendra compte de l'âge, du sexe et de la condition des antagonistes pour fixer les réparations dues à la victime.

⁶⁷ PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre? », *Op. Cit.* p. 2651.

⁶⁸ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, *Op. Cit.*, p. 47.

par ce fait purement volontaire, à le délivrer⁶⁹. L'annonce d'un gain sans mettre en évidence l'aléa produirait les effets d'un contrat⁷⁰. L'existence de l'aléa affectant l'attribution du prix doit être mise en évidence à première lecture, dès l'annonce du gain⁷¹. Il en découle que le prospect ne peut prétendre à son gain que si la société organisatrice l'a annoncé sans mettre en évidence l'existence d'un aléa.

Comme on pouvait s'en douter, le contentieux sur la question devait immanquablement se déplacer, les organisateurs s'efforçant plus ou moins habilement d'introduire un aléa pas toujours facile à détecter pour le consommateur⁷². L'une des ruses consiste notamment dans le fait, après avoir fermement annoncé le gain, à revenir en quelque sorte en arrière en faisant apparaître l'existence d'un aléa dans un document postérieur. Fort heureusement, il est mentionné que l'aléa excluant la remise de la somme annoncée doit avoir existé *ab initio* c'est-à-dire à l'annonce du gain⁷³. Cette précision semble utile et protectrice. Il reste à savoir si elle sera suffisante pour tarir le contentieux en la matière⁷⁴. Elle s'inscrit dans les termes de la jurisprudence de la Cour de cassation du 6 septembre 2002 et de l'article 1371 du Code civil qui imposent la visibilité immédiate de l'aléa du gain dans le document principal du jeu publicitaire de sorte que le bénéficiaire de bonne foi d'une loterie publicitaire sache que son gain n'est pas certain mais soumis à un aléa, tel qu'un tirage au sort. Ce faisant, la jurisprudence et la loi posent deux exigences : l'une temporelle, qui tient dans la nécessité de mettre en évidence l'aléa dès l'annonce du gain, l'autre formelle qui tient dans la nécessité d'une mise en évidence de l'aléa à première lecture. C'est à ces conditions que la mise en évidence du caractère aléatoire de l'attribution du gain supprime l'obligation de délivrance en faisant obstacle à la qualification de quasi-contrat des loteries publicitaires. Parce que ces conditions sont cumulatives et assez rigoureuses, la solution conduit à une réelle protection du consommateur : les documents postérieurs ne pourront venir détruire une croyance générée par la première annonce faite. De même, l'ambiguïté éventuelle de l'annonce profitera au consommateur, bénéficiant du doute engendré par ladite annonce. Le

⁶⁹ HOUTCIEFF (D.), « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *Op. Cit.*, p. 19 ; FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions, *Op. Cit.*, p. 1115.

⁷⁰ FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions, *Op. Cit.*, p. 1115.

⁷¹ PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre? », *Op. Cit.* p. 2651.

⁷² BLOCH (L.), « Quasi-contrat de loterie : l'essentiel n'est pas de participer », *Op. Cit.*, n° 15, p.1.

⁷³ FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions, *Op. Cit.*, p. 1119.

⁷⁴ BALOUCHE (D.), « Loteries publicitaires, quasi-contrats et aléa : la Cour de cassation affirme sa position », in *Lettre Juridique*, n°222, 6 juillet 2006, p.62.

professionnel ne pourra dans ce cas se retrancher derrière ce doute. Il devra purement et simplement délivrer le gain promis.

II- LA MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE DANS LES LOTERIES PUBLICITAIRES

Page | 301

Les promesses faites dans le cadre des loteries publicitaires ne doivent pas être déjouées. Elles doivent être exécutées⁷⁵ par la société organisatrice car elles sont pour elle comme une loi⁷⁶. Il en découle que le créancier de l'obligation qu'est le prospect est en droit d'exiger de la société organisatrice l'exécution de sa prestation. En cas d'inexécution avérée, ce droit va s'exprimer par une action en exécution forcée visant à contraindre directement ou indirectement la société organisatrice à fournir la prestation promise (A). Il peut même, s'il estime avoir subi un préjudice, intenter une action en responsabilité civile (B).

A- La délivrance forcée du gain promis

L'exécution forcée ou en nature⁷⁷ est l'exécution d'une convention, d'un jugement ou d'un engagement imposé au débiteur conformément à la prestation promise. Elle s'oppose à l'exécution spontanée ou volontaire. Dans le cadre des loteries publicitaires, il s'agit de l'obligation faite à la société organisatrice de respecter son engagement en mettant la prestation promise à la disposition du bénéficiaire. C'est la sanction de principe de l'inexécution de l'obligation de délivrance découlant de l'engagement souscrit (1) à laquelle le prospect a droit (2).

1- L'octroi forcé du gain: sanction de principe de l'inexécution de l'obligation de délivrance de la prestation promise

Logiquement, le meilleur moyen pour donner satisfaction au créancier d'une obligation consiste à contraindre son débiteur à lui fournir la prestation promise. Appliquée aux loteries publicitaires⁷⁸, cette sanction se justifie à coup sûr par la force obligatoire attachée aux quasi-contrats. L'on gagnerait tout de même à insister sur la nature de l'exécution forcée que certains assimilent à la réparation en nature.

⁷⁵ L'exécution est le dénouement normal d'une obligation fut-elle quasi-contractuelle.

⁷⁶ MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, Op. Cit., p. 250.

⁷⁷ Le législateur utilise l'expression « *exécution forcée en nature* » qui nous semble redondante. En effet, toute exécution même en matière quasi-contractuelle, qu'elle soit volontaire ou forcée, s'effectue en nature c'est-à-dire conformément à la prestation promise. On parlera donc d'exécution forcée ou en nature ou encore directe.

⁷⁸ Lorsque la prestation promise consiste en le paiement d'une somme d'argent, le créancier impayé pourra toujours forcer son débiteur à s'exécuter.

Le droit du prospect d'imposer à la société organisatrice l'exécution de son engagement, au besoin par la force, est le prolongement naturel du principe de la force obligatoire⁷⁹. Dans le quasi-contrat des loteries publicitaires, la force obligatoire a pour source fondamentale l'engagement unilatéral de volonté de l'organisateur. Délaissant le contrat, les juges ont pu déceler dans la promesse de gain, un engagement unilatéral en vertu duquel la société avait fait naître une obligation dont elle était débitrice⁸⁰. Ce faisant, ils estiment que le fait volontaire fait naître l'obligation de délivrer le lot promis⁸¹.

L'engagement unilatéral de volonté⁸² est l'acte par lequel une personne s'oblige seule à réaliser une prestation au profit d'une ou de plusieurs autres sans qu'une quelconque acceptation de la part de celles-ci soit exigée⁸³. Même si les avis⁸⁴ restent partagés sur la question de savoir si l'engagement unilatéral de volonté est source d'obligation, s'appuyant sur la reconnaissance jurisprudentielle selon laquelle celui qui s'engage par l'effet de sa seule volonté puisse s'obliger, nous pensons avec certains auteurs⁸⁵ que l'engagement unilatéral de volonté est source d'obligation. Celui qui promet d'exécuter une obligation s'engage irrévocablement envers le bénéficiaire, sans qu'il soit besoin que ce dernier ait accepté l'engagement. De la sorte l'engagement unilatéral de volonté de l'organisateur d'une loterie publicitaire est source

⁷⁹ LACHIEZE (C.), « L'exécution forcée », in *Droit des contrats*, 2020, p. 261.

⁸⁰ BLOCH (L.), « Quasi-contrat de loterie : l'essentiel n'est pas de participer », *Op. Cit.*, n° 15, p.2. Cass.1^{ère} civ., 28 mars 1995, n° 93-17.738; JurisData n° 1995-001714; D. 1996, p. 180; RTD civ. 1995, p. 886, obs. J. MESTRE.

⁸¹ FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions », *Op. Cit.*, p. 1115; MENDY (Y.), « Loterie publicitaire : comment obtenir le paiement du gain promis par l'organisateur? », in *LEGAVOX*, 22 juin 2015, p. 22.

⁸² L'engagement unilatéral de volonté se distingue tant de l'acte juridique unilatéral que du contrat unilatéral. A la différence de l'acte juridique unilatéral, l'engagement unilatéral de volonté est générateur d'obligation. Certains auteurs le considèrent comme une espèce particulière d'acte unilatéral qui entend créer des obligations. Il est utilisé dans les arrêts pour engager la responsabilité civile des organisateurs de loterie toutes les fois que les conditions y relatives sont réunies. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 230. A la différence du contrat unilatéral de volonté, l'engagement unilatéral n'est pas subordonné à l'acceptation du créancier de l'obligation. L'éclairage du contentieux des loteries publicitaires donne les airs d'engagement unilatéral à ce nouveau quasi-contrat. HOUTCIEFF (D.), « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *Op. Cit.*, p. 19

⁸³ Les documents envoyés au bénéficiaire constituent un engagement unilatéral car ils sont personnalisés et garantissent après vérification par lui-même qu'il a effectivement gagné. Toutefois, il faut qu'il ressorte de ces documents une volonté certaine d'attribuer le lot promis.

⁸⁴ Deux thèses s'affrontent. La première estime que l'engagement unilatéral de volonté ne saurait être source d'obligation pour plusieurs raisons : le silence du Code civil, l'absence de créancier et son caractère non obligatoire. La deuxième que nous partageons d'ailleurs pense que l'engagement unilatéral de volonté est source d'obligation. MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations*, *Op. Cit.*, p. 231. GAUTIER (P.-Y.), « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », in *RTD Civ.*, 2010, p. 580.

⁸⁵ GAUTIER (P.-Y.), « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », in *RTD Civ.*, 2010, p. 580.

d'obligation. Toutefois, pour que l'engagement unilatéral de volonté de l'organisateur soit générateur d'obligation, il doit satisfaire à plusieurs conditions cumulatives. D'abord, il convient de dire que la reconnaissance d'une force obligatoire à l'engagement unilatéral de volonté ne peut se faire qu'à titre subsidiaire. Autrement dit, il ne faut pas que puisse être identifiée une autre source d'obligation telle un contrat, un délit ou un quasi-délit. Ensuite, il apparaît que l'engagement unilatéral de volonté n'est qu'une source « *d'appoint* »⁸⁶. Enfin, pour être une source d'obligation, l'engagement unilatéral doit être le fruit d'une volonté ferme, précise et éclairée. Il doit être dépourvu de toute ambiguïté quant à la volonté de son auteur de s'obliger⁸⁷. Lorsque ces conditions sont réunies, l'engagement unilatéral de volonté revêt incontestablement la force obligatoire. L'organisateur des loteries publicitaire peut donc sur la base de cette force obligatoire qui découle de son engagement être contraint à exécuter la prestation promise⁸⁸.

L'exécution forcée permet de procurer au créancier, la prestation promise. La rédaction de l'article 1371 du Code civil est ainsi faite qu'elle semble dire, que la sanction de principe de l'inexécution de l'engagement souscrit est la condamnation à l'exécution forcée, la condamnation au paiement des dommages-intérêts n'intervenant qu'à titre compensatoire.

2- Le droit du prospect à poursuivre l'exécution forcée du gain promis

L'exposé du droit du prospect à poursuivre l'exécution forcée du gain promis commande que l'on insiste sur les pouvoirs du juge ⁸⁹ dans la condamnation, les droits du prospect à la délivrance forcée du gain et les outils permettant d'y parvenir.

⁸⁶ TERRE (F.), SIMLER (P.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil : les obligations*, DALLOZ, 2009; coll. « *précis* », n°54, p. 64.

⁸⁷ MOURALIS (J.-L.), « Responsabilité alourdie et engagement unilatéral de l'organisateur d'une loterie publicitaire présentée dans les documents ambigus : est-ce l'heure du cauchemar pour les fabricants de rêves? *Op. Cit.*, p. 181.

⁸⁸ GAUTIER (P.-Y.), « Les engagements de faire contraignants, au regard des documents publicitaires », *Op. Cit.*, p. 580.

⁸⁹ Territorialement, les règles de compétence varient selon que le défendeur est une personne physique ou morale. Lorsque défendeur est une personne physique, la juridiction compétente est en principe celle du lieu de son domicile ou de sa résidence. Les parties peuvent toutefois, à travers une clause d'élection de domicile, déroger à ladite règle en choisissant toute autre juridiction. Lorsque le défendeur est une personne morale, il est assigné au lieu de son siège social ou d'un de ses établissements secondaires ou succursales en vertu de la théorie dite « *des gares principales* », à la double condition toutefois qu'il s'agisse bien d'un établissement de la société et que cet établissement jouisse d'une certaine autonomie. Matériellement, la compétence juridictionnelle est en principe fonction du montant de la demande. En effet, l'article 15 alinéa 1a de la loi camerounaise n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire prévoit que le tribunal de première instance est compétent en matière civile, commerciale et sociale pour connaître des actions en recouvrement, par procédure simplifiée des créances ainsi que des différends dont le montant n'excède pas dix millions (10 000 000) de francs CFA. L'article 18 alinéa 1b du même texte dispose pour sa part que le tribunal de grande instance est compétent en matière civile, commerciale et sociale des demandes en paiement de sommes d'argent supérieures à dix millions (10 000 000) de francs CFA. Toutefois, en vertu du principe « *qui peut le plus, peut le moins* », ce tribunal peut connaître des demandes en paiement dont le montant est inférieur à dix millions

Le législateur camerounais confère aux juges le pouvoir de contraindre le débiteur à exécuter son engagement. Il permet pour cela au juge d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation, de quelque nature⁹⁰ qu'elle soit. Une réserve est toutefois prévue. Elle concerne l'obligation personnelle ou souscrite *intuitu personae*. Pour celle-ci, l'exécution forcée ne peut être ordonnée que si le débiteur est tenu de faire ou de ne pas faire quelque chose. Elle exclut donc d'exécution forcée l'obligation personnelle de donner. Il revient nécessairement au juge d'identifier de telles obligations pour une application stricte de la règle. Or le problème d'identification des obligations personnelles se pose avec acuité.

Le juge pouvant ordonner l'exécution forcée, la question reste toutefois de savoir s'il est lié par la demande en exécution forcée du prospect ou s'il peut outrepasser ladite demande et ordonner une autre sanction. Nous dirons qu'en réalité, le problème ne devrait se poser dans le cadre des loteries publicitaires que dans deux cas. Lorsqu'en optant pour les dommages intérêts, le juge n'a en définitive pas pu condamner la société organisatrice ou alors en condamnant cette dernière, le montant des dommages et intérêts prononcé s'avère inférieur au gain promis. Si l'on excepte ces deux cas, la question se posera difficilement. En effet, l'obligation de délivrance dans le cadre des loteries publicitaires s'assimile dans la plupart des cas à l'obligation de payer des sommes d'argent. L'exécution forcée ou en nature de telles obligations équivaut à la même finalité que celle des dommages et intérêts; l'allocation d'une somme d'argent. Les finalités étant les mêmes, seule la controverse sur la différence de montant pourra s'élever; controverse qui pourrait toutefois s'éteindre dès lors qu'une condamnation à des dommages intérêts sera prononcée en vue de compenser l'éventuel préjudice subi par le prospect.

Le droit du prospect à l'exécution forcée est une prérogative reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui lui permet de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt, ou dans l'intérêt d'autrui, en s'adressant le cas échéant aux tribunaux⁹¹. C'est un droit relatif à une créance ou à une obligation. Il confère à son titulaire le droit d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation. Le droit à l'exécution forcée⁹² a donc un débiteur. Dans le cadre des loteries publicitaires, ce débiteur est l'organisateur de loterie publicitaire. Ayant fait une

(10 000 000) de francs CFA. Bien que le prospect soit dans la plupart des cas une personne physique, l'hypothèse d'un prospect personne morale n'est pas à écarter. MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LITEC, 2004, p. 229.

⁹⁰ Faire, ne pas faire ou donner une somme d'argent.

⁹¹ WANDJI AMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*. Thèse de doctorat Phd, Droit privé, Université de Yaoundé II, 2009, p. 23.

⁹² Par opposition au droit réel, il est un droit personnel qui n'apporte rien d'autre que ce que le créancier ne dispose.

promesse de gain à personne dénommée, ce dernier est tenu d'exécuter l'engagement pris en mettant ledit gain à la disposition de son bénéficiaire : c'est le droit à l'exécution forcée reconnu à tout créancier victime d'une inexécution de la part de son débiteur⁹³. Le fait volontaire qui est la caractéristique du quasi-contrat fait naître l'obligation de délivrer le lot promis⁹⁴. Ce droit à l'exécution forcée se caractérise par un rigorisme et un formalisme très accrus dont la motivation première est le besoin de concilier d'une part la nécessité de mettre à la disposition du créancier des mécanismes efficaces lui permettant d'être payé, et d'autre part la protection du débiteur contre les abus des créanciers véreux⁹⁵.

L'exécution forcée étant un droit, les juges du fond doivent y accéder, par principe. La jurisprudence semble tendre vers un tel raisonnement. Mais le droit à l'exécution forcée n'est pas un droit absolu ou qui s'obtient de plein droit. Le juge conserve toute latitude pour l'accorder. En effet, la considérer de plein droit reviendrait à lui conférer un caractère absolu qu'il ne saurait avoir, d'autant précisément plus qu'elle peut être impossible. Dans le cadre des loteries publicitaires notamment, l'hypothèse la plus plausible est celle dans laquelle la société organisatrice a pris la peine de mettre en évidence l'aléa; ce qui empêche l'octroi du gain au prospect.

Une question mérite de retenir notre attention. Il s'agit en effet de savoir si le prospect peut demander à titre principal l'exécution forcée en nature tout en exigeant accessoirement le paiement des dommages et intérêts. Une doctrine classique dont nous partageons la pensée abonde en faveur de l'exécution forcée en nature par principe; l'allocation des dommages-intérêts ne pouvant intervenir que subsidiairement lorsque le prospect aura subi un préjudice⁹⁶. Une autre doctrine bien que minoritaire estime qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier après avoir mis en demeure son débiteur, déterminera à son choix entre les différents modes d'exécution directe ou indirecte d'après son intérêt⁹⁷. Une autre encore suggère que l'on répare le dommage subi par l'allocation des dommages-intérêts dès lors qu'ordonner l'exécution forcée en nature serait trop

⁹³Il s'agit d'une solution subsidiaire qui ne peut être mise en œuvre qu'à défaut d'exécution volontaire. Article 28 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées.

⁹⁴FENOUILLET (D.), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions », *Op. Cit.*, p. 1115; MENDY (Y.), « Loterie publicitaire : comment obtenir le paiement du gain promis par l'organisateur? », in LEGAVOX, 22 juin 2015, p. 22.

⁹⁵MUNEMEKA (K. A.), *Le droit OHADA de l'exécution forcée*, www. Editions- academia.be.

⁹⁶WERY (P.), *Droit des obligations. Volume 2. Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 242.

⁹⁷STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, Paris, 1947, pp. 288-290.

onéreux pour le débiteur⁹⁸. Quoi qu'il en soit, aucun texte ne fait obstacle à ce que le prospect puisse demander, à titre principal, l'allocation des dommages- intérêts bien que l'exécution en nature eût pu être possible et même préférable. Il serait tout de même intéressant de se poser la question de savoir s'il devrait exister une limite au-delà de laquelle il apparaîtrait déraisonnable de demander l'exécution forcée en nature, alors même que l'allocation des dommages-intérêts serait plus adéquate? Nous pensons avec le Professeur VINEY que rien ne s'oppose, à priori, à ce qu'une telle mesure soit admise⁹⁹.

Le but étant ici de permettre au bénéficiaire du gain d'obtenir en définitive ce sur quoi il a compté, le législateur a pris la peine de prévoir les outils permettant d'y parvenir. Ceux-ci sont essentiellement des moyens qui font pression sur le débiteur de mauvaise foi pour l'amener à exécuter ses obligations. Ces moyens sont de deux sortes : les procédés d'intimidation et les procédés d'exécution.

Relativement aux procédés d'intimidation, certains sont publics et d'autres privés. Si les moyens d'exécution privés tels que l'exception d'inexécution et le droit de rétention se justifient aisément en matière contractuelle, force est de clamer leur inadéquation avec les quasi-contrats surtout des loteries publicitaires. C'est fort de ce constat que nous n'en consacrons aucun développement. Seuls les moyens publics méritent une attention.

Font partie des procédés publics la menace de la sanction pénale, la contrainte par corps et l'astreinte. Le droit pénal peut être convoqué dans le civil et davantage en matière contractuelle. C'est ainsi que le Code pénal camerounais prévoit que le refus d'exécuter le contrat peut être constitutif d'abus de confiance¹⁰⁰. Une telle convocation en matière quasi-contractuelle s'avère difficile. En effet, la remise de la chose qui justifie l'existence de l'infraction dans la sphère contractuelle est absente dans les quasi-contrats. La menace de la sanction pénale dans les quasi-contrats doit donc être observée ailleurs; sous l'angle de l'escroquerie notamment. La tromperie qui caractérise l'escroquerie est à la base des loteries publicitaires.

⁹⁸ VINEY (G.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruylant : Bruxelles, 2001, p. 184.

⁹⁹ VINEY (G.), obs. ss, Civ. 2^{ème}, 11 février 1998, I, 185.

¹⁰⁰ Article 318 CP. Parmi les éléments matériels de l'infraction, figure la remise préalable de la chose qui constitue la condition préalable. Cette remise est basée sur un accord réalisé antérieurement au détournement. Intervenant le plus souvent en vertu d'un accord de volontés, cette remise peut s'opérer dans différents cadres : contractuel, légal, judiciaire. Relativement au cadre contractuel, il s'agit de tout contrat, quelle que soit sa qualification, dès lors qu'il opère une remise à titre précaire.

La contrainte par corps peut également constituer un moyen d'intimidation de nature à amener le débiteur à s'exécuter. C'est le droit pour le créancier de faire emprisonner son débiteur récalcitrant pour le forcer à exécuter l'obligation. Il a été démontré que l'emprisonnement du débiteur constitue un moyen efficace pour le contraindre à exécuter ses obligations. La peur d'être privé de sa liberté l'amènerait sans doute à honorer ses engagements. Sans toutefois méconnaître le caractère attentatoire à la liberté de la mesure, il en découle que cette atteinte reste nécessaire du moment où elle assure la sécurité des transactions. Bien que cette institution soit qualifiée par certains d'« *anachronique, injuste et inutile* »¹⁰¹ du moment où elle est incompatible avec la notion d'obligation, heurte les idées modernes relatives à la liberté et à la dignité humaine et concurrencée par une panoplie de mesures civiles, force est de dire qu'il n'y aurait pas de raison de sacrifier les droits du créancier au recouvrement de sa créance pour sauvegarder la liberté du débiteur. Aussi, s'il est vrai que le législateur camerounais qui prévoit la contrainte par corps a entendu la cantonner au pénal¹⁰², il n'en demeure pas moins que la mesure peut constituer une heureuse solution de recouvrement de créance. Elle se déploie d'ailleurs mieux dans les quasi-contrats des loteries publicitaires qui mettent à la charge des sociétés organisatrices les obligations relatives au paiement d'une somme d'argent¹⁰³. Il serait toutefois judicieux que sa mise en œuvre soit soumise à certaines conditions; le créancier ne devant y recourir qu'après épuisement des voies d'exécution sur les biens de son débiteur. De même, la mesure ne devrait être prononcée qu'à la demande¹⁰⁴ du prospect et de façon subsidiaire. Elle ne doit donc s'exercer qu'autant que l'exécution sur les biens s'avère insuffisante à désintéresser le créancier, voire impossible.

L'astreinte est un moyen de pression pécuniaire mis à la disposition du créancier, pour inciter le débiteur à exécuter dans un délai déterminé une obligation. Elle garantit l'exécution de l'obligation. C'est une mesure coercitive qui permet de vaincre la résistance du débiteur à exécuter l'obligation en le contraignant à payer une certaine somme s'il tarde à se conformer à ses obligations dans le délai fixé par le juge. Elle prend la forme d'une condamnation pécuniaire prononcée par le juge en même temps que la décision judiciaire. Cette condamnation est accessoire à celle principale. Lorsque le juge condamne une personne à se libérer de son obligation, il peut

¹⁰¹ BOUTAYEB (N.), La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, Droit français, Semestre 2, 2019-2020, p. 15.

¹⁰² Articles 564 et s. du Code de procédure pénale.

¹⁰³ Un jugement condamnant une personne à faire un acte positif ou à observer une abstention ne peut faire jouer la contrainte par corps car les obligations de faire ou de ne pas faire sont insusceptibles d'exécution forcée lorsque celles-ci impliquent une contrainte physique sur la personne du débiteur.

¹⁰⁴ Contrairement à la matière pénale, où elle est prononcée d'office par le juge, pour les dettes civiles et commerciales, elle n'est prononcée qu'à la demande du créancier.

assortir son injonction d'une astreinte, c'est-à-dire préciser qu'à partir d'une date fixée, le débiteur récalcitrant devra payer telle somme pour chaque jour, chaque mois de retard d'exécution.

S'agissant des procédés d'exécution, on en dénombre plusieurs mais l'on s'en tiendra aux principaux à savoir les saisies-d'exécution et l'exécution de l'obligation par un tiers. La procédure d'injonction de payer est certes une mesure d'exécution forcée, mais dont le législateur a voulu limiter aux créances d'origine contractuelle¹⁰⁵, elle ne peut donc intervenir dans les loteries publicitaires. Les saisies-d'exécution¹⁰⁶ sont des procédés permettant au créancier de s'adresser à la justice pour saisir les biens de son débiteur et les faire vendre aux enchères publiques afin de se payer sur le prix. Elles sont mobilières et immobilières selon qu'elles portent sur les meubles ou les immeubles du débiteur. Leur mise en œuvre reste toutefois soumise à l'obtention d'un titre exécutoire. Par principe, le créancier doit au préalable mettre en demeure le débiteur d'avoir à exécuter son obligation. A défaut, le créancier devra obtenir un titre exécutoire, c'est-à-dire un acte muni de la formule exécutoire qui lui permettra de recourir à diverses techniques contraignantes pour le débiteur. La liste des titres exécutoires a été dressée de manière extensive par le législateur¹⁰⁷.

Outre ces outils dont dispose le prospect à l'égard de la personne même de son débiteur, le droit lui accorde la possibilité d'obtenir l'exécution de l'engagement souscrit par la société organisatrice par l'intervention d'un tiers. C'est ce que la doctrine qualifie de « *succédané de*

¹⁰⁵ Article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

¹⁰⁶ Lesdites saisies varient cependant selon que l'obligation à exécuter est de donner, de faire ou de ne pas faire. Relativement à l'obligation de donner, toutes les saisies, qu'elles soient mobilières ou immobilières sont envisageables. Quant aux obligations de faire et de ne pas faire, la question se pose de savoir si on doit en pareilles hypothèses permettre de saisir les biens du débiteur qui n'a pas délibérément honoré ses engagements. Doit-on par exemple saisir les biens d'un artisan qui s'est engagé à livrer un objet d'art dans le cadre d'une exécution forcée? La question semble délicate. En effet, seules les obligations de donner sont susceptibles d'une exécution forcée, directe en nature. Les obligations de faire et de ne pas faire ne le sont pas car elles mettent en jeu la personne même du débiteur. Si à l'origine, la contrainte s'exerçait sur la personne même du débiteur, elle s'exerce de nos jours indirectement sur le débiteur, c'est-à-dire à travers ses biens. Selon l'article 1142 du Code civil, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». L'exécution forcée dans les obligations de faire et de ne pas faire suppose une contrainte directe sur la personne du débiteur, ce qui va à l'encontre des prescriptions en matière de liberté et de dignité humaines. Les dommages intérêts semblent donc indiqués. Cette solution retenue par le droit positif s'explique à coup sûr par le souci de ne pas porter atteinte à la personne du débiteur.

¹⁰⁷ Aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, constituent des titres exécutoires les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire, les actes et décisions juridictionnelles étrangères, les sentences arbitrales déclarées exécutoires, les procès-verbaux de conciliation, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat partie attache les effets d'une décision judiciaire.

l'exécution ». Une telle mesure concourt à la protection du titulaire de l'obligation qui a encore la possibilité de se voir allouer les dommages-intérêts.

B- L'octroi exceptionnel des dommages-intérêts : sanction éventuelle de l'inexécution de l'obligation de délivrance

Page | 309

L'octroi des dommages-intérêts : sanction éventuelle de l'inexécution de l'obligation de délivrance. Si l'exécution directe ou en nature reste le principe en la matière, l'octroi des dommages-intérêts peut s'avérer nécessaire toutes les fois que le prospect estime avoir subi un préjudice du fait de la non-exécution de son obligation par la société organisatrice. C'est dans cette optique que la jurisprudence n'a pas hésité à retenir la responsabilité civile de l'organisateur de loteries publicitaires qui, tout en manquant à son obligation de délivrance a causé un préjudice au bénéficiaire. Il convient dès lors d'envisager les conditions d'octroi des dommages-intérêts (1) avant que l'accent soit mis sur la condamnation elle-même (2).

1- Les conditions d'octroi des dommages-intérêts

L'octroi des dommages-intérêts suppose la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle de la société organisatrice. Or celle-ci exige du prospect qu'il établisse les preuves de la faute de cette dernière, du préjudice subi et du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

La faute est un manquement à une obligation préexistante. En droit civil, elle s'entend de l'attitude d'une personne qui, par négligence, imprudence ou malveillance, ne respecte pas ses engagements ou son devoir de ne causer aucun dommage à autrui¹⁰⁸. La notion de faute est susceptible de degré : légère¹⁰⁹, lourde¹¹⁰, inexcusable¹¹¹, intentionnelle, etc. Afin de mieux élucider la faute de l'organisateur de loterie publicitaire, l'on insistera sur le caractère intentionnel de la faute qui se déduit de la double volonté de l'auteur d'avoir voulu l'acte et d'avoir recherché ses conséquences dommageables. La faute de la société organisatrice réside dans le fait de n'avoir intentionnellement pas exécuté la prestation promise c'est-à-dire avec une idée sur les conséquences qui pourraient survenir. Pour retenir la responsabilité de la société organisatrice, cette dernière doit avoir commis une faute. Elle ne peut donc répondre en l'absence de faute. Les

¹⁰⁸ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, 31^e édition, Dalloz, 2023-2024, p. 426.

¹⁰⁹ Elle se définit comme la faute à laquelle est exposé tout individu, y compris le bon père de famille, et qui consiste en une imprudence, une négligence, une maladresse, bref une erreur de conduite vénielle.

¹¹⁰ C'est une faute dépourvue de malignité, mais dénote chez son auteur, et à un niveau très élevé, l'erreur, l'insouciance, l'incurie, etc.

¹¹¹ C'est une faute d'une exceptionnelle gravité, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur et de l'absence de toute cause justificative.

théories du risque et de la garantie n'ont pas vocation à s'appliquer ici. La faute constitue l'unique fondement de la responsabilité de l'organisateur de loterie publicitaire¹¹². En effet, les articles 1382 et 1383 du Code civil qui encadrent la responsabilité civile délictuelle énoncent un principe de responsabilité pour faute. La responsabilité pour faute devient alors le principe et la responsabilité sans faute l'exception dans d'autres matières notamment.

Dans les loteries publicitaires, la faute s'apprécie sous un double angle : « *in concreto* » et « *in abstracto* ». L'appréciation « *in concreto* » prend en compte le fait que l'obligation de réparer le dommage causé par la faute soit une obligation morale. La faute dans la responsabilité des organisateurs des loteries publicitaires est donc une faute subjective. La subjectivité de la faute implique donc un caractère tant psychologique que moral. La faute dite subjective a pour cela une fonction moralisatrice. L'appréciation « *in abstracto* » quant à elle, tient compte du caractère mensonger de la promesse faite. Dès lors, il y a faute toutes les fois qu'une société organisatrice de loteries publicitaires promettait un gain à une personne prédisposée à croire à la réalité de son gain, c'est-à-dire à une personne de bonne foi. Qu'il s'agisse de l'appréciation « *in concreto* » que de l'appréciation « *in abstracto* », elles ont toutes les deux le mérite d'assurer une protection efficiente au consommateur car elles permettent d'aboutir en définitive à la condamnation de la société organisatrice.

Le préjudice est l'atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui appellent une réparation dès lors qu'un tiers en est responsable. Tout préjudice implique nécessairement un dommage et toute obligation de réparation. Le dommage est l'évènement qui en est la cause ; c'est la lésion subie par la victime, tandis que le préjudice est la conséquence de ce dommage. Bien généralement, le préjudice sera l'approche indemnitaire du dommage. C'est pourquoi on parle de réparation du préjudice¹¹³.

Par un arrêt rendu le 22 novembre 2022, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé en matière de loterie publicitaire que l'absence de perception des gains promis n'est de nature à constituer par la déception qu'elle engendre, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, qu'un préjudice moral.

¹¹² DRUFFIN-BRICCA (S.) et HENRY (L.-C.), *Droit des obligations*, éditions Lextenso, Gualino, 2010, p. 131.

¹¹³ GAYTE-PAPON DE LAMEIGNE (A.), La notion de préjudice corporel, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Clermont Auvergne, 25 septembre 2018, p. 6.

Quoi qu'il en soit, la réparation du préjudice n'est pas automatique. Il revient par conséquent au prospect de prouver qu'il résulte directement de la faute de la société organisatrice¹¹⁴.

Le préjudice subi par le prospect peut avoir une consistance différente selon le fondement sur lequel le juge s'est appuyé pour mettre en jeu la responsabilité de la société organisatrice. Il en résulte donc plusieurs préjudices : matériel, moral, contractuel, etc. Sur le fondement de la responsabilité délictuelle, l'absence de perception des gains promis n'est de nature à constituer qu'un préjudice moral -généralement maigre¹¹⁵- par la déception qu'elle engendre. Toutefois, même prouvé, le préjudice est soumis à plusieurs conditions sans lesquelles la réparation serait impossible. En effet pour être réparable, le préjudice doit revêtir quelques caractères. Il doit être certain¹¹⁶, direct¹¹⁷, personnel¹¹⁸ et légitime¹¹⁹.

L'indemnisation d'une victime suppose que la faute soit la cause du préjudice ou du dommage subi : c'est le lien de causalité. Il correspond au rapport de causalité entre le fait générateur et le dommage. L'idée ici est que le fait générateur doit être la cause du dommage. Il n'est cependant pas évident de ne retenir qu'une seule et unique cause pour un dommage donné. Il arrive très souvent que plusieurs éléments concourent à la réalisation d'un dommage. Il va dans ce cas falloir déterminer les quels de ces éléments peuvent constituer une cause juridique propre à fonder la responsabilité de la société organisatrice. Pour cela, plusieurs théories s'opposent pour

¹¹⁴ BERNHEIM-DESVAUX (S.), « Loterie publicitaire : détermination du préjudice en cas de non-perception des gains promis », in LEXISNEXIS SA, n°2, CONTRATS-CONCURRENCE-CONSOMMATION, Février 2023, p.2, n°34 ; LE TOURNEAU (P.), « La responsabilité civile pour faute », in *Revue de Responsabilité Civile*, 2003, p. 71 ; BAUDOUIN (J.-L.), « La responsabilité civile délictuelle », in *Les Cahiers de Droit*, Vol. 30, 1989, p. 599.

¹¹⁵ BLOCH (L.), « Quasi-contrat de loterie : l'essentiel n'est pas de participer », *Op. Cit.*, n° 15, p.2.

¹¹⁶ Le préjudice est certain lorsqu'il s'est véritablement réalisé. Il s'oppose en cela à un préjudice éventuel; un préjudice dont on n'est pas encore certain qu'il va survenir. Il est toutefois possible de réparer le préjudice futur dès lors qu'on est certain qu'il va se réaliser.

¹¹⁷ Le préjudice est direct lorsqu'il découle directement du fait générateur. Un lien de causalité doit en effet exister entre la faute et le préjudice. Il doit être la suite directe du fait générateur. Sont donc en principe exclus de la réparation les préjudices qui seraient survenus par ricochet. Dans certaines hypothèses toutefois, ces préjudices sont réparables. La réparation du préjudice par ricochet nécessite la réunion de deux conditions : l'existence d'une victime immédiate, le préjudice subi doit être personnel et certain. Depuis l'arrêt Dangereux, les juges ont abandonné l'exigence d'un lien de droit entre la victime principale et la victime par ricochet en affirmant que l'existence d'une relation d'adultère entre la victime immédiate et la victime par ricochet ne faisait pas obstacle à la réparation du préjudice par ricochet.

¹¹⁸ Le préjudice est personnel lorsqu'il est subi par le demandeur en indemnisation. La question du préjudice personnel rejoint de toute évidence celle de l'intérêt à agir en justice. Ce caractère n'empêche cependant pas l'indemnisation de la victime par ricochet car celle-ci a subi un préjudice personnel, même s'il est lié à celui de la victime directe. En revanche, ce principe s'oppose en principe à la réparation du préjudice collectif car il est difficile voire impossible d'identifier une victime déterminée.

¹¹⁹ Le préjudice est légitime lorsqu'il ne heurte ni la loi, ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs. C'est dire que pour obtenir réparation, la victime doit exciper d'un intérêt juridiquement protégé qu'il devra associer à la preuve du lien de causalité.

l'appréciation de l'existence du lien de causalité. De manière générale, les juges recourent à deux théories : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate. D'après la théorie de l'équivalence des conditions, toutes les causes se valent¹²⁰. Chaque élément qui a concouru à la réalisation du dommage en est une cause. Quant à la théorie de la causalité adéquate, il s'agit de ne retenir qu'une seule cause génératrice du dommage; celle qui a mené directement à la réalisation du dommage.

Si la réparation du dommage invoqué exige du prospect qu'il établisse le lien de causalité entre le dommage qu'il a subi et le fait générateur du dommage, force est de constater que cette preuve n'est pas toujours facile à établir. C'est pourquoi il est admis que la preuve du lien de causalité peut se rapporter par tous les moyens. De la sorte, le juge peut forger sa conviction sur de simples indices et présomption de fait afin de condamner la société organisatrice à allouer les dommages intérêts au prospect. Une telle condamnation n'est toutefois possible qu'en l'absence de causes d'exonération¹²¹.

2- La condamnation incertaine aux dommages intérêts

Le fondement de tout recours en dommages-intérêts est la responsabilité civile qui peut être selon le cas « contractuelle » ou « extracontractuelle » si la faute reprochée est le manquement à une obligation prévue par la loi de façon générale régissant les rapports entre personnes. L'article 1371 du Code civil qui fonde le quasi-contrat est assez illustratif à cet égard. Qu'il s'agisse du dommage né de l'inexécution du contrat ou du quasi-contrat, la réparation qui s'opère se fait par le versement d'un capital ou d'une rente. Ces sommes sont des dommages et intérêts. Leur quantification est fonction de la perte subie et du gain manqué¹²². Les juges se réfèrent toutefois au principe de la réparation intégrale du préjudice. Ce principe est l'une des règles majeures du droit de la responsabilité civile¹²³. Mis en exergue par la jurisprudence en l'absence d'une véritable base légale, cette règle se veut d'application universelle quel que soit le type de situation préjudiciable et de préjudice subi¹²⁴. C'est un principe central dans l'octroi des dommages-intérêts qui guide le tribunal à tous les niveaux de son analyse du quantum de la réclamation. Il doit être

¹²⁰ MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit civil Droit des obligations, Op. Cit.*, p.58.

¹²¹ Il s'agit de la force majeure, du fait de la victime et du fait d'un tiers.

¹²² Article 1149 du Code civil.

¹²³ AKAM AKAM (A.), « L'obligation de minimiser le dommage », in *L'obligation Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Harmattan Cameroun, 2015, p. 65.

¹²⁴ Mais en matière contractuelle notamment, cette règle n'est pas d'application stricte. Seul le préjudice prévisible est réparable. L'on ne saurait donc envisager une telle règle en pareille hypothèse.

envisagé comme un véritable droit subjectif au rétablissement offert à la victime¹²⁵. En tant que tel, il doit être mis en mouvement par son titulaire afin qu'il produise les effets de droit qui lui sont attachés et qui s'observent davantage sur la quantification des dommages-intérêts.

Que le dommage soit d'origine contractuelle ou délictuelle, la victime peut légitimement demander au juge la réparation de tout le préjudice subi¹²⁶. Ce principe veut que la réparation octroyée à la victime soit l'équivalent de la totalité du dommage¹²⁷. Elle doit inclure la perte subie et/ou le gain dont il a été privé. Il revient toutefois à la personne qui réclame les dommages-intérêts d'établir l'existence de son préjudice ainsi que le montant qu'il représente. Cette dernière doit également s'acquitter de son obligation de minimiser le dommage sous peine de voir sa réclamation en dommages-intérêts réduite¹²⁸. Cette obligation mise à la charge de la victime exige d'elle qu'elle prenne les mesures raisonnables pour atténuer ou limiter son préjudice. Celles-ci varient selon la nature et l'importance du préjudice subi. Il peut s'agir des mesures conservatoires, réparatrices ou de remplacement¹²⁹. Même si la question de l'application de l'obligation de minimiser le dommage en matière délictuelle reste controversée, nous pensons qu'elle devrait également y être invoquée afin d'imposer à la victime une conduite diligente dans la gestion du dommage.

La question de la fixation des dommages-intérêts dans la mise en jeu de la responsabilité civile a toujours suscité des curiosités. Même si le législateur civil reconnaît à la victime la liberté d'évaluer le montant qu'elle estime être en droit d'obtenir en réparation du préjudice subi, force est de dire qu'il appartient au juge de décider du montant devant lui être alloué en définitive. En prévoyant la responsabilité civile, le législateur n'a pas hésité à l'assortir des conséquences financières d'une faute affectant le patrimoine de la victime. Il prescrit à cet effet que les dommages dus à la victime compensent la perte subie et le gain manqué. L'on devrait donc s'y atteler afin d'évaluer le montant des dommages-intérêts. La perte subie est la compensation de la somme réelle dépensée par le prospect et devenue inutile. Elle correspond à un appauvrissement réel de ce dernier découlant de la faute de la société organisatrice. Le calcul de la perte subie est relativement facile à faire et comprend toutes les dépenses devenues inutiles ainsi que toute

¹²⁵ BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd. Litec, 2009, p. 385.

¹²⁶ AKAM AKAM (A.), « L'obligation de minimiser le dommage », *Op.cit.* p. 65.

¹²⁷ COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Thèse Paris I, PUAM, 2002, p. 12.

¹²⁸ Sur la question de l'obligation de minimiser le dommage, lire AKAM AKAM (A.), « L'obligation de minimiser le dommage », *Op. cit.*, pp.65-85.

¹²⁹ AKAM AKAM (A.), « L'obligation de minimiser le dommage », *Op. cit.*, p. 80.

dépense entraînée par la faute. Le gain manqué représente le profit direct et prévisible que le prospect aurait normalement réalisé si la société organisatrice avait exécuté son obligation. Il vise toute conséquence d'une faute qui empêche le patrimoine de la victime d'être accru. Il faut à cet effet toujours garder à l'esprit le principe de la réparation intégrale du préjudice; la victime ne devant aucunement se retrouver enrichie par l'indemnisation du gain manqué.

Conclusion

L'étude de l'obligation de délivrance de la prestation promise dans les loteries publicitaires en droit camerounais nous a permis de nous rendre compte de la nécessité de la création de cette quatrième catégorie de quasi-contrat qui intervient en marge de la gestion d'affaire, du paiement de l'indu et de l'enrichissement sans cause. Seulement, contrairement à la France où ce quasi-contrat connaît une émergence très poussée sur le plan jurisprudentiel et même législatif¹³⁰, l'on constate qu'au Cameroun, les choses tardent à décoller. Certes quelques textes ont été adoptés en vue de l'encadrement des jeux de hasard, mais cet encadrement reste limité du moment où il ne protège pas à suffisance les consommateurs de jeux de hasard en général et de loteries publicitaires en particulier; ce qui les expose énormément. Ils sont en quelque sorte « *laissés à la merci* » des sociétés organisatrices qui n'exécutent généralement pas la promesse de gain faite. Pourtant, l'on observe une prolifération de ces sociétés sur le territoire camerounais. La nécessité du renforcement des droits des consommateurs des loteries publicitaires s'impose donc avec acuité. Le législateur camerounais a grand intérêt à s'y atteler afin de renforcer l'arsenal juridique existant en la matière. Dans cette optique, il gagnerait à reconnaître explicitement aux loteries publicitaires la qualité de quasi-contrat en les intégrant afin que l'obligation de délivrer le gain promis produise pleinement les effets qui lui sont assignés. De la sorte, les consommateurs de loteries publicitaires seront certains d'obtenir en définitive ce sur quoi ils ont légitimement compté. Il faut d'ailleurs souhaiter qu'ils soient de plus en plus nombreux à agir en réclamation des lots qui leur sont fallacieusement promis afin que les organisateurs de ces jeux soient de plus en plus fréquemment condamnés à délivrer le gain promis; condamnation qui à travers ses fonctions réparatrice et dissuasive permettra à coup sûr d'éviter tous les abus observés en la matière en l'état actuel de la réglementation.

¹³⁰ Bien que n'ayant pas nommé les loteries publicitaires parmi les quasi-contrats, le nouvel article 1300 du Code civil français prévoit la possibilité de faire coexister les contrats innommés. Les loteries publicitaires faisant partie de cette catégorie, c'est à juste titre que l'on ne saurait arguer d'une méconnaissance de ce fondement quasi-contractuel des loteries publicitaires par le législateur français.

Le recours à la transaction dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises en droit CEMAC

The use of transaction in the settlement of disputes arising from the transport of goods under CEMAC law

Par :

Page | 315

Sarah Marie MBANDJI NKAMGANG

Doctorante en Droit privé à l'Université de Douala

Résumé :

Lorsqu'un litige naît du transport de marchandises dans l'espace, les opérateurs économiques tendent de plus en plus à recourir à des modes alternatifs de règlement des différends. Parmi ceux-ci, la transaction semble progressivement occuper une place de choix, à tel point que la doctrine la présente comme une voie de contournement du juge. Mais si on pousse l'étude plus loin, on finit par constater que ce mécanisme n'est pas sans contrainte pour les parties-prenantes, qui peuvent parfois s'enfermer dans son piège. En effet, le juge est incontournable une fois qu'on homologue l'accord de transaction. En plus, l'irrévocabilité de la chose transigée empêche les parties de revenir sur leurs arrangements, si ce n'est pour cause de violence ou d'erreur. Dans le même sillage, la transaction pourrait poser un problème relatif à l'égalité des parties, ainsi que la possibilité pour elles de négocier l'application de la loi, et parfois de porter atteinte à l'ordre public par des conventions particulières. On finit par comprendre que la transaction constitue un mécanisme non pas heureux pour les parties, mais paradoxal.

Mots clés : Transaction, homologation, arrangement, transport de marchandises, ordre public, autorité de la chose transigée

Abstract :

When a dispute arises from the transport of goods in space, economic operators increasingly tend to resort to alternative methods of dispute resolution. Among these, the transaction seems to gradually occupy a place of choice, to the point that the doctrine presents it as a way of circumventing the judge. But if we push the study further, we end up seeing that this mechanism is not without constraints for the stakeholders, who can sometimes lock themselves in its trap. Indeed, the judge is essential once the transaction agreement is approved. In addition, the irrevocability of the thing transacted prevents the parties from going back on their arrangements, except because of violence or error. At the same time, the transaction could pose a problem relating to the equality of the parties, as well as the possibility for them to negotiate the application of the law, and sometimes to undermine public order through specific agreements. We end up understanding that the transaction constitutes a mechanism that is not happy for the parties, but paradoxical.

Keywords: Transaction, approval, arrangement, transport of goods, public order, authority of the thing transacted

Introduction

« *Vaut mieux un mauvais arrangement qu'un bon procès* », telle est l'affirmation souvent avancée pour motiver les justiciables à opter pour la justice alternative. En effet, le consensualisme applicable en matière de transport de marchandises ne se limite pas qu'à sa formation, son exécution et son extinction. Il emporte également le traitement des litiges nés de ce contrat de transport, qui de plus en plus font face aux apories de la justice étatique. Parmi ces instruments de la justice alternative, la transaction se positionne comme l'institution la moins onéreuse et la plus aisée à mettre en œuvre. Cela peut s'expliquer par le fait qu'elle ne nécessite pas l'intervention d'un tiers ou d'un dispositif juridictionnel. Il semble plus pertinent de s'attarder sur elle. Dans la configuration de cette réflexion, les termes suivants nécessitent une clarification : transaction, litiges, et transport de marchandises. D'après le Vocabulaire de Gérard CORNU, la transaction renvoie à un « *contrat par lequel les parties à un litige déjà porté devant un tribunal ou seulement né entre elles y mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques* »¹. C'est cette même définition qui est dégagée par le Code civil applicable au Cameroun. Il ressort de cette définition que la transaction est un contrat², mais également un contrat d'extinction, voire de règlement des litiges entre parties. Le considérer renvoie à rattacher la transaction à la catégorie des actes juridiques, par opposition aux faits juridiques³. La transaction se rattache alors aux actes de volonté formalisés en vue de produire des effets de droit. Elle se distingue elle des autres mécanismes tels que la conciliation, l'arbitrage et la médiation⁴. La transaction fait partie intégrante de la justice alternative. La justice privée trouve son fondement dans les modes alternatifs de règlement de différends connus sous l'acronyme de MARD, de MARC⁵ ou de MARL⁶ ou encore les ADR⁷, compte tenu du multiculturalisme de l'espace juridique OHADA

¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, 2020, p. 1026.

² ALI SIDIBE, *Recherche sur l'équilibre dans l'exécution du contrat de transport de marchandises par route : étude comparée droits OHADA et français : essai de contribution à la législation communautaire OHADA*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2019, p. 21/

³ La distinction entre actes juridiques et faits juridiques constitue l'une des plus vieilles distinctions, qui a considérablement fait évoluer le Droit des obligations.

⁴ Cf. Acte Uniforme du 22 mars 2003 relatif au contrat de Transport de Marchandises par Route (AUCTMR)

⁵ Modes Alternatifs de Règlement de Conflits, voir, TAGNE TOIKADE (T.S.), « La conciliation en droit judiciaire privé camerounais », hal-01333621, 2016, p 1.

⁶ Modes Alternatifs de Règlement des litiges, voir CADIET (L.), « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », in *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2011, pp. 147-167. P 148 ; AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *op cit*, p 9.

⁷ Entendu comme les moyens non judiciaires de résolution des conflits, y inclure entre autres, l'arbitrage, la médiation et la conciliation, de même que le règlement d'une controverse par une personne neutre, cf. Y DESDEVISES, *Accès au droit/accès à la justice*, CADIET (L.) (*dir*), *Dictionnaire de la justice*, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 2004, p 1. TAGNE TOIKADE (T. S.), *op cit*, p 3 ; C POLI, « OHADA et Médiation : enfin un acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », n°4, 2018, p 34.

ayant pour source le droit français et la common law⁸. Le litige lui, est synonyme de différend, de conflit. Il équivaut au procès lorsqu'il est porté devant les juridictions. C'est une opposition entre deux parties sur une question de droit. Elle peut être portée devant une instance juridictionnelle ou non. Le transport de marchandises enfin, se traduit par un contrat passé entre un professionnel et un profane, par lequel il s'engage à transporter ses marchandises d'un point à un autre⁹. C'est un contrat synallagmatique, qui tout naturellement oblige aussi bien le transporteur que le propriétaire de la marchandise¹⁰. Le contrat de transport se démarque fondamentalement des contrats unilatéraux, qui ne mettent d'obligations qu'à la charge d'une partie. Le contrat de transport, comme il peut ressortir des textes et de la jurisprudence peut s'effectuer au travers de plusieurs moyens. On peut alors distinguer le transport terrestre, le transport aérien, le transport maritime qui intéresse la présente étude. Le transport en lui-même peut consister en l'acheminement des personnes ou des biens. Sur le plan technique du droit des transports, il existe des contrats qui ne doivent pas se confondre avec le contrat de transport¹¹. En termes de contextes, il faut remarquer que la justice alternative est consubstantielle aux milieux des affaires, qui sont enclins à la célérité et l'impartialité. On comprend tout de suite que le contrat de transport, qui comporte assez de cas d'illégalités contractuelles, se prête suffisamment à la justice alternative. Au regard des considérations ci-dessus évoqués, l'interrogation la mieux adéquate est la suivante : La transaction telle qu'aménagée dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises garantit-elle suffisamment les intérêts des parties ? Pour répondre à cette préoccupation, on peut constater qu'au regard des textes juridiques et de la jurisprudence, la transaction dans les litiges nés du transport de marchandises garantit les intérêts des parties de manière mitigée. Ce caractère mitigé s'explique par le fait que la transaction certes, comporte assez d'avantages pour les différentes parties, mais comporte autant, des multiples inconvénients. De manière pratique, la réponse à cette question permettra de présenter les différents avantages et inconvénients de la mise en œuvre de la transaction dans le cadre des litiges en matière de transport de marchandises. S'il y'a bien de raisons de célébrer la transaction en tant que modalité alternative de règlement des

⁸ NGNIE KAMGA (J. F.), 6^{ème} conférence SOAS sur l'arbitrage en Afrique, le centre de médiation et d'arbitrage du GICAM, Rapport, Douala du 10 au 12 mars 2020.

⁹ C'est aussi un contrat par lequel, moyennant rétribution, un opérateur professionnel, le transporteur ou voiturier, se charge, selon un mode de transport et un itinéraire déterminés, de déplacer une certaine quantité de marchandise appartenant à autrui d'un lieu à un autre.

¹⁰ KENGUEP (E.), *Le droit maritime de la CEMAC à l'ère de la réforme*, Douala, Editions CRAF, 2020-2021, p. 15. Lire également KENGUEP (E.), *Droit de la mer et de l'exploitation des ressources halieutiques*, Douala, CRAF 2015-2016, p. 29.

¹¹ On peut par exemple convoquer le contrat de transit.

litiges nés du transport de marchandises (I), il existe bien de raisons de se méfier de ce mécanisme, qui pourrait bien se transformer en piège pour les différentes parties (II).

I- L'ESSOR AMENAGE DE LA TRANSACTION DANS LE REGLEMENT DES LITIGES NES DU TRANSPORT DE MARCHANDISES

Page | 319

La transaction en particulier, comme la justice alternative en général a réussi à s'imposer comme une véritable voie autre que la justice étatique. En effet, c'est parce qu'elle comporte assez d'avantages que les parties ne bénéficieraient dans les institutions de la justice étatique. Néanmoins, cette attractivité de la transaction dans la résolution des différends en matière de transport de marchandises trouve des facteurs explicatifs diversifiés et compréhensibles (A). Ainsi, ce positionnement de la transaction est dû aux diverses avantages qu'il peut procurer aux parties (B), par opposition à la justice étatique.

A- La diversité des raisons du recours à la transaction dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises

Il faudrait partir de la considération selon laquelle, c'est la volonté de mettre un terme au différend qui les oppose que les parties décident finalement d'opter pour une transaction. Ainsi, tant le transporteur que le client peuvent proposer la transaction. Pour mieux comprendre le rôle que joue chacun, il semble indispensable de visiter la configuration d'un contrat de transport de marchandises, qui fait intervenir nécessairement un professionnel transporteur et un client, qui n'est nécessairement pas professionnel. Au regard de ces différentes considérations, il semble important de préciser que la nature contractuelle de la transaction suppose qu'elle contienne un certain nombre d'informations, parmi lesquelles : le motif de la transaction, l'objet de la transaction, la proposition des termes de la transaction et les différentes conclusions¹².

Une incursion dans le milieu des affaires explique les acteurs économiques se seraient tournés vers la justice étatique. Mais de plus en plus, cette piste semble abandonnée par les parties, qui optent de plus en plus pour des mécanismes de résolution qui remplissent leurs objectifs de sécurité et de célérité.

¹² Il s'agit ici d'une inspiration émanant du contenu d'une transaction en matière fiscale. Elle semble bien constituer un terrain expérimental pour des réappropriations dans le cadre du transport de marchandises. Cf. *Code Général des Impôts*, 2024, articles L 125 et suivants.

On constate de nombreux dysfonctionnements au sein de la justice étatique, qui remet en cause les objectifs de cette dernière : la pertinence des jugements rendu tant sur le fond que sur la forme avec les condamnations souvent déconnectées de la seule et nécessaire interprétation des contrats lorsqu'ils en existent¹³. L'on peut percevoir le dysfonctionnement de la justice étatique dans son aspect fonctionnel, qu'institutionnel : matérielle et organique.

La justice étatique dans son fonctionnement en Afrique en général se caractérise par la lenteur ou lourdeur de procédures, et les difficultés d'exécution des décisions¹⁴. La difficile exécution des décisions des juridictions entraînent la désaffection et la perte de confiance dans le système judiciaire¹⁵, et par conséquent dans le personnel judiciaire et policier¹⁶; d'où la réticence des investisseurs¹⁷. D'après Philippe TIGER, cette insécurité est perceptible de diverse manière « *par des décisions contestables, des décisions en délibérée depuis plusieurs années. Des exécutions impossibles, des négligences diverses des règles de déontologie et des renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi (...)* ». En outre, la justice de l'Etat, est rejetée à cause de la rigidité, de la complexité et de la durée excessive, voire interminable des procédures¹⁸. La recherche d'une justice administrée autrement trouve son essence, car elle se base sur les principes de volonté, pour une solution plus ou moins consensuelle, aptes à maintenir les relations économiques¹⁹. En plus, les investisseurs préfèrent un droit négocié, mou (*soft law*), qu'un droit strict²⁰. Le plus important étant la place de la justice pour les citoyens. Elle est une vertu cardinale à laquelle tous aspirent²¹.

Concernant l'institution matérielle, la justice étatique laisse entrevoir l'accès au droit et aux institutions judiciaires qui se heurte aux problèmes de langues et de cultures. Sur l'aspect géographique, les justiciables se plaignent de structures peu adaptées pour la diffusion du droit, de l'éloignement des tribunaux qui ne se trouve que dans les arrondissements et même de

¹³ Emmanuel DE TAILLY, 6^{ème} conférence SOAS sur l'arbitrage en Afrique, le centre de médiation et d'arbitrage du GICAM, Allocution, Douala du 10 au 12 mars 2020.

¹⁴ DIAKTE (M.), *op cit*, p 14; NJUPOUEN (I.B.R.), *op cit*, p14; CHOUARUPOUO NDASSA (M. K.), *op cit*, p 6.

¹⁵ CHOUARUPOUO NDASSA (M. K.), *op cit*, p 6.

¹⁶ NGOUMBANGO KOHETTO (J.), *L'accès au droit et à la justice des citoyens en République Centrafricaine*, thèse de Droit privé, Université de Bourgogne, 2013, p VII.

¹⁷ Philippe Tiger, cité par CHOUARUPOUO NDASSA (M. K.), *op cit*, p 6.

¹⁸ COHEN (D.), « Justice publique et justice privée », *in Philosophie*, vol 41, 1997, pp.149-161, p 149. <http://www.philosophie-droit.asso.fr>. Consulté le 7 septembre 2023.

¹⁹ *Ibid*, p149.

²⁰ *Ibid*, p149.

²¹ NJUPOUEN (I.B.R.), *op cit*, p 8.

l'insuffisance des infrastructures, voire de l'absence ; en plus de l'imprévisibilité des tribunaux²². En outre, on dénote un manque de matériels nécessaires pour faire face à la densité des contentieux²³.

Dans l'aspect organique, l'insécurité juridique apparaît tel une conséquence de l'insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice en matière économique et financière, puis de l'insuffisance des moyens humains et matériel dont fait preuve les juridictions²⁴, sans ignorer la corruption des systèmes judiciaires²⁵.

En effet, compte tenu des critiques formulées incessamment par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose pas des moyens matériels nécessaires pouvant permettre de faire face à l'augmentation du contentieux, à sa diversité et à sa complexité. Les périodes de faiblesse de la souveraineté étatique dans sa fonction de garantie de paix intérieure, entraîneraient un affaiblissement corrélatif de la justice publique et permet par conséquent les modes de résolution négociés²⁶.

La judiciarisation de notre société appelle paradoxalement à un recentrement du juge sur le cœur de son office. Tous les différends ne sauraient être réglés par lui. Le souci entre autres de désengorgement de la justice étatique et de garantir la sécurité et judiciaire des investissements, promeut d'autres modes de régulation sociale qui peuvent être utilisés, soit en remplacement, soit en complément de son intervention : des modes plus horizontaux, plus souples, plus efficaces, plus rapides aussi, qui ménagent l'avenir et, en particulier, la qualité des rapports humains et sociaux²⁷. C'est en particulier le cas lorsque des personnes entrées en conflit sont appelées à se côtoyer durablement : le « *rituel judiciaire* » apparaît alors peu adapté à l'apaisement des relations entre un agent et son service, ou entre un usager et son administration de proximité. C'est aussi le cas lorsque les difficultés d'exécution d'un contrat appellent un règlement rapide et technique dans l'intérêt du service public et d'une bonne gestion des deniers publics²⁸.

²² *Ibid*, p 8.

²³ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *op cit*, p 11.

²⁴ CHOUARUPOUO NDASSA (M. K.), *op cit*, p 6.

²⁵ *Ibid*, p 6.

²⁶ CASTELAIN (S.), *La résolution des conflits : justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, Rapport de recherche, Convention de recherche GIP Mission de Recherche Droit et Justice, n°500530, Lille, Septembre 2008, P 4.

²⁷ SAUVE (J.-M.), *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative*, Colloque organisé par le Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France, Maison du Barreau de Paris, le mercredi 17 juin 2015, p.1.

²⁸ *Ibid*, p1.

B- La pluralité des vertus et des formes de la transaction

La justice alternative est dite flexible au regard de la diversité des modes alternatifs de règlement des différends, de leur adaptabilité et de leurs avantages.

La diversité des modes alternatifs de règlement des différends offre la possibilité aux parties de choisir dans la clause compromissoire ou le compromis, le mode qui sied au mieux à leur litige. Les modes alternatifs de règlement de différends sont divers et de nature divergente. L'arbitrage est un mode conventionnel et juridictionnel et aussi, une justice pour les parties huppées²⁹, contrairement à la médiation, la conciliation, la transaction, la négociation³⁰ qui sont les modes non juridictionnels, voire amiable, en plus du droit collaboratif, de la procédure participative³¹ et la justice restauratrice³². Les modes alternatifs de règlement de différends sont également connus sous l'appellation de mini-trial³³, expression venue d'outre-Atlantique sous le vocable d'Alternative Disputes Resolution³⁴. En outre, les modes alternatifs de règlement des différends sont en plus de leurs diversités, animés par les esprits selon la matière³⁵ envisagée ou selon les modalités d'utilisation : en ligne, par action de groupe, par procédure collective ou par simples rapports individuels³⁶.

L'adaptabilité des modes alternatifs aux différends nés d'un rapport civil ou commercial. les MARL qui apparaissent comme une solution adaptée³⁷ au regard de leurs qualités propres³⁸; ce qui pourrait justifier sans doute le choix de la justice alternative dans les Etats membres de l'OHADA. Plusieurs études démontrent d'ailleurs l'engouement croissant que connaît la pratique des MARD car, les entreprises interrogées ont affirmé leur satisfaction et entendent y recourir à l'avenir pour le règlement de leurs différends d'affaires³⁹.

Les modes alternatifs de règlement de différends disposent de plus d'un atout qui séduisent de plus en plus les agents économiques : la célérité des procédures, la maîtrise du coût, le respect

²⁹COHEN (D.), *op cit*, p152.

³⁰ *Ibid*, p151.

³¹ Guide sur les MARC, Société d'Avocats, Edito, Lexavoué, p 7. Consulté le 05 juin 2022.

³² JARROSSON (C.), Cf. TRICOIT (J.-P.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, 1^{er} édition, Gualino, France, 2019, p6.

³³ Il s'agit d'un procès fictif, qui dans un premier temps à simuler un procès devant un tiers indépendant (neutral advisor) avant tout débat de négociation entre les parties. Cf. COHEN (D.), *op cit*, p151.

³⁴ *Ibid*, p150.

³⁵ Commerciale, civile, familiale, pénale, administrative, sociale et financière.

³⁶ TRICOIT (J.-P.), *op cit*, p 6.

³⁷ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *op cit*, p 11.

³⁸ *Ibid*, p10.

³⁹ *Ibid*, p 10.

de la volonté des parties qui en plus choisissent librement les règles régissant leur litige, la confidentialité des procédures et la spécialisation des arbitres ou les médiateurs⁴⁰. Contrairement à la justice étatique, la justice privée se caractérise par la volonté conjointe que les parties manifestent dans le but d'échapper à la justice classique normalement compétente dans l'ordre interne⁴¹. Le règlement des conflits par les modes alternatifs ne cesse de se développer car, ils incarnent comme le décrit cet auteur, dans leur « *archè* » et dans leur « *thélos* », une dynamique de production d'une « *justice douce* », partie de la volonté des parties, ou sous l'égide d'un tiers ou même d'un juge⁴². Les juges sont tantôt des professionnels ou des fonctionnaires dotés d'un statut de magistrat recrutés par chaque Etat partie et qui siègent à la CCJA, tantôt de simples particuliers élus par leurs pairs, qui exercent cette fonction gratuitement. Il s'agit des commerçants comme juges consulaires des tribunaux de commerce, employeurs élus par les employeurs et salariés pour trancher les conflits individuels du travail, aux conseils de prud'hommes⁴³. L'objectif étant de renforcer avec l'adoption des Actes Uniformes relatif à l'arbitrage et à la médiation, la transparence, la rapidité et l'efficacité des procédures de règlement dans l'espace OHADA et par conséquent renforcer la confiance des investisseurs et améliorer le climat des affaires⁴⁴.

S'agissant spécifiquement le cas de la transaction dans le règlement des litiges en matière de transport des marchandises, il faut noter qu'elle comporte un certain nombre d'avantages pour les parties. En effet, elle permet aux parties d'éviter les pertes de temps occasionnées par les litiges devant les juridictions étatiques, étant donné que « le temps c'est de l'argent ». Il permet également aux opérateurs économiques de protéger leur réputation qui serait à coup sûr écorchée si le litige se déroulait devant les institutions judiciaires étatiques, caractérisées par le principe de publicité. Comme il est constaté généralement, un simple soupçon sur la probité d'un professionnel du transport des marchandises en Afrique centrale pourrait avoir un impact négatif sur productivité. La transaction permet enfin aux différentes parties dans un contrat de transport, de protéger leur liberté contractuelle, étant donné qu'on trouve devant un instrument conventionnel. Contrairement à une justice étatique qui serait imposée, la transaction offre la possibilité aux parties de négocier

⁴⁰ Emmanuel DE TAILLY, *op cit.*

⁴¹ COHEN (D.), *op cit.*, p154.

⁴² KUATE TAMEGHE (S.S), *La justice, ses métiers, ses procédures*, OHADA Union Africaine Nations Unies Afrique Centrale Afrique de l'Ouest Cameroun, L'Harmattan, Paris, Série Droit, 2016, p 23.

⁴³ TAGNE TOIKADE (T.S.), *op cit.*, p 2.

⁴⁴ Emmanuel DE TAILLY, *op cit.*

à nouveau pour mettre fin au différend. C'est certainement dans ce sens que LEPELLETIER, dans ses travaux relatifs à la réception de la transaction en droit romain et français :

« Le contrat que nous prenons pour objet de cette étude est un de ceux dont l'utilité a, de tout temps, été proclamée et que le législateur a vu avec la plus grande faveur. Son but est la raison même de sa persistance à tous les âges de l'histoire du droit. Transiger c'est, en effet, résoudre à l'amiable les différends et les procès, c'est éviter, par un échange de concessions librement discutées et librement consenties, les frais, les longueurs et les incertitudes des contestations judiciaires »⁴⁵.

Toutefois, l'application de la transaction dans la résolution des litiges nés des transports de marchandises peut paraître ambiguë.

II-LE SORT CONTROVERSE DE LA TRANSACTION DANS LE REGLEMENT DES LITIGES NES DU TRANSPORT DE MARCHANDISES

Il n'est plus à démontrer que la mise en œuvre de la transaction dans la résolution des litiges nés des transports de marchandises possède de nombreux avantages. Il leur permet d'éviter les différents aléas que peuvent causer la justice étatique, de gagner en termes de sécurité et de célérité. Néanmoins, il peut comporter des dangers pour les intérêts des parties (A). En plus de cela, il semblerait qu'il soit concurrencé par les autres MARD (B).

A- Un mécanisme comportant des dangers pour les intérêts des parties en litige

La transaction peut comporter des dangers pour les intérêts des parties pour plusieurs raisons. En effet, elle est aboutie lorsque les deux parties ont donné leur accord, elle permet aux parties de négocier l'application de la loi, alors même que tous les citoyens sont égaux devant la loi, et enfin, l'accord de transaction n'est pas indépendant.

En ce qui concerne l'exigence de l'accord des deux parties, il faut dire que la transaction, pour qu'elle aboutisse nécessite l'accord des deux parties. En effet, excluant l'intervention d'un tiers, la transaction court, le plus souvent le risque d'échouer parce que les parties refusent le plus souvent de faire des concessions réciproques. Sans ces dernières, il serait quasi impossible d'avoir une transaction ayant fait l'unanimité entre les parties. Cela peut justifier les recours intentés par

⁴⁵ PELLETIER (F.), De la transaction en droit romain et en droit français, thèse dactylographiée, Faculté de droit de Caen, 1890, p. 1 cité par PONSARD (A-L.), La transaction administrative, Thèse de droit soutenue le 19 novembre 2015, Université de Paris Ouest Nanterre La défense, 668p.

la partie malheureuse devant le juge pour solliciter la nullité de l'accord de transaction, motif pris de ce que la formation de la transaction comporterait des vices de consentement⁴⁶. S'agissant deuxièmement de la négociation de la loi par les parties, il faut dire que la transaction offre la possibilité aux parties de négocier la loi qu'ils appliqueront pour résoudre ou mettre un terme au différend. Cela peut poser problème lorsqu'on sait que certaines dispositions régissant le contrat de transport de marchandises sont d'ordre public, et donc ne saurait être déroguées par des conventions particulières. Cette situation crée de ce fait même une inégalité entre les parties qui font recours à la justice étatique et ceux qui optent pour la transaction, nonobstant le principe d'égalité des citoyens devant la loi, soit qu'elle protège, soit qu'elle sanctionne. Enfin, pour parler de l'autorité de l'accord en matière de transaction, le Code civil parle de l'autorité de la chose transigée, pour désigner l'autorité attachée à l'accord de transaction. Toutefois, il faut dire que l'accord de transaction nécessite en dernier ressort l'intervention d'un juge étatique pour l'homologation. En effet, la transaction peut avoir lieu à n'importe quel moment entre les parties, même si l'on est en procès, même si le procès est suffisamment avancé comme il ressort de l'article 2044 du Code civil. Une fois signé, l'accord de transaction revêt l'autorité de la chose transigée entre les parties. Mais pour qu'elle soit exécutée, il faudrait bien qu'elles saisissent un juge pour homologation, de sorte que le protocole devienne un titre exécutoire, ayant la même valeur qu'un jugement⁴⁷. Une fois que l'accord de transaction a été validé par les parties, il devient impossible de le révoquer. Cette impossibilité peut priver les parties d'un droit précieux tirant son fondement de la liberté contractuelle. Parmi les modes alternatifs de règlement des différends, on peut tout aussi constater que la transaction est concurrencée.

B- Un mécanisme comportant des concurrents dans les modes alternatifs

Si aujourd'hui on a fini par comprendre que la transaction comme mode de résolution des litiges nés du transport de marchandises comporte des lacunes, c'est aussi parce qu'il est concurrencé par les autres modes de justice alternative tels que l'arbitrage, la médiation et la conciliation. La notion de justice alternative est née de la déclinaison de la justice dans sa conception institutionnelle. La justice se décline en justice privée et en justice publique⁴⁸. La justice publique, est le droit soumis à l'administration étatique ou régissant les rapports entre

⁴⁶ HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, op.cit. p. 78. Cf. article 2053 du Code civil applicable au Cameroun.

⁴⁷ Art. 2044 du Code civil applicable au Cameroun.

⁴⁸ COHEN (D.), *op cit*, p149.

l'administration et les administrés. Il s'agit en d'autres termes de la justice de l'Etat⁴⁹. A côté de cette dernière, se trouve la justice privée⁵⁰ ou justice parallèle⁵¹. Elle n'est pas la justice domestique exercée en famille, ni les phénomènes de vengeance⁵². Mais une justice alternative à la justice étatique⁵³. L'arbitrage, la médiation et la conciliation apparaissent comme de véritables alternatives à la justice étatique grâce à leurs objectifs et les modalités de leur mise en œuvre⁵⁴. En effet, toute personne qui veut se passer de la justice étatique passerait par là car, se fonde sur la volonté manifestée par le choix des partisans d'échapper à la juridiction étatique en principe compétente dans l'ordre interne ou aux ordres juridiques étatiques en matière internationale⁵⁵. Ainsi, l'arbitrage et la médiation apparaissent comme de véritables « alternatifs » à la justice étatique⁵⁶. A cette idée, les doctrines divergent. Pour Jean TIMSIT, la médiation n'est pas une justice alternative, mais une alternative à la justice tranchée par un juge étatique au terme d'un procès⁵⁷. En effet, l'intervention du juge étatique dans toutes les étapes des modes alternatifs⁵⁸ d'une part et désengorgement de la justice étatique par le recours à ces modes, d'autre part démontrent suffisamment la complémentarité des deux justices⁵⁹.

La justice privée trouve son fondement dans les modes alternatifs de règlement de différends connus sous l'acronyme de MARD, de MARC⁶⁰ ou de MARL⁶¹ ou encore les ADR⁶²,

⁴⁹ *Ibid*, p 149.

⁵⁰ KOUCHANOU (B.L.M.), *op cit*, p9.

⁵¹ NJUPOUEN (I.B.R.), *op cit*, p 34.

⁵² La justice que chacun veut se rendre à lui-même lorsqu'une partie estime que ses intérêts sont lésés et s'érige en juge pour sanctionner l'autre. Exceptionnellement en cas de légitime défense, contre-mesures en droit international public ou la contrainte exercée par le créancier sur le débiteur en matière contractuelle. Cf. *Ibid*, p150.

⁵³ *Ibid*, p150.

⁵⁴ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *op cit*, p 10.

⁵⁵ COHEN (D.), *op cit*, p 149.

⁵⁶ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA), L.G.D.J Lextenso, France, 2018, p 10 ; Emmanuel DE TAILLY, 6ème conférence SOAS sur l'arbitrage en Afrique, le centre de médiation et d'arbitrage du GICAM, Allocution, Douala du 10 au 12 mars 2020.

⁵⁷ TRICOIT (J.-P.), *op cit*, p.27.

⁵⁸ L'intervention du juge dans le déclenchement par le choix des acteurs et de la loi applicable, dans le dénouement par la prise des mesures conservatoire et provisoire et la récusation des acteurs et en fin dans la reconnaissance de la décision ou de l'accord. Pour ne citer que cela.

⁵⁹ RIENSTRA (D.), Règlement des litiges commerciaux : arbitrage et règlement alternatif des différends, 2e édition, Centre du Commerce Internationale (ITC), Genève, 2016, P IX.

⁶⁰ Modes Alternatifs de Règlement de Conflits, voir, TAGNE TOIKADE (T.S.), « La conciliation en droit judiciaire privé camerounais », hal-01333621, 2016, p 1.

⁶¹ Modes Alternatifs de Règlement des litiges, voir CADIET (L.), « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », in *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2011, pp. 147-167. P 148 ; AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *op cit*, p 9.

⁶² Entendu comme les moyens non judiciaires de résolution des conflits, y inclure entre autres, l'arbitrage, la médiation et la conciliation, de même que le règlement d'une controverse par une personne neutre, cf. Y DESDEVISES, Accès au droit/accès à la justice, CADIET (L.) (*dir*), Dictionnaire de la justice, 1er édition, PUF, Paris, 2004, p 1. TAGNE

compte tenu du multiculturalisme de l'espace juridique OHADA ayant pour source le droit français et la common law⁶³. Il importe de s'appesantir sur la clarification de ces acronymes pour savoir dans quel champ terminologique nous devons classer cette étude. En effet, il est souvent employé pour faire référence à ces modes, plus d'une expression et termes⁶⁴ selon le bon vouloir de son utilisateur. Les expressions phares sont : modes amiables de résolution des différends et modes alternatifs de règlement des différends car, constituent une catégorie juridique ; dont la dernière semble la plus vaste⁶⁵. Le terme alternatif est expliqué supra. Le terme amiable dans l'expression modes amiables, différent du terme alternatif, renvoie aux processus fondés sur la rencontre des volontés et sur le libre consentement dans toutes les étapes de la procédure⁶⁶. En outre, les expressions : résolution⁶⁷ et règlement, proches mais de portée symbolique et signification juridique différente. Nous retenons en l'espèce l'expression règlement qui porte en lui la marque des MARD. Au-delà de la résolution, évoquer le règlement, revient à l'apaisement. En d'autres termes dire résoudre un conflit, c'est l'effacer malgré les traits indélébiles. Alors que le régler, c'est vivre avec et avoir de moindres considération, voire dépasser. Le terme règlement est celui qui cadre mieux pour ce travail.

Par ailleurs, il est tout aussi nécessaire de mettre en exergue la différence qui existe entre ces termes : Conflit, différend et litige. Bien que très proches, ils demeurent différent sur le plan juridique. Le conflit englobe le litige, en ce sens qu'il fait référence aux difficultés relationnelles de toute nature. Il s'agit de « *l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision* »⁶⁸. Par contre, le différend a plus une signification juridique, puisqu'il s'entend comme « *un désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction* »⁶⁹. Compte tenu du domaine et de valeur de chacun des termes, il est préférable d'utiliser les termes conflit et différend dans cette étude.

TOIKADE (T. S.), *op cit*, p 3 ; C POLI, « OHADA et Médiation : enfin un acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », n°4, 2018, p 34.

⁶³ NGNIE KAMGA (J. F.), 6^e conférence SOAS sur l'arbitrage en Afrique, le centre de médiation et d'arbitrage du GICAM, Rapport, Douala du 10 au 12 mars 2020.

⁶⁴ « *Règlement amiable des litiges* », « *résolution amiable des différends* », « *règlement amiable* », « *modes alternatifs de résolution des litiges* », « *modes alternatifs de règlement des différends* », « *règlement extrajudiciaire* », ou « *modes alternatifs de règlement des litiges* ». Voir, TRICOIT (J.-P.), *op cit*, p. 26-27.

⁶⁵ Les modes amiables expriment la façon dont on fait usage du procédé. *Ibid*, p.27.

⁶⁶ *Ibid*, p27.

⁶⁷ La résolution est une technique de droit des contrats qui se définit comme étant l'annulation, en principe rétroactive, d'un contrat synallagmatique en cas d'inexécution. *Ibid*, p27.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ *Ibid*.

Les MARC sont une justice⁷⁰. Ils désignent de manière générale, l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits⁷¹. Les MARD peuvent être définis sous plusieurs aspects, soit comme une institution, soit comme un droit objectif, soit comme une finalité des actes juridiques⁷².

Comme institution, il s'agit des mécanismes par lesquelles un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties. Des techniques commerciales qui entrent sans aucun doute dans le champ d'application du traité d'un rituel dans la mesure où leur mise en œuvre se réalise par des mécanismes juridiques et processuels appropriés qu'il faut apprendre et appréhender⁷³.

Comme droit objectif, les MARD sont des conventions par les parties soumettent leur différend au jugement des particuliers qu'elles ont choisi. Vue sous l'angle de la finalité, les MARC, s'entend comme la décision d'une contestation par des particuliers choisis par d'autres particuliers au moyen d'une convention. Il convient de souligner le lien indéniablement le rapport manifeste entre la pratique des MARD et les valeurs et /ou règle endogènes dans les relations et cultures africaines, par exemple l' « *Uhushingantahe* » du Burundi, ou l' « *Agacaca* » du Rwanda⁷⁴.

Conclusion

A l'issue de cette réflexion qui portait sur l'application de la transaction dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises, il partit de la fonction de ce mécanisme dans la protection des intérêts des parties en présence. Pour répondre à cette préoccupation, on a d'abord présenté le caractère louable de ce mécanisme. En effet, son recours se justifiait par les diverses lacunes observables dans le règlement devant le juge étatique, ainsi que les différentes attentes des opérateurs économiques dans les milieux d'affaires. On a pu constater que la justice étatique devenait de plus en plus inhabile à répondre à ces attentes. Toutefois, malgré les divers avantages qu'offre la transaction dans la sécurisation de leurs intérêts, il en ressort qu'elle présenterait quelques dangers non moins négligeables. Entre autres, ce mécanisme comporte un caractère

⁷⁰ TCHAKOUTE PATIE (C.), *op cit*.

⁷¹ CADIET (L.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », AMRANI-MEKKI (S.), CADIET (L.), CHARPENEL (Y.), DEWOST (J-L.), GONOD (P.), MAGENDIE (J.-C.) PIWNICA (E.), Yvon (R.), TANDEAU DE MARSAC (S.), TIMSIT (M.) (dir), *La médiation, société de législation comparée, lex multiplex jus UNUM*, Dalloz, Paris, 2009, p 14.

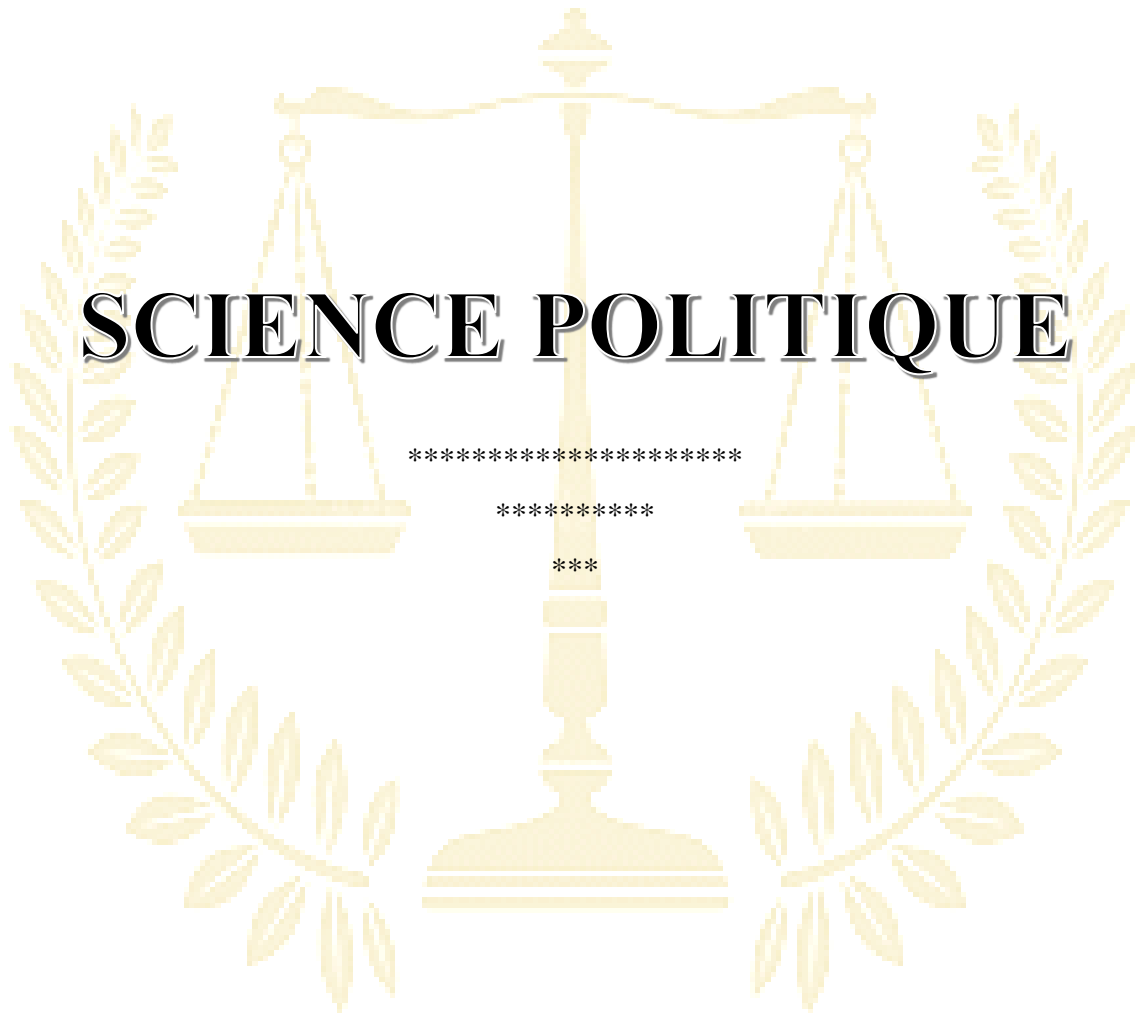
⁷² DOUAJNI KENFACK (G), « L'obligation dans l'arbitrage OHADA », ANOUKAHA (F), OLINGA (A.D.) (dir), *L'obligation : étude offertes au professeur Paul Gérard POUGOUE*, Harmattan, Cameroun, P 411.

⁷³ TCHAKOUTE PATIE (C.), *op cit*.

⁷⁴ TAGNE TOIKADE (T.S.), *op cit*, p.10.

irrévocable une fois que l'accord est intervenu, il installe un terrain favorable à une iniquité entre les armes des parties, transformant la convention en jeu d'aller sans retour possible. C'est certainement pour ces divers manquements qu'il est concurrencé par les autres MARD tels que l'arbitrage, la conciliation et la médiation. La transaction se présente dans le règlement des litiges nés du transport de marchandises comme un mal nécessaire pour les parties, sans être la seule alternative.





La mobilisation de la société civile dans la lutte contre la corruption au Cameroun : analyse d'une implication sous-optimale dans une action publique

The mobilization of the civil society in the fight against corruption in Cameroon: analysis of sub-optimal involvement in a public action

Page | 330

Par :

André TCHOUPIE

Professeur titulaire/Université de Dschang (Cameroun)

TAGNE KOMMEGNE Sandrine Carole

Chargée de cours/ Université de Dschang (Cameroun)

Résumé :

En postulant que les problèmes publics sont le produit d'un travail social qui engage la mobilisation d'acteurs divers, il devient intéressant d'observer les dynamiques par lesquelles les entrepreneurs sociaux, particulièrement les acteurs de la société civile se mobilisent pour et dans la lutte contre la corruption au Cameroun, assurent la longévité de cette lutte dans l'espace public et suscitent son inscription et surtout son maintien sur l'agenda gouvernemental. Les questions auxquelles cette étude essaye de trouver des éléments de réponse sont : comment les acteurs de la société civile camerounaise se mobilisent-ils dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés dans le pays? Pourquoi ce fléau persiste-t-il endémiquement dans le champ socio-politique national en dépit de la permanence de la lutte pour son éradication ? Nous posons à la suite de ces questions que les acteurs de la société civile camerounaise se mobilisent dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés dans le pays de manière ambivalente car autant ils s'investissent constamment avec détermination dans le mouvement anticorruption, autant ils opposent le plus souvent une remarquable résistance à la dynamique étatique de son éradication. Le néo-institutionnalisme, surtout celui du choix rationnel paraît ici pertinent pour rendre compte des dynamiques par lesquelles des acteurs de la société civile camerounaise se livrent à un double jeu dans leurs mobilisations dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun.

Mots clés : mobilisation, société civile, corruption, action publique

Abstract:

By postulating that public problems are the product of social work which involves the mobilization of various actors, it becomes interesting to observe the dynamics by which social entrepreneurs, and more particularly civil society actors, mobilize for and in the fight against corruption in Cameroon, ensure the longevity of this fight in the public space and encourage its inclusion and especially its maintenance on the government agenda. The questions to which this study attempts to find answers are: how are the actors of Cameroonian civil society mobilizing in the fight against corruption and related phenomena in the country? Why does this scourge persist endemically in the national socio-political field despite the permanence of the fight for its eradication? Following these questions, we ask that the actors of Cameroonian civil society are mobilizing in the fight against corruption and related phenomena in the country in an ambivalent manner because as much as they constantly invest with determination in the anti-corruption movement, they also most often put up remarkable resistance to the state dynamic of its eradication. Neo-institutionalism, and more particularly that of rational choice, appears in this perspective as a relevant theoretical framework to account for the dynamics through which actors in Cameroonian civil society engage in a double game in their mobilizations in the fight against corruption and related phenomena in Cameroon.

Keys words: mobilization, civil society, corruption, public action

Introduction

S'il est vrai que tous les problèmes sociaux sont des constructions¹, il est tout aussi évident que toutes les situations sociales, même les plus préoccupantes, ne sont pas automatiquement érigées au rang des problèmes publics. Les problèmes publics étant ainsi le fruit d'un travail d'étiquetage, de labellisation accompli par des entrepreneurs socio-politiques intéressés², les questions fondamentales qui se posent à l'analyste est celle de savoir pourquoi et comment une situation devient problématique dans le corps social et s'impose comme un objet d'attention de la part des autorités publiques. La réponse à ces interrogations est loin de faire l'unanimité parmi les membres de la société savante, et deux principales thèses s'affrontent classiquement.

La première, qui est défendue par les auteurs relevant de la *policy sciences*, et plus particulièrement du courant « objectiviste », met l'accent sur le caractère collectif d'un problème et son importance socioéconomique. Elle part de l'idée que les problèmes sont des faits objectifs et donc directement perceptibles et mesurables à l'aide d'outils scientifiques telles les statistiques par exemple. Les autorités sont par conséquent appelées à se saisir directement des problèmes révélés par des enquêtes scientifiques³. Reposant sur la conception des politiques publiques comme « l'action des [seules] autorités publiques au sein de la société »⁴, cette conception appréhende l'État comme une entité qui, surplombant la société, pense et agit pour elle, au nom d'un intérêt général déterminé isolément d'elle. Elle insiste sur l'identification des problèmes pertinents par les autorités publiques elles-mêmes et par les experts dont les analyses étaient au cours des années 1950 et au début des années 1960, surtout aux États-Unis, censées permettre aux dirigeants de mieux affronter les divers problèmes qui assaillaient la société. Les problèmes apparaissent dans cette logique comme des faits objectifs et mesurables, dont on peut scientifiquement repérer les causes, ce qui doit permettre de les résoudre. Un lien particulièrement étroit étant ainsi établi entre une meilleure connaissance de l'action et l'amélioration des performances gouvernementales, entre le « savoir » et le « pouvoir », les populations devaient apparaître essentiellement comme de simples spectateurs passifs du jeu autour de la construction des problèmes publics. C'est en effet

¹ Cf. BERGER Peter et LUCKMANN Thomas : La construction sociale de la réalité, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986. EDELMAN Murray : Pièces et règles du jeu politique, Paris, Ed. du Seuil, 1991, p.38.

² Cf. HASSENTEUFEL Patrick : Sociologie politique : l'action publique, Paris, Armand Colin, 2011, p.45.

³ Ibid. ; Voir également : DUBOIS Vincent : « L'action publique », in Antonin COHEN, Bernard LACROIX et Philippe RIUTORT (dirs) : Nouveau manuel de Science Politique, Paris, Ed. La Découverte, 2009, p..313.

⁴ Cf. MENY Yves et THOENIG, Jean Claude : Politiques publiques, Paris, PUF, 1989, p.9.

l'État qui contribue ici à la définition de la politique à mettre en œuvre, voir à la formulation même du problème⁵.

En réaction contre cette thèse, les sociologues d'inspiration constructivistes ont dès les années 1960 mis en avant le fait que tout problème est susceptible de devenir un problème public à partir du moment où les acteurs le définissent comme tel⁶. C'est cette seconde conception qui semble dominante de nos jours. Elle est largement partagée, étant donné qu'il est communément admis aujourd'hui qu'aucun problème n'est intrinsèquement public. Pour comprendre profondément un problème social, il s'avère donc indispensable de savoir comment il a été amené à être érigé en source de préoccupation publique⁷. Le rôle des acteurs sociaux et/ou politiques est donc crucial ici. Tout fait social, du plus tragique au plus anecdotique peut en effet potentiellement être érigé en problème public, à condition qu'il soit perçu et présenté comme une situation problématique, devant être mise en débat et recevoir des réponses en termes d'action publique. Les affrontements publics à l'occasion d'un événement jugé dramatique occupent à cet égard une place centrale. Ils en sont un vecteur décisif, même si d'autres mécanismes existent. En postulant que les problèmes publics sont le produit d'un travail social qui engage la mobilisation d'acteurs divers, cette approche invite à considérer l'action publique comme le produit de processus et de relations sociales et non comme le résultat d'une volonté des seuls décideurs⁸.

Il devient dès lors intéressant de prêter une attention particulière aux dynamiques par lesquelles les entrepreneurs sociaux, et plus particulièrement les acteurs de la société civile⁹ se mobilisent pour et dans la lutte contre la corruption au Cameroun, assurent la longévité de cette lutte dans l'espace public et suscitent son inscription et surtout son maintien sur l'agenda gouvernemental. C'est à l'examen de ce phénomène que nous nous consacrons dans le cadre de cette étude.

⁵ Cf. TREPOS Jean Yves : « Expertise de décision, expertise participative » in P. LASCUMES (Dossier réalisé par...) : Expertise et action publique, Collection Problèmes politiques et sociaux, N°912, La documentation française, 2005, p.13.

⁶ Cf. HASSENTEUFEL Patrick : Sociologie politique : l'action publique op.cit., p. 52.

⁷ BECKER, H : Social problems : a modern approach, New York, John Wyler, 1966, p.11.

⁸ DUBOIS Vincent : « L'action publique ». op.cit, p.321.

⁹ Le concept de Société civile renvoie essentiellement à « un ensemble de structures institutionnalisées, mue par des individus poursuivant des intérêts communs en dehors de toute immixtion de la part des gouvernants ». Elle est composée globalement des ONG, des associations, des groupements divers et des citoyens actifs. Voir à ce sujet : CHABAL Patrick et DALOZ Jean-Pascal : L'Afrique est partie : du désordre comme instrument politique, Economica, Paris, 1999, pp.31 et 34.

L'énonciation du discours scientifique sur la corruption se trouve cependant confrontée à un sérieux problème de clarification conceptuelle. Ce terme est en effet remarquablement ambigu, confus et insaisissable. C'est une réalité difficile à cerner, non seulement en raison de la diversité des actions et/ou des transactions concernées¹⁰, mais également du fait de son caractère généralement occulte et secret¹¹. La complexité du concept fait en sorte que ses perceptions les plus largement partagées et que nous adopterons dans le cadre de cette étude soient celles qui mettent suffisamment l'accent sur la pluralité de ses facettes et sur la difficulté de tracer ses frontières. Il en est ainsi par exemple de celle de Hyacinthe Sawadogo qui l'appréhende comme un phénomène comportant cinq principaux aspects, à savoir : « la corruption proprement dite », « les infractions apparentées: le trafic d'influence et la concussion », « les infractions assimilées », « le détournement des deniers publics » et « la destruction des pièces par les fonctionnaires »¹². Jean Pierre Olivier de Sardan recourt d'ailleurs à l'expression « complexe de corruption »¹³ pour mieux traduire le caractère difficilement saisissable du phénomène.

Le gangrénage de la société par le fléau n'est cependant pas toujours synonyme de la prise spontanée par les autorités publiques de mesures en vue de son éradication ou tout au moins de son atténuation.

C'est pour cette raison que, compte tenu du fait que « l'attention publique est une ressource rare, dont l'allocation dépend de la compétition au sein d'un système d'arènes publiques »¹⁴, et que les « problèmes doivent [par conséquent] à la fois lutter pour entrer et pour rester sur l'agenda public »¹⁵, les principales questions auxquelles cette étude essaye de trouver des éléments de réponse sont les suivantes : comment les acteurs de la société civile camerounaise se mobilisent-ils dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés dans le pays? Pourquoi ce fléau persiste-t-il endémiquement dans le champ socio-politique national en dépit de la permanence de la lutte pour son éradication ?

¹⁰ Cf. BRESSON Jean-Cartier : « Corruption, économie et démocratie », in *Après-demain*, janvier 1995, pp.24 et suiv.

¹¹ MENY Yves : *La corruption de la République*, Fayard, Paris, 1992, p.241

¹² Cité par EMAGNA Maximin : « Bonne moralité et corruption en Afrique », in : CURRAP : *Les bonnes mœurs*, PUF, Paris, 1994, p.391.

¹³ Cité par MEDARD Jean-François : « La corruption en Afrique, une stratégie de survie », in MENGUE Marie-Thérèse et BOUKONGOU Jean-Didier : *Comprendre la pauvreté au Cameroun*, Presses de l'Université Catholique d'Afrique Centrale, Yaoundé, 2004, p.185.

¹⁴ Cf. HILGARTNER et BOSK, Cités par HASSENTEUFEL Patrick : *Sociologie politique : l'action publique*, op.cit., p.50

¹⁵ Ibid.

Ces questions semblent d'autant plus pertinentes que, comme le relève Anthony Downs¹⁶ au niveau de ce qu'il nomme « cycles d'attention aux questions », au bout d'un certain temps, toute question finit par ennuyer le public et est remplacée par une autre quand bien même elle n'a pas été réglée. Les positions occupées par les problèmes dans l'espace public sont ainsi extrêmement fragiles, dans la mesure où le goût pour le nouveau et la lassitude provoquée par l'ancien bousculent sans cesse l'ordre des priorités¹⁷.

Nous posons à la suite de ces questions que les acteurs de la société civile camerounaise se mobilisent dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés dans le pays de manière ambivalente car autant ils s'investissent constamment avec détermination dans le mouvement anticorruption, autant ils opposent le plus souvent une remarquable résistance à la dynamique étatique de son éradication.

La pérennisation de la question de la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun dans l'espace public apparaît dans cette perspective comme l'œuvre des « Entreprises de Mobilisation Sociale » (EMS)¹⁸ qui assurent la permanence du problème dans l'espace public tout en mettant fréquemment en crise la dynamique de cette lutte chaque fois que cela va dans leurs intérêts.

Il convient dans cette perspective de mettre en relief les jeux d'acteurs et dynamique de construction et de maintien du problème de la lutte contre le « complexe de corruption » dans l'espace public, le point de départ de l'analyse dans cette perspective étant les entrepreneurs socio-politiques et leurs stratégies. Pour conduire la recherche avec pertinence, il importe par conséquent d'aller au-delà des approches prioritairement centrées sur l'État (statocentrisme) qui semblent dominantes dans le champ scientifique actuel pour mettre surtout l'accent sur une approche axée sur la société (sociocentrisme)¹⁹.

Le néo-institutionnalisme, et plus particulièrement celui du choix rationnel paraît dans cette perspective comme un cadre théorique pertinent pour rendre compte des dynamiques par lesquelles

¹⁶ Cité par EDELMAN Murray : Pièces et règles du jeu politique, Ed. du Seuil, Paris, 1991, p.64.

¹⁷ Cf. Ibid.

¹⁸ Pour plus de détails sur le concept d'« Entreprise de Mobilisation Sociale » (EMS), voir : FILLIEULE Olivier : « De l'objet de la définition à la définition de l'objet. De quoi traite finalement la sociologie des mouvements sociaux ? », in *Politique et Sociétés*, vol. 28, n°1, 2009, pp.25-28.

¹⁹ Voir sur ce point : OWONA NGINI Mathias-Eric : « Société civile, dispositifs de lutte contre la pauvreté et technologies de la gouvernamentalité en Afrique centrale », in : MENGUE Marie-Thérèse et BOUKONGOU (Jean-Didier) : *Comprendre la pauvreté au Cameroun*, Presses de l'UCAC, Yaoundé, 2004, p 148

des acteurs de la société civile camerounaise se livrent à un double jeu dans leurs mobilisations dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun. Cette approche repose en effet sur une perspective calculatrice qui suggère que les institutions ou les pratiques perdurent parce qu'elles réalisent quelque chose de l'ordre d'un équilibre de Nash. En d'autres termes, les individus adhèrent à des modèles de comportement parce qu'ils perdront plus à s'en écarter qu'à y adhérer²⁰. Suivant cette logique, la vie politique apparaît comme une série de dilemmes d'action collective, définie comme des situations où des individus qui agissent de façon à maximiser la satisfaction de leurs propres préférences risquent de produire un résultat sous-optimal pour la collectivité²¹.

Nous adopterons dans cette perspective une double approche de l'attitude des acteurs de la société civile dans la lutte contre « le complexe de corruption » au Cameroun : la première sera fondée sur l'hypothèse d'une fonctionnalité systémique de cette lutte, tandis que la seconde sera axée sur celle d'une rationalité individuelle²², cette dernière étant sous-tendue par l'idée suivant laquelle les individus se comportent dans le mouvement anticorruption comme des êtres rationnels qui tentent généralement de faire prévaloir leurs intérêts particularistes dans un monde de pénurie²³.

I- PREGNANCE D'UNE RATIONALITE SYSTEMIQUE ET ENTRETIEN D'UN CONSTANT MOUVEMENT ANTI-CORRUPTION

Il est communément admis que la corruption au plan socio-économique engendre la pauvreté. Elle réduit la croissance, et n'encourage pas les investissements. En ce qui concerne le cas précis du Cameroun, elle représente le cinquième obstacle au développement de l'investissement privé. Par ailleurs elle prive l'État d'importantes ressources susceptibles de contribuer à la réalisation des œuvres socio-communautaires telles que la construction des routes, des écoles, des hôpitaux. Ceci permet de comprendre la constante mobilisation des acteurs de la société dans la lutte contre le fléau. Dans cette mobilisation, les acteurs procèdent d'abord par ériger la corruption au rang des objets du drame. Les différentes réalités inhérentes à la corruption et aux phénomènes apparentés sont dans cette perspective présentées surtout dans un angle

²⁰ Cf. HALL A. Peter et TAYLOR C. R. Rosemary : « La Science Politique et les trois néo-institutionnalismes », in *Revue Française de Science Politique*, Vol.47, N°.3 et 4, Juin-Août 1997, p.473.

²¹ Cf. *Ibid.*, p.479.

²² Cf. DONATELLA DELLA PORA : « Les acteurs de la corruption : les politiciens d'affaires en Italie », in *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n°149 : La corruption dans les démocraties occidentales, septembre 1996, p.401.

²³ *Ibid.*, p.402.

dramatique, de manière à capter l'attention des publics et des pouvoirs publics. Par la suite, ils multiplient les répertoires des pressions tendant à amener les autorités dirigeantes à prendre au sérieux la question de la lutte contre la corruption et engager par conséquent des actions appropriées.

A- La constante dramatisation d'une gouvernance économique malsaine

Autant c'est l'indifférence du public face à une situation apparaissant de prime abord comme désastreuse qui empêche qu'elle soit étiquetée comme problématique, autant la capacité d'une situation de devenir un problème public dépend, par définition, du nombre de personnes qui la considèrent comme tel²⁴. Il n'est donc pas étonnant que des efforts soient constamment fournis par des entrepreneurs intéressés pour politiser le problème de la corruption au Cameroun. La dramatisation de ce fléau est en effet une constance dans la vie socio-politique du pays. Conceptualiser les différentes actions des acteurs de la société civile ici en termes de drame revient à appréhender lesdites actions comme si « elles étaient des performances artistiques, conçues pour capter et retenir l'attention et l'intérêt d'un auditoire »²⁵. Les actions des membres de la société civile sont dans ce contexte perçues comme des représentations adressées à un auditoire qui est la cible de l'attention des acteurs, cet auditoire étant composé ici aussi bien des autorités dirigeantes que des autres membres de la société interne et internationale.

L'ensemble formé par les acteurs de la société civile ici apparaît comme une véritable « Entreprise de Mobilisation Sociale ». Ce concept, tout comme d'ailleurs celui de « réseau sur enjeux »²⁶ convient en effet pour rendre compte du travail politique réalisé par des configurations changeantes d'acteurs dont le point commun est de lutter pour la défense d'un objectif partagé. La perspective introduite par ce concept permet de ne plus saisir les coalitions formées par les acteurs de la société civile pour la lutte contre la corruption au Cameroun en termes de groupements définis une fois pour toute, mais plutôt en termes de configurations d'alliances changeantes, toujours susceptible d'évoluer au cours de l'action collective. Etant composées, non pas de membres, mais

²⁴ Cf. EDELMAN Murray : Pièces et règles du jeu politique, op.cit.,

²⁵ Cf. GUSFIELD Joseph : La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique, Economica, Paris, 2009, p.197.

²⁶ Pour plus de détails sur le concept de « réseau sur enjeu », voir entre autres : BOUSSAGUET Laurie, JACQUOT Sophie et RAVINET Pauline : Dictionnaire des Politiques publiques, PFNSP, Paris, 2006, pp.387-388.

de participants, cette Entreprise de Mobilisation Sociale n'est pas nécessairement conduite par une organisation centrale chargée de coordonner les interventions des divers participants²⁷.

Les individus et les groupes qui participent à la dynamique de la lutte contre la corruption au Cameroun forment en effet un collectif plus ou moins clairement défini et particulièrement instable. L'appartenance à ce collectif consiste en l'entreprise d'une ou de plusieurs actions différenciées et éparées qui, prises ensemble, forment une entité essentiellement fluide. Dans le cadre de la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun, certaines de ces actions consistent à présenter des faits de manière qu'ils puissent éveiller constamment l'intérêt des populations. La principale technologie politique déployée dans cette perspective consiste à présenter cette corruption essentiellement dans l'angle du scandale.

C'est en effet dans le registre du scandale qu'il convient de ranger l'action de l'ONG allemande *Transparency International* qui a publié le 22 septembre 1998 son Index de Perception de la Corruption (IPC), qui place le Cameroun en tête des pays les plus corrompus du monde²⁸. A travers cette publication, l'ONG berlinoise cherche manifestement à donner « une image choquante » du degré de développement de la corruption dans le pays et amener ses dirigeants à intensifier la lutte contre le phénomène. C'est toujours dans le même registre que l'on peut ranger l'action du Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement (CCFD) qui, dans son rapport 2009, stigmatisait les biens que le président Paul Biya aurait « mal acquis » au détriment de la fortune publique.

En procédant ainsi à une constante scandalisation de la corruption réelle ou présumée au Cameroun, les « régulateur de sens »²⁹ dans l'action publique contre le fléau cherchent à produire des effets sensationnalistes ou spectaculaires, aussi bien sur le grand public que sur les autorités dirigeantes. La fibre émotionnelle est dans cette perspective le plus souvent habilement manipulée, notamment par les médias.

Les nouvelles, les scoops, les prises de position, les vérités et les contre-vérités sur la corruption au Cameroun occupent en effet généralement une place centrale dans les colonnes des

²⁷ Cf. FILLIEULE Olivier : « De l'objet de la définition à la définition de l'objet... », op.cit, pp.25-28.

²⁸ Lire entre autres sur ce point : TALLA Jean-Bosco : « Controverse autour d'un communiqué de presse : Transparency International et le Cameroun », in TITI NWELL Pierre (Sous la coordination de...) : De la corruption au Cameroun, Ed. SAAGRAGH/Friedrich Ebert Stiftung , Yaoundé, 1998, p.232.

²⁹ Selon Philippe BRAUD, les régulateurs de sens sont des acteurs sociaux perçus comme suffisamment autorisés pour prétendre intervenir efficacement dans les luttes idéologiques et débats politiques visant à imposer les interprétations légitimes de la réalité. Voir à ce sujet : BRAUD Philippe : L'émotion en politique, Paris, PFNSP, 1996, p.101.

médias tels que Le Messenger, de La nouvelle Expression, de Mutations, ainsi que dans les autres moyens de communication de masse, notamment l'Internet et les diverses chaînes de radio et de télévision qui opèrent sur le territoire national. L'on y retrouve ou y entend en effet assez fréquemment des titres et/ou des expressions aussi évocateurs que « le Cameroun, champion du monde de la corruption », « le Cameroun, double champion du monde de la corruption », « Le Cameroun dans le top 6 des pays les plus corrompus du monde », « Affaire de corruption à la douane », « Scandale de corruption dans les marchés publics », etc.

La dramatisation de la corruption par les entrepreneurs de la société civile camerounaise se matérialise également par l'expertise persuasive, qui permet de donner des données chiffrées sur l'impact de la corruption sur le développement du pays ou qui amène à classer les principaux secteurs d'activité du pays selon le degré de corruption en leur sein. La douane, la police, la gendarmerie et la justice sont ainsi présentées comme les secteurs disposant du taux de corruption le plus élevé. La grande capacité persuasive dont disposent les statistiques et les classements ici contribue à créer au sein des groupes à fort taux de corruption un choc émotionnel susceptible d'exercer une influence plus ou moins forte sur l'attitude et le comportement de leurs membres.

B- La multiplication des répertoires de pression sur les pouvoirs publics

Etant donné que l'exercice du pouvoir consiste surtout à « conduire des conduites »³⁰, il revient classiquement à l'Etat de réguler les comportements des individus et des groupes sur son territoire, de discipliner leurs pratiques. Cependant, les diverses mesures qui sont de temps en temps prises par l'Etat camerounais pour canaliser les activités des agents publics vers des pratiques compatibles avec l'éthique sont généralement jugées soit insuffisantes, soit inefficaces. C'est pour cela que des pressions en vue des actions plus significatives sont couramment exercées sur les pouvoirs publics par des acteurs de la société civile. Comme le dirait Luc Sindjoun, ces pressions sont liées à un imaginaire de la gouvernance, qui implique une demande de la refondation de l'État sur la base d'un certain nombre de pratiques saines et vertueuses³¹. Le répertoire d'actions mobilisé généralement dans cette perspective est particulièrement riche. Il comporte, aussi bien la

³⁰ Cf. FOUCAULT Michel, cité par OWONA NGUINI Mathias Eric : « Gouvernement des conduites et conduites de gouvernement dans les associations camerounaises de Libreville (Gabon) : sens, puissance et interdépendance des filières de circulation humaine », in Luc SINDJOUN (dir) : État, individus et réseaux dans les migrations africaines, Kathala, Paris, 2004, p.269.

³¹ SINDJOUN Luc : « Le mouvement anti-corruption est-il à l'abri de la corruption ? », in : MENGUE (Marie-Thérèse) et BOUKONGOU (Jean-Didier) : Comprendre la pauvreté au Cameroun, Presses de l'UCAC, Yaoundé, 2004, p.211.

constante incitation de l'élite dirigeante à l'action contre la corruption, que de sporadiques exhortations du chef de l'Etat à poursuivre certaines actions déjà entreprises, ainsi que de fréquents appuis aux autorités publiques.

1- L'incitation des autorités étatiques à l'action

Page | 340

Ayant en charge la collectivité et son devenir, l'homme politique est sans cesse contraint de combattre, de lutter et de se passionner chaque fois que la « raison d'Etat », c'est-à-dire les intérêts vitaux de l'ordre établi est en jeu³². Or au Cameroun, nombreux sont les acteurs de la société civile qui, estimant que la corruption entrave profondément le développement socio-économique du pays, pensent que les dirigeants sont loin de mener convenablement le combat contre le fléau. Des actions d'incitation à l'action sont ainsi fréquemment entreprises.

Le journal Le Front par exemple s'est lancé dans une significative opération de publication de la liste des agents publics camerounais qui, « en dépit de la crise et des appels incessants aux sacrifices par les pouvoirs publics, se sont taillés des fortunes colossales détournées des fonds publics »³³, cette publication s'accompagnant des précisions aussi bien sur les pays où sont domiciliés leurs comptes bancaires que sur leurs différents biens en nature³⁴.

Il s'agit indiscutablement là d'une incitation à l'action, l'objectif visé étant d'amener les autorités étatiques à sanctionner tous ceux dont les noms figurent sur la liste publiée. D'ailleurs, comme le précise clairement ce journal, « nous -au Front- avons opté de mettre notre gouvernement face à ses responsabilités »³⁵ afin qu'il puisse demander des comptes aux agents publics indécents et surtout « saisir tous ces butins qui entravent depuis trop longtemps la bonne gouvernance de notre pays »³⁶.

Le GERDES³⁷-Cameroun a adopté la même attitude en publiant les résultats d'une enquête qui montrent que la majorité des personnes interrogées imputent le développement de la corruption au Cameroun à l'impunité en estimant que le gouvernement n'ayant pas combattu

³² MAX WEBER : Le savant et le politique, Librairie Plon, Editions, Paris, 2002, p.157

³³ Cf. Le Front N° 066 du 16 février 2006, p.3

³⁴ Voir respectivement : Le Front N° 65 du 9 février 2006, pp. 6-9 et N°66, op.cit, pp. 6 et suiv.

³⁵ Cf. Le Front du 9 février 2006, op.cit., p.5

³⁶ Ibid.

³⁷ GERDESS est un groupe d'étude, de recherche pour la démocratie et le développement économique et social

vigoureusement ce phénomène, il est devenu dans le pays un véritable « serpent de mer dont on ne voit ni la tête ni la queue »³⁸.

Faisant partie des modes de production des réponses des acteurs de la société civile³⁹ à la question de corruption au Cameroun, ces incitations des autorités camerounaises à l'action contre « l'abus d'une position publique en vue d'un intérêt privé » tendent, à travers leur fréquence, à se fossiliser au cours du temps et à devenir des pratiques qui, étant largement répandues dans la société, finissent par façonner l'image et les attitudes d'une frange importante du corps social⁴⁰. Car loin de se limiter à la publication des listes des personnes suspectées de corruption et à la dénonciation de l'impunité, elles se réalisent aussi parfois à travers la stigmatisation des carences institutionnelles en matière de lutte contre les dérapages financiers des agents publics.

C'est dans le cadre de cette stigmatisation que l'on peut en effet ranger l'observation de Bendegue Jean-Marie Vianney de GERDDES-Cameroun qui relève le manque d'anticipation dans le dispositif juridique de la lutte contre la corruption au Cameroun. Selon lui,

*« la corruption, dans ses formes comme dans ses pratiques, a évolué et s'est amplifiée. Les institutions sont quant à elles demeurées amorphes et figées. Elle n'ont pas suivi le mouvement »*⁴¹.

Cette observation renvoie au syndrome de « l'Etat mou » dont parle Myrdal Gunnar et qui se caractérise par une absence de discipline, cette situation se traduisant par des carences législatives, particulièrement en ce qui concerne la mise en œuvre et l'application de la loi⁴².

La qualification de certaines personnalités d' « intouchables » apparaît également comme l'une des principales stratégies d'incitation des autorités camerounaises à l'action contre la corruption. Elle est en effet utilisée par un certain nombre d'acteurs, qui déplorent le fait que « favorisés par l'absence de preuves ou imbus de protections dites occultes, les plus gros

³⁸ Cf. TITI NWEL Pierre (Sous la coordination de...): De la corruption au Cameroun, op.cit., p.63.

³⁹ Cf. BOURDIEU Pierre : La distinction : critique sociale du jugement, Les Ed. de minuit, Paris, 1979, p.490.

⁴⁰ Cf. HALL A. Peter et TAYLOR C. R. Rosemary : « La Science Politique et les trois néo- institutionnalismes », op.cit., p.474.

⁴¹ Dans TITI NWEL Pierre (Sous la coordination de...) : Comprendre la corruption au Cameroun, Op.Cit., p.176.

⁴² GUNNER Myrdal : « L'Etat mou en pays sous développé », in Revue Tiers-Monde N°37, tome X, janvier-mars 1969, p.8 ; Voir également sur ce point : MEDARD Jean-François : « L'Etat sous développé au Cameroun », in Année Africaine, 1977, pp. 35-84.

délinquants, notamment les auteurs de grandes malversations, les « baleines » » soient les moins pourchassés et inquiétés⁴³.

En filigrane à toutes ces actions apparaît une « demande d'éthique »⁴⁴ en matière de gestion des fonds publics. L'ouvrage magistral de John T. Noonan sur la corruption a en effet établi que celle-ci constituait fondamentalement un problème éthique et qu'il en avait toujours été ainsi depuis que l'histoire existe⁴⁵. On comprend alors pourquoi face au déferlement des valeurs matérialistes au Cameroun, certains des acteurs de la société civile sont à la recherche de repères éthiques et moraux que la sphère politique semble ne pas fournir de manière satisfaisante⁴⁶, cette recherche se traduisant par l'élévation de la corruption au rang des objets de scandale⁴⁷.

Mais tout compte fait, la mobilisation de la société civile pour la lutte contre la corruption et contre les phénomènes apparentés au Cameroun ne se cristallise pas seulement autour de l'incitation des autorités dirigeantes à l'action. Elle se matérialise aussi le plus souvent par le soutien apporté aux actions susceptibles d'éradiquer l'enrichissement illicite dans le pays.

2- L'exhortation à poursuivre certaines actions déjà entreprises

Si des demandes d'action contre la corruption au Cameroun sont assez fréquemment exprimées, la plupart d'entre elles présentent un caractère vague et ne laissent apparaître aucune indication précise sur la nature de la décision à prendre. C'est pour cela que les encouragements apportés parfois à l'élite dirigeante par les acteurs de la société civile dans la lutte contre ce phénomène peuvent dans une large mesure s'inscrire dans le cadre de la spécification, c'est-à-dire de la précision des « modalités d'intervention »⁴⁸. Ils montrent que les initiatives entreprises par les autorités étatiques répondent aux attentes du corps social et constituent par conséquent une exhortation à continuer dans la même voie.

⁴³ Cf. BENDEGUE Jean-Marie Vianney, in TITI NWEL Pierre (Sous la coordination de...): De la corruption au Cameroun, op.cit., p.193.

⁴⁴ Cf. Cahiers internationaux de sociologie : La demande d'éthique, vol. LXXXVIII, PUF, Paris, 1990.

⁴⁵ Cité par KLITGAARD Robert : Combattre la corruption, California, the University of California Press, 1988, p.13.

⁴⁶ Cf. MENY Yves : La corruption de la République op.cit., pp.325-326.

⁴⁷ Sur « l'objet de scandale », voir DRAI Raphaël : « La banalisation des objets de scandale : variations sur la notion variable de bonnes mœurs », in CURRAP : Les bonnes mœurs, op.cit., pp.127-143.

⁴⁸ Cf. PADIOLEAU J. G : L'Etat au concret, PUF, Paris, 1982, p.25.

De fait, après l'interpellation de certains anciens Directeurs généraux des sociétés d'Etat⁴⁹ et de leurs proches collaborateurs en janvier 2006⁵⁰, l'on a assisté à travers le pays à l'organisation de nombreuses manifestations d'approbation de cet acte, celles-ci étant suivies par l'envoi de motions de soutien et d'encouragement au chef de l'Etat.

Ce sont certes des militants et sympathisants du RDPC (parti au pouvoir) qui ont procédé aux mobilisations les plus ostentatoires dans ce cadre. Car à travers les meetings ponctués de marches de soutien organisés dans les principales artères de nombreuses agglomérations du pays, ils ont bruyamment exprimé leur adhésion à l'initiative du président de la République. Ils ont été suivis dans cette initiative par des élites politiques. Dans l'édition de Cameroon Tribune du 27 février 2006 en effet, cinq hommes politiques étaient unanimes à saluer l'initiative du président Biya et à demander que les interpellations se poursuivent. Il s'agit notamment de M. Grégoire Owona, secrétaire général adjoint du RDPC, de M. Ni John Fru Ndi, président national du Social Democratic Front (SDF), de M. Augustin Frédéric Kodock, secrétaire général de l'Union des Populations du Cameroun (UPC), de M. Garga Haman Hadji, président national de l'Alliance pour la Démocratie et le Développement (ADD), et de M. Boniface FORBIN, président national du Justice and Development Party (JDP).

Loin d'apparaître comme un acte isolé, ce soutien a également été exprimé, non seulement par M. Anicet Ekane, président national du Mouvement africain pour la nouvelle indépendance et la démocratie (MANIDEM) qui a exhorté le président de la République à en finir avec « les braqueurs des caisses de l'Etat », tout en souhaitant que la mise à la disposition de la justice de plusieurs hauts responsables de l'administration ne se réduise pas en un simple « rituel politique destiné à amadouer les bailleurs de fonds »⁵¹, mais aussi par les parlementaires des différentes formations politiques représentées à l'Assemblée Nationale, notamment à travers une motion de soutien et d'encouragement qu'ils ont signée le 22 mars 2006⁵².

L'approbation de l'action gouvernementale par la plupart des partis politiques atteste que les rivalités entre les entrepreneurs politiques n'excluent pas un certain consensus. Celui-ci est

⁴⁹ Il s'agit précisément de MM. Emmanuel-Gérard ONDO NDONG, ancien Directeur Général du Fonds spécial d'Equipement et d'intervention Intercommunal (FEICOM), Gilles Roger BELINGA, ancien Directeur Général de la Société Immobilière du Cameroun (SIC), Joseph EDOU, ancien Directeur Général du Crédit Foncier du Cameroun (CFC) et Alphonse SIYAM SIWE, ancien Directeur Général du Port Autonome de Douala.

⁵⁰

⁵¹ Cité par Le Messenger du 6 mars 2006, p.3.

⁵² L'on peut entre autres consulter sur ce point : Cameroon Tribune du 29 mars 2006, p.3.

constitué ici par l'adhésion de la presque totalité des acteurs politiques à ce qui est considéré comme un enjeu fondamental dont la valeur est reconnue et recherchée par tous⁵³, à savoir, l'assainissement de la gestion des affaires publiques. Les dissensions et les affrontements qui opposent les protagonistes apparemment les plus irréductibles du jeu politique peuvent donc parfois n'opposer que des adversaires-complices, qui savent que pour s'affronter comme ils le font, ils doivent être fondamentalement d'accord pour maintenir leur conflit dans les limites de la discussion légitime imposées par la logique même du champ politique⁵⁴.

Le consensus politique autour de la lutte contre les comportements de prédation dans les services publics Camerounais se trouve renforcé par le consensus social, marqué essentiellement par la grande mobilisation de la société civile autour de l'initiative présidentielle. Des associations telles que le Club éthique et le Mouvement Arc-en-ciel, des confessions religieuses et plus particulièrement l'église catholique et la religion islamique, des ONG locales à l'instar de la Ligue pour l'Emancipation de la Femme et de l'Enfant, des « intellectuels camerounais » sous la conduite d' Hubert Mone Ndjana, des groupements de chefs traditionnels tel que la South West Chiefs Conference ont ça et là, tantôt exprimé leur satisfaction, tantôt encouragé le président de la République à persévérer dans son effort de démantèlement de la corruption au Cameroun⁵⁵. C'est également le cas du journal Cameroon Tribune du 09 février 2024 qui a commis un article traitant de la tenue d'une audience par la Chambre des Comptes de la Cour Suprême portant sur les fautes de gestion commises par Bleue Régine Tsoungui et Jules Ekang Ekang, respectivement maire et receveur municipal de la commune de Ngomedzap, dans le Nyong-et-So'o. Il est à noter que c'est ma première fois de son histoire que cette juridiction tient une audience en vue de se prononcer sur ce type d'infractions.

La forte mobilisation de la société civile derrière le chef de l'Etat ici peut s'expliquer par le fait que la corruption apparaît comme un obstacle majeur au développement socio-économique du pays et surtout à la lutte contre la pauvreté. Elle constitue un véritable frein à l'investissement et à la croissance⁵⁶. Son éradication est donc susceptible de déboucher sur l'institution d'une certaine justice sociale, étant donné que sur le plan de la grande corruption par exemple,

⁵³ Cf. ACCARDO Alain : Initiation à la Sociologie de l'illusionnisme social, Ed. Le Mascaret, 1983, p.101.

⁵⁴ Ibid., pp.101-102.

⁵⁵ Voir entre autres sur ce point : Cameroon Tribune du 27 février 2006, p 5. ; Cameroon Tribune du 22 mars 2006, p.4.

⁵⁶ Cf. MEDARD Jean-François : « La corruption au Cameroun : une stratégie de survie », in : MENGUE Marie-Thérèse et BOUKONGOU Jean-Didier : Comprendre la pauvreté au Cameroun, op.cit., pp.183 et 187.

l'enrichissement illicite des « plus grands se fait en grande partie au dépens de celui des plus petits »⁵⁷.

C'est ce qui explique pourquoi l'exhortation des autorités dirigeantes à poursuivre certaines actions engagées dans le cadre de la lutte contre la corruption s'accompagne parfois de l'émission de vœux de confiscation des biens de ceux qui se sont rendus coupables de détournement de biens publics. Ces vœux ont été en effet exprimés par exemple par M. Charles Atebe Yene, coordonnateur du Club Ethique du Cameroun (CEC)⁵⁸, par le Mouvement Africain pour la Nouvelle Indépendance et la Démocratie (MANIDEM) et par les évêques du Cameroun.

Toutes ses actions participent de la construction d'un référentiel d'une politique publique de la lutte contre la corruption au Cameroun, c'est-à-dire d'un ensemble de perceptions, de normes et de valeurs à partir desquelles se trouvera envisagée cette réalité. C'est ce référentiel qui permet en effet de diminuer l'opacité des demandes socio-politiques en indiquant des points d'appui pour agir et en opérant un décodage du réel à travers la définition de modes opératoires pouvant orienter l'action politique contre la corruption⁵⁹. Il est donc susceptible de permettre au gouvernement camerounais d'affiner sa stratégie de lutte contre les écarts des comportements financiers des agents publics dans le pays.

Ces actions participent également à la légitimation du pouvoir en place du fait de la capacité de ce dernier à participer à la fabrique de l'action publique de lutte contre la corruption. Cette participation politique a le mérite d'être producteur d'une multitude d'actes fabriqués par le Prince qui a le mérite de mettre en lumière la capacité d'action du politique à faire face aux multiples événements imprévisibles qui bousculent la société⁶⁰. Dans cette optique de construction de sa légitimité, le pouvoir politique tantôt coopère, tantôt cède la place aux organisations voulant participer à l'action publique de lutte contre la corruption.

3- L'accompagnement des actions des autorités dirigeantes

La complexité du phénomène de la corruption ainsi que ses diverses ramifications nécessitent la multiplication et surtout la diversification des sites de lutte pour son éradication. Les

⁵⁷ Ibid., p.188

⁵⁸ Voir respectivement sur ce point : Le Messenger du 24 février 2006, p.3 ; Le Messenger du 6 mars 2006, p.3 et Le Messenger du 27 mars 2006, p.6.

⁵⁹ Cf. MULLER Pierre : Les Politiques publiques, PUF, Paris, 1990, pp.43-44.

⁶⁰ Philippe Zittoun, la fabrique politique des politiques publiques, une approche pragmatique de l'action publique, Paris, Presse de la Fondation nationale des sciences politiques, 2013, p. 7.

arrangements néo-corporatistes apparaissent dans ces conditions indispensables. Mettant l'accent sur la logique de partenariat et de collaboration qui anime les différents acteurs intervenant dans cette lutte, le néo-corporatisme repose en effet sur le présupposé suivant lequel les diverses parties prenantes à la dynamique de neutralisation de la délinquance financière des agents publics, bien que jalouses de leur autonomie, sont en même temps fortement interdépendantes. Il s'agit donc d'un modèle d'articulation des rapports entre l'Etat et la société civile caractérisé par la participation croissante des groupes sociaux à la gestion de l'Etat en même temps que se développe un doute sur la centralité des affaires étatiques⁶¹.

La nécessité d'une conduite efficace des politiques de lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés amène dans ce contexte de temps en temps les autorités en charge de la question à recevoir l'appui formel ou informel de certaines structures sociales, et plus particulièrement des acteurs de la société civile. Le poids grandissant de ces acteurs de la société civile dans la mobilisation autour des questions de la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés s'explique largement par le fait qu'ils disposent d'une grande marge de manœuvre sur le terrain. Ayant des objectifs et des plans d'action précis destinés à une population spécifique, ils sont généralement mieux armés pour mener des actions et des campagnes de proximité efficaces que la plupart des institutions nationales et internationales.

Le rôle traditionnel des acteurs de la société civile dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun a essentiellement porté sur la sensibilisation et le plaidoyer. Les ONGs par exemple sont particulièrement actives dans la sensibilisation des personnes impliquées dans la chaîne de la corruption et du public en général sur les effets négatifs et dévastateurs de la corruption au sein de la société. Elles plaident à cet effet en faveur d'un changement des mentalités et des comportements dans le sens de l'institutionnalisation des bonnes mœurs dans les services publics.

L'éducation est aussi une activité régulièrement entreprise par la société civile pour appuyer les autorités dirigeantes dans la dynamique de la neutralisation de la corruption. Des organisations telles que le SEP (Service œcuménique pour la Paix), le CIPCRE, le GNGG (Global Network for Good Governance) et le CIIRE (Centre Interdisciplinaire et Interreligieux de Recherche Éthique) ont ainsi fait de la formation et de l'éducation des populations en général et des hommes d'Église,

⁶¹ Cf. GREMION Pierre : Le pouvoir périphérique : bureaucrates et notables dans le système politique français, Ed. du Seuil, Paris, 1976, p.470.

des journalistes et des jeunes en particulier leur cheval de bataille dans les stratégies de lutte contre la corruption.

L'appui des acteurs de la société civile aux autorités dirigeantes dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés marque l'intervention des intermédiaires privés dans des fonctions antérieurement dévolues à l'État à des fins de redéploiement de ce dernier. Ce type de gouvernementalité, qui renvoie tantôt au concept de « privatisation de l'État »⁶², tantôt à celui de « gouvernement privé indirect »⁶³, correspond moins à une perte de souveraineté de l'État qu'à un exercice indirect, par les élites dirigeantes, de certaines fonctions sociales grâce à des arrangements explicites ou implicites conclus avec des opérateurs de la société civile.

Les diverses actions entreprises dans ce cadre se trouvent cependant constamment amoindries par de nombreuses dissonances.

II- PRISE EN COMPTE D'UNE RATIONALITE INDIVIDUALISTE ET OBSTRUCTION DE LA DYNAMIQUE ANTI-CORRUPTION

En même temps que les acteurs de la société civile participent constamment à la dynamique de la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun, la plupart d'entre eux entretiennent parallèlement une contre-dynamique tendant à la perpétuation du phénomène. Ceci permet dans une large mesure de comprendre pourquoi la situation de la corruption dans le pays semble ne connaître aucune amélioration en dépit des diverses initiatives constamment entreprises tant par l'Etat que par la société pour tenter d'éradiquer le fléau. De fait, non seulement les acteurs de la société procèdent généralement à la protection des élites dirigeantes qui les entretiennent avec les fruits de la corruption, mais également ils développent une forte propension à entretenir eux-mêmes les pratiques corruptives.

A- La protection des élites corrompus par leurs clients

Les dynamiques de la mobilisation de la société civile dans la lutte contre la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun est mue par des rationalités multiples et parfois contradictoires. Car elles s'opèrent dans un cadre où s'affrontent et s'ajustent des intérêts et des comportements multiples et éventuellement antinomiques. Elles se réalisent à travers un complexe d'actions dans lesquelles se nouent et se gèrent, non seulement des rapports de coopération et

⁶² Cf. HIBOU Béatrice : La privatisation de l'Etat, Paris, Karthala, 1998.

⁶³ Cf. MBEMBE Achille : Du gouvernement privé indirect, CODESRIA, Dakar, 1999.

d'échanges, mais également des conflits entre des acteurs aux intérêts divergents et parfois diamétralement opposés. C'est ce qui explique que le mouvement anti-corruption dans le pays soit confronté à de nombreuses forces centrifuges⁶⁴.

L'organisation de réseaux clientélistes et néo-patrimoniaux autour des fruits de la corruption semble occuper une place centrale parmi ces forces. De fait, de nombreux entrepreneurs socio-politiques utilisent les fruits de la corruption pour faire des dons divers ou pour réaliser des œuvres socio-économiques dans le corps social. Il se tisse ainsi entre ces « bienfaiteurs » et les bénéficiaires des affinités et des solidarités qui débouchent le plus souvent sur la constitution de réseaux de type clientéliste⁶⁵.

L'émergence de tels réseaux ici s'impose à partir du moment où « la création de richesses dans l'illégalité nécessite des protections, dont la redistribution « clientéliste » est une des formes les plus efficaces »⁶⁶.

Ceci permet de comprendre pourquoi à la suite de l'arrestation de M. Siyam Siewe, ancien Directeur Général du port autonome de Douala, ancien Ministre de l'eau et de l'énergie et maire de la commune urbaine de Bafang par exemple, l'on a assisté dans cette ville en mars 2006 à la circulation de tracts et à un regroupement de plusieurs centaines de jeunes du RDPC, mobilisés pour protester contre l'interpellation de leur élite et réclamer sa libération⁶⁷. C'est ce qui explique également la particulière agitation sociale que la ville de Mbalmayo a connue le 23 mai 2006 à la suite de l'interpellation de son maire pour détournement de biens publics.

Envisager la corruption comme un phénomène autour duquel se tissent des réseaux clientélistes et néo-patrimoniaux permet aussi dans une certaine mesure de comprendre pourquoi après la nomination ou la promotion de certaines personnalités à des postes importants de responsabilité dans les services publics, ou le simple recrutement d'un ressortissant d'une communauté dans la fonction publique, leurs « clients » socio-politiques potentiels ou réels s'empressent le plus souvent d'organiser des manifestations de gratitude et de soutien au chef de

⁶⁴ Cf. TCHOUPIE André : « L'institutionnalisation de la lutte contre la corruption et la criminalité financière au Cameroun », in Polis/Revue Camerounaise de Science Politique, Vol. 13, N°1-2, 2006 p. 76.

⁶⁵ Cf. KONTCHOU KOUOMEGNI Augustin : « Administration et politique en Afrique francophone ou de l'autocratie bureaucratique », in CONAC Gérard : Les grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire, Economica, Paris, 1984, p.36.

⁶⁶ Cf. BRESSON Jean-Cartier : « Corruption, économie et démocratie », in Problèmes économiques N° 2. 432, juillet 1995, p.26.

⁶⁷ Cf. Ouest Echos du 7 au 13 mars 2006, p.3.

l'Etat. Car ils attendent de leurs élites promues ou recrutées qu'elles contribuent à leur prestige collectif ou individuel. Dans ce type de contexte, « le leadership engloutit des sommes très importantes et encourage la kleptocratie »⁶⁸, étant donné que la légitimité de l'élite ne sera établie que s'il parvient assez régulièrement à réagir favorablement aux sollicitations d'un grand nombre de personnes.

À y regarder de près, la logique d'équilibre régional qui sous-tend les nominations ministérielles ou dans les hautes fonctions au sommet de l'Etat au Cameroun nourrit incidemment cette réalité. Initiée en effet pour garantir la participation de tous aux affaires de la nation, les ministres et autres fonctionnaires issus de cette logique ont progressivement été perçus par les populations comme des personnalités chargées de travailler prioritairement pour la région dont elles sont natives. On comprend dès lors pourquoi de nombreux grands commis de l'État sont jugés à l'aune de leurs réalisations à l'échelle régionale plutôt que nationale. Tout se passe donc comme si, on est d'abord ministre d'un village, d'une région — avec tout ce que cela comporte comme exigences - avant d'être ministre de la nation. Les attentes sont dans ces conditions nombreuses pour la famille, le village, le département, la paroisse/mosquée, etc⁶⁹.

La légitimité de l'élite n'étant dans ce contexte établie et consolidée que s'il parvient à satisfaire le maximum de personnes, la tentation sera grande pour l'agent public de recourir à la corruption et/ou au détournement de biens publics pour répondre aux attentes des membres de sa communauté. Cette tentation est le plus souvent d'autant plus forte que, non seulement les différentes baisses de salaire qu'a connues la fonction publique camerounaise dans le sillage de la crise économique qui sévit dans le pays depuis le milieu des années 80 ne permettent plus aux agents publics de disposer de ressources suffisantes, mais également, les changements socio-économiques que connaît le pays dans le contexte de cette crise amplifient davantage la dépendance d'importantes franches de la population. En moins d'une décennie en effet, les agents publics camerounais ont subi en accéléré les affres des plans d'ajustement structurel et de la dévaluation du Franc CFA survenue en 1994. En ville, les citoyens sont par ailleurs confrontés à la compression des emplois formels ; et en campagne, les paysans font face aux difficultés de la filière des cultures de rente (café, cacao, coton, etc.).

⁶⁸ Cf. CHABAL Patrick et DALOZ Jean-Pascal : L'Afrique est partie : du désordre comme instrument politique, op.cit., p.132.

⁶⁹ Cf. DJOKO Christian : « Comprendre la corruption au Cameroun », in Le Grand Soir, Journal militant d'information alternative, 3 Octobre 2010.

La corruption devient dans ces conditions fonctionnelle pour les masses populaires et même pour l'Etat. Elle participe dans une large mesure d'« une stratégie de survie »⁷⁰ pour les couches démunies de la population. Il y a ici une certaine redistribution des richesses de la société même si, loin d'être universaliste, elle est surtout particulariste. C'est donc dans une certaine mesure un facteur d'intégration sociale et un amortisseur qui prévient à bien des égards la misère⁷¹. Les relations de clientèle que les fruits de la corruption ou des détournements de deniers publics établissent entre les populations et les élites peuvent de ce fait être des relations de médiation entre local et national qui permettent aussi l'enracinement de l'Etat, constituant une norme parmi de multiples autres qui régissent le rapport au politique⁷². Il ne saurait dans ces conditions y avoir une condamnation sincère de la corruption de la part de ceux qui bénéficient d'une manière ou d'une autre de ses retombées, sauf si l'on a le sentiment que d'autres groupes que le sien accaparent des ressources « publiques » à ses dépens⁷³. Le désordre induit par cet état de fait ne participerait-il pas à l'ancrage du désordre régnant ?

B- Le constant entretien de pratiques corruptives

Nombreux sont les camerounais qui, en dépit de multiples actions entreprises par l'Etat pour lutter contre la corruption et de la forte mobilisation de la société contre le fléau, estiment fermement que

« ...lorsqu'il n'y a pas de concours d'entrée dans une institution de formation [par exemple] et que l'on y recrute sur « étude de dossier » ; ou lorsque le concours est de pure forme, quand les critères d'attribution des postes sont inconnus, le seul moyen d'avoir un titre c'est la corruption »⁷⁴

Par ailleurs, dans une enquête réalisée en 1999 dans neuf des dix régions du Cameroun, de nombreux enquêtés soutiennent que la corruption est salubre dans la mesure où non seulement elle permet de gagner en temps dans les services publics, mais également elle permet d'accéder à des biens matériels ou symboliques que l'on ne peut obtenir par des voies officielles.

⁷⁰ Cf. MEDARD Jean-François : « La corruption au Cameroun : une stratégie de survie », op.cit., pp.183-191.

⁷¹ Ibid. , p.90.

⁷² Cf. HIBOU Béatrice : Anatomie politique de la domination, Ed. La découverte, Paris, 2011, p.45.

⁷³ Cf. CHABAL Patrick et DALOZ Jean-Pascal: L'Afrique est partie : du désordre comme instrument politique, op.cit., p.124.

⁷⁴ Ibid., p.35.

Tableau N°1 : Arguments par lesquels des camerounais expliquent pourquoi ils payent des services qui leurs sont dus.

Province	Centre	Est	Littoral	Nord- Ouest	Extrême Nord	Nord	Ouest	Total
Tout le monde agit de la sorte	27,78	34	23	13,85	31	61	26,38	30,98
Pas un autre moyen	57,78	50	51	79	45,66	24,33	46,36	50,59
Pas de temps à perdre	28,89	20	25	16,44	18,33	14,66	53,24	25,22

Source : TITI NWELL Pierre (sous la coordination de...) : De la corruption au Cameroun, publié par FRIEDRICH-EBERT –STIFTUNG, Yaoundé, 1999, p.36.

Les différents arguments que des camerounais donnent dans ce tableau pour justifier le recours à la corruption montrent que leur choix est loin d'être opportuniste. Il s'inscrit dans la logique d'un calcul manifestement instrumental. Car en dehors d'une minorité de 30,9% des enquêtés qui affirme recourir à la corruption par pure mimétisme en constatant que « tout le monde agit de la sorte », 75, 81% affirment soit le faire parce qu'il n'existe pas un autre moyen (50,59%), soit parce qu'ils n'ont pas du temps à perdre (25,22%).

L'enquête menée par Arsène Brice Bado auprès des taximen de Yaoundé et publiée en 2004, arrive pratiquement à la même conclusion. Elle révèle en effet que les quatre principales raisons qui poussent ces taximen à recourir à la corruption auprès des policiers et/ou des gendarmes sont l'irrégularité des dossiers, les exigences illégales des agents routiers, la surcharge et le coût élevé des contraventions⁷⁵. En termes de calcul rationnel, ces taximen estiment gagner en négociant directement avec les agents de maintien de l'ordre qu'en payant les différentes pièces exigées. Il se tisse dans ce contexte une véritable alliance ou complicité entre quatre groupes d'acteurs, à savoir, les agents de maintien de l'ordre, les taximen, les propriétaires de taxis et les personnels des administrations publiques, et tout ceci contre l'État⁷⁶.

⁷⁵ BADO Arsène Brice : « La corruption dans les transports publics au Cameroun : le cas des taxis de la ville de Yaoundé », in MENGUE Marie-Thérèse et BOUKONGOU Jean-Didier : Comprendre la pauvreté au Cameroun, op.cit., p.304.

⁷⁶ Cf. Ibid., p.314.

Étant donné que

« les acteurs pertinents ont un ensemble déterminé de préférences et de goûts [...], se comportent de manière totalement instrumentale afin de maximiser les chances de réalisation de ces préférences, et le font d'une manière hautement stratégique qui pré suppose des calculs approfondis »⁷⁷,

Page | 352

les acteurs ici semblent d'autant plus trouver des avantages dans la corruption et dans la contrebande qu'ils estiment que loin de contribuer à la réalisation des œuvres communautaires, l'argent versé dans les caisses de l'État est généralement détourné par des agents publics.

L'efficacité des diverses actions entreprises çà et là pour tenter d'éradiquer la corruption et les phénomènes apparentés au Cameroun paraît dans ces conditions profondément hypothéquée. D'ailleurs en dépit de nombreuses mesures mises sur pied par les pouvoirs publics pour combattre la contrebande dans la partie septentrionale du pays par exemple, le rapport d'une mission effectuée dans l'Adamaoua, le Nord et l'Extrême-Nord en 2008 par le GICAM révèle non seulement la persistance de transactions illicites autour des produits tels que les hydrocarbures, le riz, le ciment et d'autres produits de consommation de première nécessité, mais également que ces transactions sont connues de tous et sont au centre d'une complicité active entre les populations et les contrebandiers⁷⁸.

Tout ceci donne quelques éléments explicatifs de la place inconfortable que le Cameroun a toujours occupée dans les différents classements des pays les plus corrompus du monde que l'ONG Transparency International a opérés entre 1998 et 2008.

⁷⁷ Cf. HALL A. Peter et TAYLOR C. R. Rosemary, cités par MULLER Pierre et SUREL Yves : L'analyse des politiques publiques, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p.45.

⁷⁸ Cf. Rapport 2011 de la CONAC sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun, pp.97-98.

Tableau N°2 : Rangs occupés par le Cameroun de 1998 à 2008 dans l'indice de perception de la corruption de l'ONG Transparency International

Année	Indice de perception de la corruption	Classement
1998	1.4	85/85
1999	1.5	99/99
2000	2.0	84/90
2001	2.0	84/91
2002	2.2	89ex/102
2003	1.8	124ex/133
2004	2.0	129ex/145
2005	2.2	137ex/158
2006	2.3	138ex/160
2007	2.4	138ex/180
2008	2.3	141ex/180

Source : Rapport 2011 de la CONAC sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun, p.102.

Une participation efficiente des acteurs de la société civile à la recherche d'une place confortable dans le classement des pays suivant le degré de corruption en leur sein passe surtout, nous semble-t-il, par la mise en place d'un environnement dans lequel l'individu gagnera plus en suivant les procédures officielles qu'en recourant à la corruption. Le processus de la simplification des procédures administratives dans le pays, notamment à travers la numérisation en cours dans le pays depuis un certain temps mérite d'être renforcé, de manière à diminuer les tracasseries dans le traitement de dossiers et dans la délivrance des pièces administratives. Les taux des impôts et autres taxes doivent être ramenés à niveau facilement supportable par la majorité des contribuables, etc.

Par ailleurs, étant donné que la pauvreté apparaît comme un obstacle majeur à la lutte contre la corruption⁷⁹, une mobilisation efficiente des acteurs de la société civile camerounaise dans cette lutte passe nécessairement par l'accélération de la dynamique du développement économique du pays, avec en toile de fond une réduction sensible de la pauvreté. L'on rejoint ici les tenants de la théorie développementaliste qui analysent la corruption comme étant surtout une réalité liée au

⁷⁹ Cf. MEDARD Jean-François : « La corruption au Cameroun : une stratégie de survie », op.cit., p.191.

sous-développement. Même si nous ne sommes pas aussi catégorique et optimiste que Samuel P. Huntington⁸⁰ pour qui, au fond, la corruption n'est qu'un phénomène provisoire appelé à disparaître avec le développement, il est néanmoins légitime de penser qu'avec la réduction de la pauvreté, l'on peut objectivement ramener le degré de cette corruption dans des proportions qui soient moins criardes.

Conclusion

« Surveiller et punir »⁸¹ les actes de corruption au Cameroun est loin d'être impulsée par les seules autorités étatiques. Elle apparaît comme la résultante des actions d'une multiplicité des acteurs et des instances disséminés aussi bien dans le champ local que sur l'arène internationale. Elle est le produit des comportements d'un ensemble d'acteurs qui sont liés entre eux par des interdépendances stratégiques et dont les interactions forment un système et obéissent à un ordre social⁸². Par ailleurs, elle n'obéit pas à la logique d'un schéma linéaire. La mobilisation des acteurs de la société civile dans ce processus est marquée par une succession irrégulière d'actions qui sont tantôt discrètes, tantôt banales. Ceci atteste que la lutte contre la corruption au Cameroun n'est pas une « totalité » achevée, cohérente et stable, mais plutôt une « totalisation » tournante et perpétuellement en cours. Elle n'existe que dans un mouvement continu et tournoyant de sa déconstruction/reconstruction par les acteurs ; elle « est » en se faisant et en se défaisant sans cesse⁸³. Les actions des acteurs de la société civile ici paraissent en effet versatiles et opportunistes. Elles sont tantôt sanctionnatrice quand ils n'en profitent pas directement ou indirectement, tantôt ils font preuve d'une compréhension suspecte lorsqu'ils en tirent profit⁸⁴. La métaphore chinoise selon laquelle « la corruption lubrifierait la machine dans un cas tandis qu'elle la gripperait dans l'autre »⁸⁵ est donc particulièrement éclairante ici.

⁸⁰ Cité par MEDARD Jean-François, *ibid.*, p.190.

⁸¹ Cf. FOUCAULT Michel : *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, Ed. Gallimard, Paris, 1975.

⁸² Cf. ERHARD FRIEDBERG : *Le pouvoir et la règle : dynamiques de l'action organisée*, Ed. du Seuil, Paris, 1997, p.13.

⁸³ Cf. CHEVALLIER Jacques : « L'analyse institutionnelle », in CURRAP : *L'institution*, PUF, Paris, 1981, p.8.

⁸⁴ Cf. OLINGA Alain-Didier, in TITI NWEILL Pierre (sous la coordination de...) : *De la corruption au Cameroun*, Op. cit., p.158.

⁸⁵ Pour plus de détails sur cette métaphore, voir entre autres : CHABAL Patrick et DALOZ Jean-Pascal : *L'Afrique est partie...*, op.cit., p.131.

**La crise anglophone à l'épreuve de la gouvernance démocratique au
Cameroun : entre risques objectifs et paranoïa insécuritaire**

*The anglophone crisis put to the test of democratic governance in Cameroon :
between objective and insecurity paranoia*

Page | 355

Par :

Didier Julien Awono Ambassa

Doctorant en science politique-Université de Yaoundé II.

Chercheur CERDAP-GIRSP

Résumé :

La gouvernance démocratique enclenchée en contexte de rupture à la paix symbolise l'immixtion de la population dans le processus du retour à la paix. Cette immixtion présente des risques plutôt discrets au regard des considérations sociohistoriques et des discours développés dans cette crise. La création des groupes d'autodéfense, et d'un renseignement prévisionnel local comme moyen de protection constitue un facteur de risque à la sécurité au sein l'Etat camerounais. Si la crise a cela de particulier qu'elle permet de mettre à nue la société, la tournure prise par la crise anglophone exprime une idée qui s'est construite et nourrie dans le temps. Cette analyse s'attèle donc à présenter les risques de gestion de la sécurité locale par des acteurs non conventionnels et propose un encadrement institutionnel et normatif pour ce mode de gestion de la sécurité.

Mots clés : crise anglophone, gouvernance démocratique, risque.

Abstract:

Democratic governance in the context of the breakdown of peace symbolises the population's involvement in the process of restoring peace. This interference presents rather discreet risks in view of the socio-historical considerations and the discourses developed in this crisis. The creation of self-defence groups, and of local predictive intelligence as a means of protection, constitutes a security risk factor within the Cameroonian state. If the crisis has the particularity of exposing society, the turn taken by the Anglophone crisis expresses an idea that has been built and nurtured over time. This analysis therefore sets out to present the risks of local security management by unconventional actors and proposes an institutional and normative framework for this mode of security management.

Key words: Anglophone crisis, democratic governance, risk.

Introduction

Le 01^{er} novembre 2022, « la population lynche à mort 05 ambazoniens à Fontem »¹ affiche le titre de Cameroun magazine. Selon des sources locales rapporte la presse numérique, cet évènement est survenu dans le marché de ce petit village de situé dans le département du Lébialem, dans un contexte où les populations ce seraient lassées des exactions sécessionnistes et ont ripostés en battant à mort ces « ambaboys ». Le silence du gouvernement traduit la viabilisation de cet acte au regard de la multiplication des appels du des autorités politiques au soutien des populations dans la gestion de cette crise. Si cet évènement fait l'objet d'affiche sur la presse camerounaise (*The Guardian Post*, 01 Novembre 2022) cela n'en demeure pas moins qu'il s'agisse d'un évènement parmi tant d'autres qui ne jouissent pas de la même propagande. En effet, l'immixtion de la population dans la lutte contre les milices séparatistes apparait fructueuse bien que les mécanismes utilisés sont très peu adéquats aux principes démocratiques. Entre héritage colonial franco-britannique, le souci de valorisation des coutumes de la société traditionnelle africaine, et exigences pragmatiques et techniques du terrain camerounais, la gouvernance au Cameroun se présente dans une dynamique de construction. Dans cette perspective, le processus de décentralisation enclenché dans les années 1996, implémenté en 2004, fait l'objet de lenteur dans le transfert de compétence et de ressources (Foutem & al, 2020). Cette forme d'organisation politique donne une un nouvel élan à la gouvernance camerounaise (Nguimdo, 2018).

L'imbrication de collectivités territoriales décentralisées dans la gestion des questions sécuritaires remet en cause le paradigme monopoliste d'un Etat (Nwatchok A Birema, 2016) dont la matrice productrice de la sécurité est centrée sur l'ordre (Belomo, 2007). Loin des analyses qui situent souvent les pratiques démocratiques au Cameroun à partir de l'ère démocratique des années 90, une lecture à partir des pratiques gouvernementales inscrit ces dynamiques depuis les années au lendemain des indépendances à travers la démocratie représentative. Les prémices d'une gouvernance étant perceptible, les fondamentaux de ce mode de régulation sociale soulignent qu'a l'image d'un travail de Sisyphe, la gouvernance est un processus inachevé qui s'invente et se réinvente en fonction des dynamiques sociétales. La gouvernance représentative ne représente donc nullement la finalité institutionnelle. Si la gouvernance est la manière dont un secteur

¹A ce propos lire la presse numérique *Cameroun magazine* « Noso : la population lynche à mort 05 ambazoniens à Fontem », 01 novembre 2022 et la presse écrite *The Guardian Post*, dans son n°2613 du 01 novembre 2022 sous le titre « Irate population captures, kills, buries five amba fighters! ». Traduction littérale, « en colère, la population capture, tue et enterre cinq combattants ambazoniens »

d'activité est géré, sa valeur ajoutée réside dans son approche inclusive et participative² dont symbolise la démocratie.

La gouvernance démocratique manifestée par une libéralisation dans la gestion des risques participe à la construction d'une marche vers la gouvernance locale au Cameroun. Elle souligne la nature du processus d'association à la prise de décision, et à la gestion des affaires publiques autour d'un Etat légitime³ laquelle prend en compte des acteurs multi niveaux et intègre des procédés d'actions variés dans un cadre légal. Dans ce sillage, outre la vision développementaliste, la gouvernance démocratique constitue une méthode par laquelle l'on peut questionner l'action de l'Etat à travers les cadres cognitifs et normatifs (Awono, 2020).

Les politiques enclenchées dans la résolution de la crise anglophone font l'objet d'une analyse à la fois des décisions mais aussi des effets de ces décisions sur le terrain (Tchinda, 2021). Sans doute, le dialogue national initié le 31 Septembre 2019 dans l'optique d'une résolution pacifique de la crise anglophone fait l'objet de plus de propagande à cause de sa longue attente, et parce qu'il inscrit la crise dans une nouvelle dynamique. Cependant, l'analyse des politiques qui en découlent a tout autant une portée majeure pour l'avenir de l'Etat. L'adoption de la loi N° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées, constitue la nouvelle boussole du processus de décentralisation enclenché par le chef de l'Etat⁴. Cet acte réglementaire trouve sa pertinence dans un contexte de crise où la particularité des régions du Nord-ouest et du Sud-ouest Cameroun est établie, mais encore à travers des améliorations dans le transfert des compétences aux collectivités en matière de crise. En effet, les nouvelles dispositions de ce code consacrent de nouvelles prérogatives aux communes parmi lesquelles la gestion des risques⁵. Dans ce sillage, la vision de consolidation de la légitimité de l'Etat trouve tout son sens dans l'implication des collectivités territoriales dans la construction des politiques de sécurité dans la gestion de cette crise. L'ouverture à une planification communale dans la gestion des risques spécifiques aux localités présente une escalade dans le contexte

² Voir Massaër DIALLO, La réforme du système de sécurité en Afrique de l'Ouest in http://www.ieps-cipsao.org/index.php?option=com_content&view=article&id=66:la-reforme-du-systeme-de-securite-en-afrique-de-louest&catid=38:partenariat&Itemid=41

³ Il s'agit des priorités sur la gouvernance démocratique du programme des nations unies pour le développement présentées par l'ONU en 1999.

⁴ L'accélération et l'approfondissement de la décentralisation constituent la principale orientation de la stratégie nationale de développement (SN30) enclenchée par le chef de l'Etat. Il s'agit de renforcer la gouvernance locale dans l'optique de constituer les collectivités territoriales en pôle de croissance.

⁵ L'article 157 du Code Général des CTD (2018) leur confie la compétence de « l'élaboration et la mise en œuvre des plans communaux spécifiques de prévention des risques et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe »

anglophone. Si la planification tient lieu d'une gestion de la sécurité locale, le train en marche dans les régions du Noso s'inscrit à partir des dynamiques du bas lesquelles se conçoivent et s'opérationnalisent dans un souci de sécurité par la légitime défense. Quoique, une interprétation des représentations des acteurs et des moyens mobilisés requiert une prise de précaution dans la gestion d'un secteur aussi central que la sécurité.

Dès lors, la gouvernance dans le secteur de la sécurité s'est avéré au bout de plusieurs analyses être la clé pour une sécurité efficace au sein de l'Etat moderne (Philip-David, 2006 ; Dieu, 1999), et particulièrement en Afrique (Bryden 2015 ; Nahi, 2016 ; Bagayoko-penone & al, 2016). Cette gouvernance passe entre autre par de multiples avatars marqués par l'analyse de la démocratisation des armées (Nkoa Atenga ,1996), du facteur militaire (Bangoura, 1987) de la société civile comme un acteur actif dans la gestion de la sécurité (Ladislas Nze Bekale, 2022), et des dynamiques monopolistes dans la gestion de la sécurité au Cameroun (Belomo, 2007 ; Bieuleu, 2012 ; Okala Ebode, 2020). Par ailleurs, la gouvernance du secteur de la sécurité ne se limite pas à des interprétations sur son efficacité mais intègre une analyse sur les dynamiques d'adaptabilité de la gouvernance du secteur de la sécurité. Il s'agit notamment des analyses portées sur le changement de paradigme de la gestion de la sécurité au Cameroun (Nwatchok A Birema, 2016) et de l'instrumentalisation de la participation citoyenne dans la gestion des questions de sécurité en Afrique (Abdoul Karim Saidou, 2019).

Toutefois, si cette analyse s'attèle à la présentation de la participation d'acteurs civil dans la gestion de la sécurité, elle délocalise cependant les interrogations vers les vicissitudes de cette gestion de la sécurité au regard des considérations sociopolitiques qui structurent le contexte de la crise sécuritaire au Noso. Si l'appel à l'imbrication des populations dans la gestion de la crise sécuritaire du Noso s'inscrit dans le projet de société de l'Etat à travers son concept stratégique de défense (défense populaire) et l'ouverture démocratique à une gestion locale des risques, les pratiques sécuritaires qui en découlent dans les régions du Noso laissent transparaître des risques imbriqués à la libéralisation de la sécurité dans cette région du territoire camerounais. Compte tenu de cela, alors que la mise en œuvre des mesures sécuritaires dans la lutte contre les séparatistes anglophones présentes la collaboration entre les forces de défense et la population comme un élément central laquelle se veut informationnelle, et dans bien des cas opérationnelle, une inquiétude demeure, comment gérer les risques latents à cette libéralisation portée par les stigmates de la gouvernance démocratique ? L'hypothèse retenue ici se résume autour de l'éventualité de mise en œuvre d'un mécanisme légal permettant non seulement de légitimer leurs actes autour

d'un Etat démocratique, d'affiner le processus démocratique mais aussi de prévenir les risques d'une remise en question de la légitimité de l'Etat suite à ses limites à assurer sa mission régaliennne. A partir d'une analyse cognitive des pratiques de la sécurité dans le contexte de la crise anglophone, il s'agit de construire un cadrage analytique des aléas induit à cette gouvernentalité et de présenter la vision d'institutionnalisation des mécanismes de gestion locale de la sécurité dans cette crise du Noso⁶ comme une réponse aux risques silencieux.

I- CADRAGE ANALYTIQUE DES VICISSITUDES D'UNE GOUVERNANCE DEMOCRATIQUE DANS LES R2GIONS ANGLOPHONES

L'ouverture d'une gestion publique de la sécurité dans la crise anglophone s'inscrit dans le projet de société du Cameroun. Cette vision de gestion de la sécurité initiée par le président Ahidjo sous le concept de défense populaire pour signifier que la sécurité est « une affaire de tout le peuple camerounais » est confrontée à une série de bavures dans son implémentation dans la crise anglophone. Alors que ce projet vise à se consolider à travers le processus de la gouvernance démocratique, la prise en compte d'un certain nombre d'aléas induit au contexte sociohistorique et politique du Noso forge la perspective janusienne de cette libéralisation de la gestion de la sécurité au Noso.

A- Régimes cognitifs de construction des risques de la libéralisation de gestion de la sécurité au NoSo

La crise anglophone survenue en 2016 sous la forme la plus simpliste de revendication des trois corps de métier laisse croire à la véracité d'un agenda caché comme le soulignait le ministre de l'administration territoriale. En effet, l'escalade de la violence deux ans après le début de la crise marque le passage d'une volonté de gestion autonome des affaires propres aux dites régions à une volonté séparatiste. S'il faut concevoir avec Simel que la compréhension d'un conflit passe à la fois par l'analyse de la dimension réaliste et symbolique de celui-ci (Simmel, 1995), la compréhension de la crise anglophone trouve ses origines dans l'histoire même du pays et dans la nature des parties en conflit. La dynamique de propagande d'un sentiment de marginalisation et de mal être marque l'essence du problème anglophone (Konnings, 1996). L'expression d'un sentiment de ne pas se sentir « chez soi » par la communauté anglophone s'est matérialisée par une littérature anglophone assez opulente (Anyangwe, 2009; (Anyefru, 2010), par les mouvements

⁶ L'on désigne par-là les régions anglophones, respectivement le Nord-ouest et le Sud-ouest Cameroun.

de la diaspora, mais surtout par la création d'un Etat fictif d'Ambazonie. Cet état des choses questionne non seulement le concept de la nation camerounaise (Mintongue, 2004), mais aussi porte un regard sur la légitimation de l'Etat dans cette partie du territoire.

Le paradoxe de la gestion de la sécurité dans l'Etat moderne est que la sécurité se substitue en la raison d'être de l'Etat, laquelle doit être assurée tout en tenant compte des libertés de la même population (Jacob & Schiffino, 2007). Cette hypothèse mérite d'être affinée dans un contexte de crise où cette légitimité est remise en cause. Le souci étant que la légitimité de l'Etat à assurer sa mission régaliennne que lui concède le contrat social est mise à nu. La légitimation s'inscrit parmi les nécessités dans la gestion d'un secteur aussi central que la sécurité. Le couple forces de défense camerounaises et population du Noso, en tant que angle d'observation de légitimité de l'Etat est éprouvé. Les bavures policières observées au lendemain de la crise ont forgés un climat de tensions entre les parties. Cette situation s'est consolidée par de nombreuses autres exactions à l'instar des arrestations arbitraires, « le massacre de Garbuh »⁷, etc. Autant d'événements malheureux qui mettent en perspective une crise de la confiance entre les parties.

Cependant, la situation dans ces régions révèlent un double interprétation porté par la vision gouvernementale de la crise anglophone (Abwa, 2015 ; Boupda Kame, 2018) et l'autre propre au référent sécessionniste (Keutcheu, 2021), qui lutte pour la reconnaissance d'une identité singulière, et une nation à part avec ses spécificités culturelles propre (Anyangwe, 2009). Cet état des choses complexifie la possibilité des rapports sains entre les protagonistes dans la gestion de la crise anglophone. La division entre anglophone dans la légitimation de cette acception est un leurre.

A cet effet, plusieurs élites anglophones soutiennent activement les méthodes du gouvernement. Les autorités politiques et administratives de cette communauté travaillent à cette dynamique à travers des mécanismes comme des communiqués, l'instauration des couvre-feux, des arrêtés sur l'interdiction de la circulation d'armes blanches et bien d'autre La facilité avec laquelle les individus se dotent d'armes à feu dans les réseaux du Nigéria vision pour assurer sa

⁷Le 14 février 2020 dans le village de Tumbo au nord-ouest Cameroun, 23 personnes (dont deux femmes enceintes et 15 enfants) sont assassinés. D'autres bavures sont recensées les 8 et 9 juin 2021, les membres des forces de sécurité camerounaises tuent deux civils, violent une femme âgée de 53ans, détruit et piller au moins 33 bâtiments dans la région du Nord-Ouest. D'après le rapport de jeune Afrique du 17 février 2020, cette affirmation se situe entre exaction, bavure ou manipulation car, le ministère de la défense du Cameroun dément formellement ces « allégations mensongères. Le gouvernement camerounais a d'abord nié les faits. Et trois jours après, le ministre de la défense annonce l'ouverture d'une enquête.

défense est effrayante soutient un maréchal de logis en fonction dans une localité limitrophe au Nigéria voisin⁸. La dissémination des armes en dépit des efforts de désarmement civil, qui se traduit par un accès facile au marché noir et par la constitution d'arsenaux privés, la corruption, l'ambivalence du rôle des chefs traditionnels frontaliers (Ngassam, 2014) ne fait que soutenir nos inquiétudes.

La dynamique explicative des aléas d'une collaboration entre les forces de sécurité et la population trouve réponse dans les considérations liées à la nature des parties. Le gouvernement soudé, bénéficie d'une légitimation des camerounais francophones et de certaines élites anglophones. Ceux-ci conçoivent la crise anglophone comme un trouble à la tranquillité du pays autrefois reconnu comme un havre de paix. De plus, certains activistes pro-gouvernementaux estime que la crise a déjà été résolu au regard des revendications qui fondent la crise. Les nombreuses politiques conçues (Tchinda, 2019) dans cette optique de changement (Muller, 2013) constituent la réponse aux mobilisations de départ. Par conséquent, une dynamique discursive se construit sur une vision de mettre hors d'état de nuire, par la force si nécessaire, les activistes de l' « anarchie ».

B- Régimes discursifs de construction de risques de la libéralisation de la gestion de la sécurité au Noso

L'analyse des représentations des acteurs à travers les discours est nécessaire pour saisir les dynamiques des risques que présente la libéralisation de la gestion de la sécurité marquée par le silence du gouvernement face aux pratiques de justice populaire dans la zone anglophone. Si Les trajectoires historiques présentent la nature des parties en conflits, leurs visions et les caractéristiques d'une crise de la confiance, entre les protagonistes, les logiques discursives renseignent aussi à ce propos. Il s'agit des idées véhiculées par les discours qui soutiennent les positions de différentes parties. En effet, les prémices du dialogue engagé au lendemain des mobilisations par le comité ad hoc dirigé par le premier ministre, ont été freinées par les bavures policières qui ont envenimées la situation⁹. La méfiance s'installe du côté de la société civile

⁸ Entretien semi-directif avec le maréchal de logis en service dans la localité d'Akwaya, localité limitrophe au Nigéria dans le département du Manyu et la région du sud-ouest. Pour des raisons de confidentialité il a préféré garder l'anonymat.

⁹ la signature d'un arrêté par le premier ministre Philémon YANG le 22 décembre 2016 portant création et organisation d'un comité ad hoc chargé d'examiner et de proposer les solutions aux préoccupations relatives au fonctionnement de la justice soulevé par les avocats anglophones du Cameroun. Les 25 et 26 novembre de l'année suivante, le premier ministre effectue sa première mission de dialogue à Bamenda sans résultat. Il arrive sans proposition concrète espérant peut-être que sa présence et sa promesse de dialogue suffirait à mettre fin à la grève. Les revendications passent de

anglophone et une tendance à la violence généralisée s'installe. Dans ce climat de tension, sur la propagande dont fait l'objet « le dialogue » comme mode de résolution pacifique de la crise, le Ministre de l'administration territoriale Paul Atanga Nji estime que :

On ne peut pas parler à ceux qui ont tenté de briser l'autorité de l'Etat, à ceux qui mettent en cause l'autorité de l'Etat.

Si l'on remarque une certaine progression dans les discours du chef de l'Etat sur la question de la crise anglophone, le lendemain de la crise exprime de fortes tensions. L'environnement discursif est très tendu, et ne manifeste guère une volonté de céder aux pressions sécessionnistes. Au gré des événements et avec des pressions internationales, les discours des activistes pro-gouvernementaux s'inscrivent peu à peu dans une dynamique de dialogue pour un retour à la paix. Toutefois, le gouvernement se refuse d'engager les débats sur la forme de l'Etat. Le Cameroun est en proie par un climat insécuritaire depuis 2014. Entre la guerre contre Boko Haram dans le grand nord, l'insécurité à l'Est Cameroun avec les groupes rebelles, les mouvements sécessionnistes dans les régions anglophones. Cet état des choses rend le gouvernement sensible à son unité structurelle et symbolique. Ainsi, le président de la république déclare :

L'unité du Cameroun est donc un héritage précieux avec lequel nul n'a le droit de prendre des libertés¹⁰

En référence à la tournure que prenait la crise, le dialogue, solution idoine de résolution de la crise, est mis sur la table par le président Paul Biya. Vecteurs de la gouvernance démocratique, l'appel du chef de l'Etat à la prise de décision sur les questions centrales concernant le pays s'est déroulé sans partenaires (Pettrigh, 2019). Les sécessionnistes conviés à ce dialogue ont répondu par le silence. A se demander « avec qui dialogue-t-on si les véritables protagonistes du dialogue sont soit incarcérés et détenus dans des prisons, soit dans les forêts avec des armes à feu en main » s'écrie l'opposition par la voix de Cabral Libi. Par ailleurs, dans une lettre depuis sa prison, Sisseku Ayuk Tabe, président autoproclamé de la république imaginaire énumère les conditions nécessaires pour un éventuel dialogue.

onze à 25 et le gouvernement dit prêt à satisfaire 21 des 25 revendications. Ce fut le premier moment où les protagonistes ont été très proches d'un accord.

¹⁰ Allocution du président de la république à la nation du 31 décembre 2016, décrivant la situation dans les régions du Nord-Ouest et du Sud-Ouest.

Nous proposons d'abord que le Cameroun qui a déclaré la guerre, déclare le cessez-le feu et la démilitarisation des régions anglophones, la libéralisation de toutes les personnes incarcérés à cause de cette crise, l'amnistie en faveur des compatriotes exilés et un dialogue international arbitré par un pays neutre et un lieu convenu par les deux parties

La discorde est évidente, le gouvernement n'entend engager aucun débat qui touche à des aspects aussi centraux que sa souveraineté et son unité. C'est dans ces propos que rappelait déjà le chef de l'Etat la position du gouvernement dans la gestion de cette crise :

L'État a le devoir impérieux de rétablir l'ordre, au nom de la loi et dans l'intérêt de tous. Agir autrement, c'est compromettre notre démocratie ; c'est laisser l'anarchie s'installer à la place de l'État de droit¹¹.

Dans ce climat austère, les bavures des forces de l'armée régulières ne facilitent pas sur le plan tactique la collaboration armée républicaine- population. La mort de leur frères au quotidien n'augure en rien qu'ils sont à l'abri. De plus, beaucoup d'entre eux auparavant des fermiers auraient rejoint les rangs de l' « Ambazonia Defense Forces » à la suite de la perte de leurs proches¹². La création d'une nouvelle région militaire s'accompagne des stratégies assimilées à la « tactique de la terre brûlée ». Celle-ci consistait à raser des villages soupçonnés d'abriter des séparatistes¹³. Cette stratégie a été adoptée à cause de la sympathie trompeuse¹⁴ qu'affichaient certaines populations dans la région du Nord-ouest Cameroun.

Dans certains villages, la population sert même de renseignement à l'armée d'ambazonia

Déclare le sergent ayant été en mission dans cette partie du territoire camerounais. En septembre 2021, l'inquiétude du gouvernement sur la tournure des événements est perceptible par les propos du porte-parole de l'armée camerounaise le colonel Cyrille Atonfack Guemo. En effet, quinze militaires sont tués dans le département du Ngok-Etundja, situé dans la région du Nord-ouest. A cet effet, le porte-parole de l'armée souligne que :

¹¹ Allocution du chef de l'Etat dans son discours à la nation du 31 décembre 2016.

¹² Reportage mis en ligne sur youtube par TV5 monde il y'a 4ans, « document exclusif : le pouls de l'Ambazonie, région anglophone du Cameroun en crise ». Consulté le 18/03/2023.

¹³ Afrique XXI. « au Cameroun une guerre qui ne dit pas son nom ». Consulté le 18/03/2023 sur le site <https://afriquexxi.info/au-cameroun-une-guerre-qui-ne-dit-pas-son-nom>

¹⁴ Entretien semi-directif avec une maréchal de logis qui a fait les deux zones et est actuellement en service dans la région du sud ouest Cameroun.

L'usage de nouveaux armements, consacrent indubitablement un changement de paradigme dans les opérations en cours.

Le conflit dans ces deux régions présente des visages bien différents. Au sud-ouest où la violence est moins ancrée, le terrain est propice à une collaboration avec les forces de l'ordre d'autant plus que « Certains villages comme la localité d'Akwaya sont belliqueux à la présence d'ambaboyes »¹⁵.

Page | 365

En somme, autant d'avatars qui biaisent la possibilité nécessitent la prudence pour une gestion locale de la sécurité locale. Mais aussi de nombreux atouts présentent la possibilité d'être responsable (Beck, 2008) en matière de gestion des risques à l'insécurité locale.

II-MISE EN PERSPECTIVE D'UN CADRE LEGAL D'ACTION PUBLIQUE SECURITAIRE DANS LES REGIONS DU NOSO

Le contexte sociopolitique de la crise anglophone se lit à travers une lunette à la fois de méfiance et d'espoir pour un retour à la paix. Les politiques engagées pour la résolution¹⁶ de la crise anglophone peinent à mettre un terme à la crise. Dites insuffisantes, inappropriées, ou en retard (Tchinda Kenfo, 2021), les réponses gouvernementales vont se renforcer autour d'un encadrement sécuritaire de crise¹⁷. Les stratégies opérationnelles ouvrant ainsi la voie à la participation citoyenne nécessitent un sentiment de responsabilité autant dans la prise en compte d'une menace commune à la paix, mais aussi à barrer la route aux réseaux de séduction et d'appel aux pratiques d'extrémisme violent. En conséquence une prise en compte des dynamiques non manifeste d'une action publique sécuritaire dans cette crise présente le risque construit dans notre vision.

A- Stratégies locales de gestion de risques sécuritaires dans la le Noso

Les régions du Noso comptent activement plus d'une quinzaine de groupes armés dont le principal est l' « Ambazonia Defense Forces ». Les recrutements se font régulièrement au sein de la population. Si l'armée régulière fait le constat d'un changement de paradigme à partir de

¹⁵Entretien semi-directif avec un sous-officier des armées en service dans cette localité, mais de permanence, l'entretien s'est faite à Yaoundé autour d'une pause-café ou il prenait de la bière.

¹⁶ Il s'agit notamment du grand dialogue, du statut spécial pour les régions anglophones et du lancement d'un plan spécial pour la reconstruction des deux régions.

¹⁷ A partir de 2017, les autorités camerounaises renforcent le commandement opérationnel à travers un commandement interarmées et l'entrée du bataillon d'intervention rapide en 2019. Toutes ces unités seront renforcées en hommes et en matériel militaire.

l'augmentation des pertes dans ses rangs, la modernisation de l'armement des milices séparatistes en est vectrice. La légitimation de l'armée s'érige en un enjeu primordial pour une gestion du conflit dans un Etat de droit, surtout que la situation est dans le viseur des organismes internationaux¹⁸.

Les ressources financières pour la plus part générées par les taxes et raquets imposées par les séparatistes dans certaines localités sous leur contrôle alimentent le conflit. Les régions anglophones se considèrent comme à risques et les localités retirées de la ville en payent le prix fort. Pour faire face à cette dynamique insécuritaire, certaines populations au sein de certaines localités optent pour la résilience. Les procédés de celle-ci vont de du renseignement à la justice populaire entraînant parfois même des pratiques occultes de protection. En effet, la résilience constitue l'un des concepts les plus novateurs de la gestion des risques en ce 21^e siècle (Normandin, 2019). Dans plusieurs dimensions de la sécurité, cette nouvelle arme de gestion de la sécurité s'impose sous des visages différents (Aradau & Van Munster, 2007). Dans le contexte de la gestion de la sécurité dans la crise anglophone, la capacité des populations à résister aux milices ambazonienne est un choix qui se définit autour des mécanismes de solidarité au sein de la communauté. Barrer la route aux exactions des « ambaboy » c'est la mission que se fixent ces populations. Pour cela l'organisation locale à la prévention des dommages se fait autour des comités de vigilances. De petits groupuscules de personnes assurent la mission de renseignement, d'information et de protection des ressortissants de leurs villages.

La situation d'alerte dans laquelle se définit la population dans certaines localités de la sous-région se traduit l'ingéniosité des populations et des facteurs transcendantale associés à la crise (Machikou, 2018). De nombreux reportages des organismes internationaux confirment des pratiques de sorcellerie et des rituels par les ressortissants de ces territoires comme moyens de protection. Dans le village d'Akwaya situé dans le département de la Manyu de la région du Sud-ouest, des « gris gris » auraient été enterrés à l'entrée du village interdisant les jeunes de rejoindre les rangs des milices « ambazonienne » sous la peine de mort¹⁹. Cette stratégie participe des techniques adaptées par les populations dans la gestion des dynamiques sécuritaires pour la crise

¹⁸ Les organismes de défense des droits de l'homme s'y investissent considérablement. L'ONU par exemple demande l'ouverture d'une enquête sur les exactions commis par les forces armées à Ngarbuh. Le rapport Human Right Watch " Cameroun : des soldats ont perpétré des actes de violence dans la région du Nord-Ouest". Dans ce rapport du 03 février 2022, l'ONG internationale de défense des droits de l'homme explique une série de tueries commises par les forces de défense camerounaise dans les régions anglophones.

¹⁹Le rapport Human Right Watch " Cameroun : des soldats ont perpétré des actes de violence dans la région du Nord-Ouest" 03 février 2022

anglophone. Aussi, le développement des techniques de renseignement. Les « black legs »²⁰ c'est sous cette appellation qu'on identifie les villageois lambda qui se chargent de la mission d'espionnage et d'alerte à la présence d'intrus, ou des personnes suspectes. Par le même procédé, ces donneurs d'alerte fournissent des renseignements aux forces de défense et de sécurités présentes dans la localité pour les accompagner dans cette lutte.

Aussi, dans une dimension stratégique, les chefs de villages « coordonnateurs des black legs », sont en constance collaboration avec les chefs d'autres villages afin d'assurer une gestion efficace des risques sécuritaires. Cette collaboration d'un point de vue administratif est coordonnée à partir des réunions départementales ce qui inclus les responsables des communes. Les réunions sécuritaires départementales n'incluent que dans la mesure du possible les chefs de villages, personnalités administratives légalement reconnue de la localité. L'absence des « black legs » actifs sur le terrain dans l'élaboration des stratégies de prévention des dynamiques insécuritaires constituent encore une limite à la gouvernance démocratique. Ces villageois abandonnent souvent leurs activités champêtres, principale activité à la survie des populations, pour assurer pleinement leurs missions. Cependant pour ces modes de gestions assez ponctuels de la sécurité au noso, t des inquiétudes demeurent. Les dynamiques insécuritaires étant sporadiques, la vision d'une pérennisation de ces plans d'actions forgent la vision de l'institutionnalisation de cette gestion des risques par les lanceurs d'alertes.

B- Dynamique d'institutionnalisation de la gestion des risques sécuritaires dans les régions du Nord-ouest et du Sud-ouest

Dans le dictionnaire de la science politique et des institutions politique, Eisenstadt entend par institution une « entité dont le principe régulateur organise la plupart des activités de ses membres dans une société ou une collectivité et selon un modèle organisationnel défini qui est étroitement lié soit aux problèmes fondamentaux, soit aux besoins de cette société, de ce groupe ou de cette collectivité, ou à quelques-uns de ses buts » (Eisenstadt, 1971). Par ces propos, il s'agit de saisir le caractère déstructuré d'une institution à travers des processus d'organisation des modèles sociaux dans le temps. Les dynamiques d'insécurité qui alimentent ce moment de crise soulignent les faiblesses de notre système de sécurité en temps de paix, et par ailleurs un dispositif de sécurité quasi inexistant dans les campagnes (Dieu, 1999). Le problème de la sécurité en zone rurale passe en second plan en termes de priorité. Pour des soucis de légitimité et de visibilité en

²⁰*Ibid.*

milieu urbain, et, compte tenu de la large médiatisation donc fait la plus part des problèmes de sécurité en milieu urbain, la prise en compte permanente de la sécurité en milieu rurale par les forces de défense et de sécurité n'obeit guère une stratégie. Le sentiment d'insécurité et l'état de sécurité des populations (Guillon, 2016) est très fragile dans les régions reculées des milieux urbains dans ce contexte de crise (Razafindrakoto, 2018). Cette situation justifie l'immixtion des populations rurales à travers le développement des stratégies et techniques de gestion de la sécurité dans ces régions.

A ce titre, l'analyse de la participation citoyenne non institutionnalisée des populations dans la gestion de la crise anglophone présente dans un avenir lointain ou proche des risques sécuritaires pour la sous-région et le pays. Alors que la société du risque théorisée par Beck en appelle à une société responsable au regard de la généralisation des risques, les risques associés aux perspectives d'après crise et du pendant la crise la crise anglophone en appelle à la prudence. Une sociohistoire des dynamiques insécuritaires au Cameroun relève relativement des dynamiques insécuritaires associées à une mauvaise gestion des ex-combattants après la guerre notamment avec le phénomène des coupeurs de route à l'Extrême-nord (Saibou, 2010). Si selon les perceptions des autorités gouvernementales, la crise anglophone survenue en 2016 participe à la fabrication d'un sournois projet de déstabilisation de la société. Delà, il s'agit de poser un regard sur les risques d'une libéralisation de la gestion des risques sécuritaires par les populations. L'institutionnalisation de cette gestion des risques pendant la crise permet de travailler à l'anticipation des risques induit à ce contexte sociopolitique et crisogène au Cameroun.

Si l'on conçoit avec Muller qu'une politique cible un public (Muller, 2013), l'institutionnalisation d'une gestion locale de la sécurité place les jeunes au centre de la mise en œuvre de cette politique. Dans un contexte d'extrême sensibilité ou de plus en plus les jeunes se livrent à des pratiques de banditisme, d'extrémisme violent, ou sèment la terreur comme cela se souligne avec la résurgence des « microbes » à Douala et du phénomène des coupeurs de route sur la « nationale numéro trois », confier cette mission aux jeunes participe à la double mission de démocratisation et création des emplois pour cette catégorie sociale de la population. La tendance démocratique ici porte d'avantage à la prise en compte de cette catégorie sociale qui se plain de leur exclusion dans la gestion des affaires concernant leur avenir. De plus, cette vision répond d'avantage aux revendications des populations sur la trop présence des francophones dans la prise de décisions et la gestion des affaires les concernant particulièrement. Il s'agit donc de construire un climat de confiance avec les populations dans un état de pérennisation des relations entre la

population et les forces de défense et de sécurité. Dans cette dynamique, le public cible de cette politique vise le changement de la société et par ricochet à modifier les comportements des individus (Borraz & Guiraudon, 2010) à travers ce climat de confiance.

Le passage d'un modèle classique de gestion des risques menés par un Etat centralisé sur des secteurs bien définis comme la sécurité à un modèle qui s'intéresse aux question de légitimité, et de régulation sociale constitue le renouveau dans cette gouvernamentalité. Le transfert de compétence en matière de gestion des risques aux collectivités s'inscrit sous le paradigme d'action publique (Lascoumes & Le Galès, 2010). Il s'agit de sortir d'une lecture fétichiste d'analyse des risques, dont le succès ou l'échec est essentiellement conditionnée par les stratégies gouvernementales. Le nouveau code de décentralisation marque la nouvelle lunette d'analyse de l'action de l'Etat. Le succès pour une gestion durable des risques ne saurait se limiter à la sécurité locale. Il s'agit de décentrer la gestion des risques en établissant un nouveau rapport entre gouvernant- gouvernés, lequel repose sur une gestion locale de la sécurité.

Dans cette dynamique, si la politique est un construit donc le sens n'est pas toujours manifeste, il s'agit par cette analyse de soutenir l'institutionnalisation dans la gestion locale des risques comme l'aboutissement de cette gouvernance démocratique. Bien plus, de s'inscrire dans une dynamique de gestion des risques qui peuvent se développer de manière sournoise dans la gestion ouverte de cette crise. En d'autres termes, la gestion locale des risques se définit elle-même comme un facteur de risque compte tenu d'une lecture particulière des enjeux qui se jouent dans cette crise.

Conclusion

En somme, face à la question de comment gérer les risques latents à la libéralisation portée par les stigmates de la gouvernance démocratique, il en ressort que les structures sens qui renseignent sur la relation qui caractérise cette collaboration sont construit sur la méfiance. Par conséquent, l'institutionnalisation de cette pratique sécuritaire constitue non seulement une stratégie de concrétisation du processus de gouvernance démocratique enclenchée mais aussi permet de gérer les risques associés à cette pratique dans le temps. Le politique doit forger son action sur la prudence. En effet, la conceptualisation de la gestion des risques à partir de la sécurité locale mutile bien des risques dont renseigne le contexte sociopolitique et historique des zones en crise. L'analyse des stratégies propres aux populations dans la gestion des risques d'insécurité peut s'avérer bien plus complexe qu'une activité de résilience. Le cadre cognitif propre à la nature des

parties en conflits permet de concevoir la gestion ouverte des risques insécuritaires comme facteurs de risque à l'hégémonie de l'Etat et à la sécurité des populations. Les mécanismes, les moyens utilisés et les acteurs concernés pour une gestion efficace des risques sécuritaires dans cette crise ne sont point dénués de sens plurivoque. Il s'agit d'opter pour une gestion durable des risques à travers ces mécanismes tout en pérennisant la collaboration entre acteurs. Le but étant d'établir un principe de précaution dans cette gestion collective de la sécurité.



Les stratégies chinoises et les logiques occidentales dans la course pour les intérêts pétroliers dans le golfe de guinée

Chinese strategies and western logics in the race for oil interests in the Gulf of Guinea

Par : Page | 371

IBRAHIM ABDOU

Doctorant à l'université de Maroua (Cameroun),

abdouibrahim2233@gmail.Com

Résumé :

Dès la sortie de la guerre froide, un renouvellement d'intérêt des grandes puissances pour le continent africain, en particulier le golfe de guinée est manifesté. Ce regain d'intérêt constitue le début de concurrence entre occidentaux (Etats-Unis et pays européens) et les pays émergents dont la Chine à travers des investissements stratégiques. Pour une fois, l'on constate le développement d'une concurrence des occidentaux sur le sol africain à la fin des années 1990¹. Ils ne sont pas ainsi les seuls à réinvestir l'Afrique dont les ressources sont stratégiques pour le leadership international. L'entrée de la Chine dans la sous-région riche menace les occidentaux. Les ressources énergétiques du golfe de guinée sont stratégiques au temps contemporain pour les grandes nations de la scène internationale², justifiant la confrontation des puissances de 1990, fait de la région, riche³ un champ de bataille où diverses stratégies matérialisent le conflit.

-Mots clés : Stratégies, Logiques, Course, Intérêts pétroliers, Golfe de Guinée

¹ Foucher, M., 1997, « La fin de la géopolitique », in *Politique Etrangère*, printemps, pp12-17.

² Lorot, P., « La géoéconomie, nouvelle grammaire des rivalités internationales », in *Annuaire*, p5

³L'Afrique subsaharienne représente plus ou moins 5 % des réserves mondiales pétrolières, raison stratégique de déploiement des puissances dans une logique d'opposition depuis la fin de la guerre froide.

Abstract :

From the exit of cold war, a renewal of interest of the great powers for the african contains, especially the Gulf of Guinea is manifested. This renewed interest is the beginning of competition between westerners(United States and Europeans) and emerging countries including Chinathrough strategic investments. For once, the development of competition from westerners on african soil at the end of 1990. The are not the only ones to reinvest africa whose resources are strategic for international leadership.the entrance of China into the rich sub-region threatens the westerners.the energy resources of the Gul of Guinea are strategic at contemporary time for the great nations of the international scene, justifying the confrontation of the 1990 powers, made of the region, rich a field of battle where various strategies materialize the conflict.

Keywords : Strategies, Logic, Race, Petroleum Interests, Gulf of Guinea

Introduction

La sous-région du Golfe de Guinée est une zone riche en ressources pétrolières qui suscite l'intérêt des divers acteurs internationaux dont les grandes puissances depuis plusieurs décennies. C'est précisément vers la fin des années 1990 avec la volonté manifestée par les acteurs internationaux dont les grandes puissances traditionnelles et émergentes à se repositionner que l'importance stratégique de cette zone autrefois en marge des discussions monte en puissance. Désormais, les puissances traditionnelles et les puissances émergentes croisent leurs regards sur cette zone d'une variété des ressources stratégiques, notamment le pétrole dont la réserve est estimée 24 milliards selon le statistique de l'AIE⁴. Les émergents dont la Chine et les occidentaux, les Etats-Unis et leurs alliés européens se sont projetés dans la conquête des intérêts pétroliers jugés comme l'un des facteurs phare de la puissance du XXI^e siècle et le Golfe de Guinée⁵ regorge en grande quantité.

Page | 373

Ainsi, la Chine qui doit son remarquable développement aux ressources stratégiques dont le pétrole optimise ses chances sur les pays producteurs du golfe de Guinée dans le but ultime de diversifier et de sécuriser ses sources de ravitaillement à travers la mise en place des stratégies et moyens important. Seulement, elle heurte⁶ les ambitions et les intentions des pays occidentaux qui, aspirent à continuer leurs dominations pour certains et à acquérir d'autres intérêts pour certains. Alors, l'usage des moyens et stratégies différentes pour le but d'accéder aux intérêts pétroliers des pays du golfe de Guinée font jaillir sur le terrain un climat des conflits et des tensions entre puissances traditionnelles (Etats-Unis, union européenne) et puissances émergente (Chine). Etant l'objet de la convoitise de deux belligérants qui d'ailleurs continuent d'écarter l'idée de l'existence d'une guerre économique à laquelle ils font face chaque jour sur la scène internationale selon CHRISTIAN HARBOULOT, les pays rentiers du golfe de Guinée entre autres l'Angola, le Nigeria, le Gabon et le Cameroun pour ne citer ceux-là peuvent tirer profit de cet antagonisme pour mieux orienter leurs développements.

Dans une approche analytique et avec un cadre méthodologique et théorique bien structurer, nous examinerons dans cet article les stratégies de la Chine et les logiques occidentales dans la course pour les intérêts pétroliers dans le Golfe de Guinée et discuterons de leurs

⁴Layne C, 1997 « From Preponderance to Offshore Balancing », in *International Security*, vol. 22, n° 1, Summer, p8.

⁵ Tanguy struye de Swielande, 2011, la Chine et les grandes puissances en Afrique : une approche géostratégique et géoéconomique, presses universitaire de Louvain, p174

⁶ Aron R., 1962, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, p10.

implications pour la sous-région et la scène internationale⁷. A travers le réalisme, le néoréalisme comme cadre théorique et la géostratégie, géoéconomie et géopolitique comme approche, nous examinerons premièrement les stratégies de la Chine à travers les motivations et leurs déploiements dans l'offensive de pékinoise et deuxièmement nous parlerons des logiques occidentales de riposte à la menace chinoise dans le golfe de guinée⁸.

I- LES STRATEGIES DE LA CHINE DANS LA COURSE PETROLIERE DANS LE GOLFE DE GUINEE

Dominer par l'ambition et l'envie de construire une réserve pétrolière pour son indépendance énergétique et le maintien de son train de vie, la Chine dès son retour sur le continent africain à la veille des 1990 s'est distinguée par une offensive multiforme. Seulement, cette dernière est définie d'une part à travers les motivations de la Chine pour un Golfe de Guinée riche en ressources énergétiques et d'autre part à travers la promotion d'une volonté politique d'investissement chinois et d'une mise en place d'un type de partenariat nouveau et durable avec les pays du golfe de guinée.

A- Les motivations de l'engagement de la Chine dans le Golfe de Guinée

A la veille de la décennie 1990 plusieurs raisons ont motivé la projection de la Chine en Afrique, mais la plus prépondérante tourne autour des intérêts pétroliers dont le Golfe de Guinée constitue le foyer⁹. Ainsi, la Chine a structuré un regard passionnant sur les intérêts stratégiques, notamment énergétiques pour sa croissance, la diversification de ses sources d'approvisionnement et une volonté d'établir et de renforcer des liaisons diplomatiques, politiques avec le continent africain. Mais, l'accent est beaucoup plus mis sur les pays producteurs du pétrole dans le Golfe de Guinée. Car ces derniers sont aux yeux de la Chine une forme d'alternative et d'opportunité de ravitaillement en pétrole qui peut mieux contenir la concurrence des puissances occidentales.

1- Les besoins énergétiques croissant de la Chine

Le développement remarquable dont la Chine fait la preuve est liée à la consommation des ressources énergétique de la population chinoise. Ainsi, la stabilité énergétique, comme matière stratégique devienne une urgence pour une Chine qui aspire à maintenir son train de vie. Une

⁷Barréa, J., 2002, *Théories des Relations Internationales : de l'« idéalisme » à la « grande stratégie »*, Namur, Editions Érasme, p5

⁸ Lorot, P. 1997, « De la géopolitique à la géoéconomie », in *Revue française de géoéconomie*, n° 1, p9

⁹Foucher, M., 1997, « La fin de la géopolitique », in *Politique Etrangère*, printemps, p 20.

volonté qui se manifeste dans la politique diplomatique chinoise de lutter pour une conservation d'une indépendance énergétique durable. C'est d'ailleurs une arme importante dans la politique des officiels chinois visant à renforcer leurs positions dans le jeu de puissance sur la scène internationale longtemps sous domination occidentale¹⁰. Ainsi, le retour effectué par la Chine en Afrique à la veille des années 1990 est caractérisé par une visée énergétique dont les intérêts pétroliers constituent la cible principale. Déterminer, la Chine a affichée son intérêt pour un continent qui était jusque là dominé mais un peu délaissé par les puissances traditionnelles. A cet effet, les besoins énergétiques à laquelle la Chine aspire à satisfaire est la preuve du déploiement et d'implantation des entreprises chinoises dans le secteur pétrolier des pays du golfe de Guinée, notamment l'Angola, le Nigeria, le Gabon et le Cameroun. Dans cette perspective, les entreprises chinoises dont la CNPC en Angola, la CNOOC et SINOPEC au Gabon et au Cameroun constituent des acteurs à part entier de la politique de Pékin de sécurité et de diversification des intérêts énergétique. C'est ainsi que la Chine est consacrée un deuxième grand consommateur du pétrole derrière les Etats-Unis et devant le Japon en 1993, une période qui a fait de dragon d'Asie un concurrent redoutable des occidentaux dans la course pour des intérêts économiques sur la scène internationale.

Ainsi, le continent africain et le Golfe de Guinée avec ses 24 milliards de réserve estimée en pétrole a suscité l'intérêt de la Chine, une puissance en gestation dont les matières énergétiques sont indispensables. Également, il y va de la manifestation de la Chine à se projeter comme une puissance désireuse de contester la suprématie occidentale sur la scène internationale. Délaissé par les puissances traditionnelles selon la vision affropessimiste, le continent africain est courtisé d'avantage par une Chine plus que jamais dans une logique de la compétition économique mondiale¹¹ cherche où se procurer des énergies en particulier le pétrole. Eu égard, l'Afrique et le Golfe de Guinée particulièrement constitue pour la Chine un potentiel des ressources qui peuvent soutenir les insuffisances énergétiques et assurer le développement d'une part et un maintien d'une cohésion sociale et consolider son projet géoéconomique d'autre part.

Dans cette perspective visant à atteindre ses objectifs énergétiques sous la forme d'une compétition avec les occidentaux, la Chine initie une politique de la diversification de ses sources d'approvisionnements en énergétique dont le pétrole via ses entreprises dans le Golfe de Guinée.

¹⁰ Lorot, P, 2000, « La géoéconomie, nouvelle grammaire des rivalités internationales », in *Annuaire Français des Relations Internationales*, p11

¹¹Carroué, L., Collet, D., Ruiz, C., 2009, *La mondialisation : Genèse, acteurs et enjeux*, France, Éditions Bréal, p26

2- La politique de diversification des sources d'approvisionnement énergétique de la Chine par les entreprises

La diversification des sources d'approvisionnement en matière énergétique dont le pétrole est un des défis stratégiques de la politique d'ouverture de la Chine. Ceci traduit ainsi la détermination de cette dernière depuis son inscription dans la course pour les intérêts économique, notamment pétrolières des années 1990. Pour acter cette initiative, les officiels chinois dès leur retour signalé sur le continent africain ont fait du secteur énergétique une priorité et ont en même temps renforcés les déploiements de leurs entreprises, soutenus par les politiques dont le but est de maximiser plus des intérêts pétroliers. Il s'agit ainsi, la ruée des compagnies chinoises, notamment la CNPC, CNOOC et SINOPEC trois géants sous le contrôle et financement de l'Etat chinois, une révélation de la concurrence aux positions des puissances traditionnelles en Afrique. Désormais, les marchés des hydrocarbures font l'objet d'une bataille¹² voilé entre les compagnies chinoises et les compagnies des pays occidentaux.

Ainsi, dans les années 2000, notamment suite à l'invasion américaine de l'Irak, les ravitaillements chinois dans la région semblent de plus en plus vulnérables. La Chine s'est tournée alors vers le continent africain, en l'occurrence dans les pays du golfe de guinée, riches en ressources énergétiques. Un nouveau pôle d'alternative pour diversifier les ravitaillements en pétrole de la Chine, deuxième grand consommateur après son rival américain. En effet, les entreprises pétrolières sillonnent les ressources africaines dans un climat tendu avec la présence traditionnelle des occidentaux. Suivant les opportunités qui s'offrent à elle, la Chine déploie ses entreprises dans le golfe de guinée au Nigeria, Angola, Gabon, Tchad et le Cameroun, des pays dont les réserves sont importantes dans le golfe de guinée. Pour s'installer, les entreprises chinoises, notamment CNPC, CNOOC, SINOPEC et Pétrochina bénéficient des soutiens économiques, financiers et diplomatiques de leur gouvernement, ceci dans une logique de compétition avec les filiales occidentales.

Conscientes de la promotion de la politique de diversification de sources d'approvisionnement énergétiques du gouvernement, les entreprises chinoises rentrent dans une logique compétitive avec les filiales occidentales dont Shelle, Total ou Exon-Mobil comme le cas du camp d'Akpo au Nigeria du bloc B18 en Angola¹³. Dans ces derniers, les entreprises chinoises

¹² Chauprade, A. Op.cit., p5

¹³ ibid

avec le concours de leur gouvernement ont pu se réapproprier des contrats d'exploitations détenus pendant des décennies par le géant français Total, une illustration parfaite de la dynamique de la guerre qui oppose les grandes puissances sur la scène internationale à travers les entreprises. Ainsi, la Chine se déploie dans une perspective diversifiante de ses sources d'approvisionnement en hydrocarbure, en droite ligne avec sa politique d'indépendance énergétique et de sa capacité à influencer le marché international¹⁴. Dans la démarche de cette concurrence économique, notamment énergétique, la Chine depuis la fin de la guerre froide voit les pays africains producteurs du pétrole avec beaucoup d'attention et comme des cibles essentielles. Cette attitude chinoise est caractérisée par la volonté des officiels chinois à menacer la présence des entreprises des puissances traditionnelles, car elles rendent les marchés des hydrocarbures des pays africains difficile à accéder. Mais, l'appétit de la Chine pour les hydrocarbures, notamment le pétrole a contribué à la montée en puissance des pays producteurs qui, désormais aspirent à chercher d'autres partenaires. Et, la Chine les offre des nouveaux contrats bénéfique et les promet de respecter leurs souveraineté politique, diplomatique et économique¹⁵. Flatter par la nouvelle proposition chinoise, les pays producteurs de pétrole du golfe de guinée qui désirent à triompher de la domination occidentale n'ont pas hésités à s'ouvrir aux entreprises chinoises. C'est dans ce sens qu'en 2007 la filiale chinoise CNPC bénéficie d'une participation de 45% au Nigeria où Total sort déçus.

Également, la Chine à travers sa stratégie politique (non-ingérence et de la neutralité) d'une part et son atout économique (disponibilité financière, constructions des infrastructures diverse) d'autre part se renforce dans plusieurs pays dont les hydrocarbures sont importants, notamment l'Angola. Longtemps dans le viseur des critiques pays occidentaux qui pillent les ressources, l'Angola secoué par près de 30 ans de guerre trouve une alternative au déploiement chinois. Ainsi, la Chine et le gouvernement angolais sous l'abandon des conditions politiques des puissances traditionnelles éprouvent tous les deux l'importance de coopérer. Pour la Chine, l'Angola constitue un atout stratégique important qui peut renforcer la volonté d'indépendance énergétique, si chère à sa place sur la scène internationale¹⁶. Et, l'Angola s'inscrivant dans une logique de reconstruction des dégâts de la guerre, voit les moyens financiers présentées par le gouvernement chinois sans condition politique au préalable comme une opportunité sans précédente. Car la Chine constitue

¹⁴ ibid

¹⁵ ibid

¹⁶ ibid

pour l'Angola en détresse comme une alternative le permettant de contourner les financements des occidentaux bourrés des conditions politiques mais aussi une possibilité contrôler le flux commercial de ses hydrocarbures¹⁷ et de mieux faire face au déficit infrastructurel. Les deux pays tombent d'accord sur la nécessité de mettre sur pied un nouveau type de coopération dans une logique des partenariats gagnant-gagnant et en promouvant surtout le respect de la souveraineté politique, stratégie qui pour eux de contrer les visions des puissances traditionnelles. Dès 2004, le gouvernement angolais et chinois par l'entremise de la CNPC signe un contrat de concession contre un financement de 2 milliards de dollars pour les infrastructures. Cette signature a marqué d'une part le début de la pénétration des marchés pétroliers angolais des entreprises chinoises et d'autre part un succès d'affaiblissement des positions des pays occidentaux, notamment la France dans un foyer stratégique des hydrocarbures. Cependant, l'attitude des autorités angolais à intensifier ses partenariats avec la Chine dans le domaine énergétique, est perçue par les pays occidentaux, concurrents directs de Pékin comme une menace visant à évincer de ce pays à un potentiel stratégique considérable. Car l'Angola fait l'objet des vives critiques des occidentaux qui, ont quelque peu s'écarter du pays à la veille de la décennie 1990. Restant dans une logique permettant à la Chine d'atteindre les objectifs de la diversification de ses sources d'approvisionnement, les entreprises chinoises ont constituées en Angola une des cibles des dirigeants occidentaux dont français qui, les taxent de l'usage des pratiques déloyales dans les marchés des hydrocarbures¹⁸. Par ailleurs la Chine est quelque peu jalouse par ses concurrents occidentaux et bénéficie un ravitaillement d'environ 40% des intérêts pétroliers angolais. Alors, la posture des pays occidentaux vis-à-vis de la poussée des entreprises chinoises en Angola met en lumière la véritable guerre économique que refuse de reconnaître les belligérants. Selon le sens de Christian HARBOULOT, les grandes puissances sont depuis toujours dans une logique d'un affrontement économique sans toutefois l'afficher véritablement sur la scène internationale¹⁹. Ainsi, l'hypothèse de cet auteur collabore entre autres avec la montée en puissance des ressources énergétiques, notamment le pétrole dès la volonté du royaume britannique à se construire un navire qui consommerait les hydrocarbures au lieu du charbon au début de la décennie 1900. Conscient

¹⁷ Kounou M, 2006, pétrole et pauvreté au Sud du Sahara : analyse es fondements de l'économie politique du pétrole dans le golfe de Guinée, Yaoundé, Clé, p13

¹⁸ Ibid

¹⁹ HARBOULOT Christian, 2005, De la légitimité du patriotisme économique, Revue internationale et stratégique, p8

de l'importance des hydrocarbures pour le renforcement de la puissance sur l'échelle mondiale, la Chine devient inarrêtable et sillonne l'Afrique²⁰.

Dans la même dynamique chinoise de diversification de ses sources d'approvisionnement, le gouvernement pékinois en 2004 crée un climat de rapprochement avec un Gabon riche en hydrocarbure aux yeux de Paris. Situation peu envisageable auparavant, la Chine grâce à une diplomatie efficace a pu pénétrer le marché pétrolier gabonais. Ainsi, pour une décennie, la Chine parvint à décrocher des contrats d'achats et de partage de production du pétrole gabonais, longtemps sous la domination des entreprises françaises. Pour ces dernières, le pétrole gabonais lui est légitime car, non seulement les ressources constituent des butins de la colonisation mais également à la veille des indépendances des pays francophone d'Afrique, excepté l'Algérie les français sous la conduite du général De Gaulle ont mis sur pied une stratégie : c'est le droit de refus qui, stipule que la France et en l'occurrence les entreprises françaises constituent le premier exploitant et client des gisements découverts²¹. Ainsi, l'accès à l'exploitation ou à la vente du pétrole gabonais dépend de la volonté des français et de leurs relations avec un autre potentiel client.

Mais, les chinois viennent relativiser le monopole français sur le Gabon et son pétrole et constitue un bâton dans les roues des entreprises françaises. Les entreprises chinoises deviennent dès lors des acteurs indispensables de la politique du gouvernement à se construire une réserve des hydrocarbures à l'image des Etats-Unis par le biais de la diversification de ses sources de ravitaillement, un désir qui fait de la Chine une puissance compétitive dans la course pour les intérêts énergétiques depuis la fin de la guerre froide²². A la fin de cette dernière, la Chine n'a pas dissimulé ses intentions à conquérir d'autres espaces riches et à renforcer sa puissance qui est gestation par rapport aux puissances traditionnelles. En effet, les ressources énergétiques, notamment le pétrole a rythmé ses motivations au sein desquelles les entreprises ont constitué des acteurs stratégiques et se sont comportées comme des véritables patriotes au service de la nation chinoise, car elles font face à une présence ancienne des pays occidentaux et de leurs filiales.

En parallèle la Chine à travers sa conquête des intérêts énergétiques grandement éprouvée, entend non seulement d'établir mais de renforcer ses relations diplomatiques avec les pays africains. Car, c'est grâce aux manœuvres diplomatiques et singulièrement par le biais de

²⁰ GAUCHON, P., 2011, Dictionnaire de géopolitique et de géoéconomie. Paris, PUF, collection Major, p6

²¹ MARTRE, H., 1994, Intelligence économique et stratégie des entreprises. Rapport du groupe de travail du Commissariat général au plan. Paris, Documentation française, p12

²² LAIDI, A., 2016, Histoire mondiale de la guerre économique, Paris, Perrin, p25

soutien diplomatique des pays africains que la Chine a par le passé retrouver son statut de membre permanent au sein de conseil de sécurité des Nations-Unies²³. Ainsi, associer la séduction diplomatique aux objectifs économique, notamment énergétiques deviennent une motivation stratégique dans la démarche des grandes puissances sur la scène internationale et surtout en Afrique. Bien face à l'existence d'une relation diplomatique consubstantielle à l'approchement entre les pays africains et le monde occidental, la Chine connaît une importante avancée. Aujourd'hui elle a sous ses charmes la majorité des pays africains même ceux qui sous l'influence des occidentaux refusaient de reconnaître la RPC tel que le cas du Sénégal et le Tchad. Ces derniers constituent des exemples des pays dont la vision diplomatique était en parfaite parallèle avec la Chine mais, ils ont rétabli à partir de 2005 des bonnes relations avec le gouvernement de Pékin.

Pour y faire face et atteindre les objectifs fixés dont la construction d'une réserve énergétique en diversifiant ses sources de ravitaillement avec le concours de ses entreprises, la Chine a rassemblé des nombreux moyens et a élaborée des multiples stratégies, nouvelle dynamique de la puissance qui vise à persuader et à convaincre ses relations sur la scène internationale.

B- La Chine : les stratégies et les moyens d'offensive de charme dans la course pétrolière dans le golfe de guinée

Pénétrer et dominer un paysage stratégique dans lequel qu'on est en retard ou bien moins renforcer nécessite des efforts considérables et l'usage des moyens ou stratégies diversifier. Ainsi, plusieurs sources écrites présentent la Chine en Afrique en tant qu'une puissance compétitive seulement à partir du début des années 1990²⁴. En effet, c'est au cours de cette dernière que le

²³ Le statut de membre permanent de conseil de sécurité des nations unies constitue un atout stratégique pour les grandes puissances dans la poursuite des objectifs économique, notamment énergétiques. Ils promettent ainsi d'un appui diplomatique internationale aux pays producteurs de pétrole contre une décision ou une sanction compromettant ces pays en échange contre les contrats d'exploitations des ressources. La Chine depuis son retour au sein du conseil constitue par les pays africains une alternative de soutien plus souple aux pays occidentaux. Dans la même dynamique, la Chine profite de son statut pour se faire des alliés africains dont le but est de résister aux menaces de sanctions économique que les Etats-Unis ne cessent de formuler à son égard, il est ainsi d'un intérêt double pour pékin et leurs fournisseurs de pétrole.

²⁴ Cette période marque le retour de la Chine sur le continent africain mais pas avec les mêmes objectifs que par les années précédentes. Elle revient essentiellement avec les ambitions et objectifs de conquérir des intérêts énergétiques non seulement pour diversifier ses sources de ravitaillement mais aussi pour se doter une réserve pétrolière importante pouvant maintenir le train de son développement en marche et dans la même dynamique revendiquer le leadership économique mondial aux côtés des Etats-Unis, car devenue déjà un grand consommateur des hydrocarbures, notamment le pétrole.

gouvernement chinois a fait irruption sur un continent bourré des ressources avec une volonté affichée de compétir et lutter contre l'emprise des puissances traditionnelles sur des intérêts stratégiques, notamment énergétiques des pays africains. Consciente de l'antériorité des positions de ses adversaires, la Chine dès le début de son déploiement présente des moyens et stratégies de charme nécessaire à son insertion sur le marché africain en particulier sur les énergies. Mais, les pays africains producteurs des énergies, notamment producteurs du pétrole du golfe de guinée constituent la cible prioritaire de Pékin qui, invite ses entreprises à poussée leur présence dans le secteur. Alors, les moyens et stratégies de la Chine en Afrique dans les pays du golfe de guinée, connus par leurs potentiels en réserve pétrolières sont observable dans divers secteurs et constituent un facteur clé dans le processus de développement de ces pays. Il s'agit : de l'établissement d'une politique d'investissement et de partenariat économiques entre la Chine et les producteurs de pétrole du golfe de guinée et de la consolidation d'une diplomatie énergétique orienter par une volonté d'accéder aux intérêts pétroliers.

1- Stratégie d'investissement direct étranger chinois dans le secteur pétrolier dans le golfe de guinée

De retour sur le continent africain presque délaissé par les pays occidentaux au début des années 1990, la Chine fait de la chasse aux intérêts énergétiques une priorité indéniable pour rester dans la logique de ses objectifs d'établir une réserve par une diversification de ses sources d'approvisionnement²⁵. A cet effet, elle choisi d'investir sur le continent africain mais avec une singularité affective sur le secteur pétrolier. Ce dernier est présenté par plusieurs auteurs comme visée stratégique qui suscite tant d'attention pour une Chine dont la puissance est en gestation permanente. Ainsi, le choix de la Chine à investir dans un domaine aussi sensible que le pétrole semble jouer un rôle indispensable dans la construction de l'indépendance énergétiques et le renforcement de la Chine en tant que grande puissance sur la scène internationale. La Chine inscrit désormais ses investissements dans le secteur pétrolier des pays du golfe de guinée dans une logique d'une nouvelle guerre avec les puissances occidentales²⁶ qui, se manifeste à travers l'implication des entreprises. En outre cette situation de guerre pour la chasse aux intérêts pétroliers peut être bénéfique pour ces pays qui servent de champs de bataille dans la mesure où

²⁵ Ellendorff B, Luntumbue, 2014, « Fondements des politiques africaines des Émergents(Brésil, Inde, Turquie Et Afrique Du Sud) », observatoire pluriannuel des enjeux Sociopolitiques et sécuritaires en Afrique Equatoriale le et dans les îles du Golfe de Guinée note n°11, 25 septembre2014, p11

²⁶Kagan R, 2007, « End of Dreams, Return of History », in *Policy Review*, n° 144, p6

ces derniers s'approprient de l'expérience et des dispositifs nécessaires pour développer le secteur.

Ainsi, l'Etat chinois investi sous l'égide de ses entreprises dans le secteur pétrolier des pays du golfe de Guinée. Ces derniers bénéficient donc d'une attention toute particulière par rapport aux autres pays africains dans lesquels la Chine est présente. A cet effet, la Chine a procédé au financement des constructions ou de développement des sites pétroliers. Dans la même logique, la Chine joue un rôle important pour les pays du golfe de Guinée dont la capacité financière est faible ou alors presque inexistante. Il est donc pris en charge la construction et la rénovation des installations de prospection, de raffinage et d'exportation des gisements pétroliers. C'est dans ce registre donc le gouvernement chinois sous/couvert de la CNPC signe en 2008 un contrat avec le Niger concernant les champs pétroliers d'Agadem et la construction d'une raffinerie, ainsi que d'un oléoduc de 2 000 km. Également, la compagnie chinoise SINOPEC est présente en Angola, dont un quart du pétrole est exporté en Chine. Au Gabon, la même compagnie a conclu en 2005 un accord pour les hydrocarbures avec le gouvernement gabonais, comptant l'exploitation des gisements pétroliers *offshore*²⁷. Dans ce type de contrats, le remboursement des financements chinois sont effectués par des rentes pétrolières découvertes et, les décaissements des capitaux et la conduite des travaux sont confiés aux mains des banques et des entreprises chinoises. Ces dernières paient à leur tour les impôts et les taxes dont décide les pays hôtes dans lesquels elles mènent leurs activités. Également, au Nigeria, la compagnie chinoise CNOOC a conclu un contrat d'acquisition de 6 milliards de barils pour un montant d'environ 50 milliards de dollars, une situation qui exprime la détermination de la Chine à faciliter l'intégration du marché africain à travers le soutien de ses entreprises²⁸. Dans les exportations des marchandises africaines vers la Chine la majeure partie concerne les matières énergétiques, notamment les gisements pétroliers, des ressources qui conditionnent le comportement des politiques chinoises sur la scène africaine. A cet effet, un peu près de 90% des importations de pétrole de la Chine provient du continent africain avec une grande partie des pays de la sous-région de golfe de Guinée. Ces dernières décennies, le continent africain à travers la découverte des nouveaux gisements et l'implication des entreprises chinoises dans bon nombre des champs occupe la place du second fournisseur du pétrole à la Chine avec environ 26% selon certaines sources. Ainsi, l'Angola exporte 51%, la Guinée

²⁷ *ibid.*

²⁸ Les entreprises chinoises surtout celles du secteur énergétiques (CNPC, SINOPEC et CNOOC) sont majoritairement financées par le gouvernement chinois et répondent aux exigences de la diversification des sources de ravitaillements de la Chine en hydrocarbures et, en même temps à conquérir le marché international.

Equatoriale 11% et le Nigeria 3%. Tous ces quantités de pétrole exportés par ces pays d'Afrique vers la Chine constituent les principales raisons de déploiement des entreprises chinoises et la nature de l'engagement de l'investissement du gouvernement chinois dans le secteur pétrolier tant convoité par les puissances traditionnelles²⁹. Pour mieux renforcer sa présence à travers les entreprises dans une logique de la compétition avec les pays occidentaux, la Chine a intégrée dans sa stratégie des Prêts et des aides financières (pour la construction des infrastructures)³⁰ et intensifie ses échanges commerciaux bilatéraux avec les pays producteurs de pétrole, dans un esprit de coopération gagnant-gagnant.

Les prêts et les aides financières ont constitué des armes stratégiques pour la Chine en Afrique depuis son retour à la fin de la guerre froide. Ainsi, la RPC fait de son porte-monnaie un atout de charme qui conditionne ses partenaires africains à ouvrir ses portes aux entreprises chinoises, branches de la conquête des marchés internationaux de l'empire du milieu. Mais, les prêts et les aides que la Chine octroie en Afrique varient en fonction de l'importance stratégique de ses partenaires. En effet, les pays producteurs des ressources énergétiques, notamment le pétrole détiennent le record des prêts et des aides chinoises. Un constat qui fait l'unanimité chez tous les chercheurs qui s'intéressent sur les questions internationales et en particulier sur la course énergétique des grandes puissances. Eu égard, les pays dont les réserves sont jugées importantes comme l'Angola, le Nigeria, le Gabon et le Cameroun constituent des grands bénéficiaires des prêts et aides de la RPC³¹. Consciente du déficit infrastructurel dont éprouvent les pays africains en générale et les pays qui connaissent les crises en particuliers, la Chine n'hésite pas à déployer des moyens financiers considérable dans l'espoir de faire face non seulement à la concurrence occidentale mais également à consolider la présence de ses entreprises dans le secteur pétrolier de ces pays. Ainsi, la Chine finance de grands projets routiers, ferroviaires, hydrauliques et de construction (stades, palais). Plus de trente-cinq pays sont concernés par ces projets³². En Angola,

²⁹ Smouts, M.-C, 1999, « Que reste-t-il de la politique étrangère ? », in *Pouvoirs*, n° 88, p. 8.

³⁰ Les disponibilités financières de la république populaire de la Chine constitue une armée de persuasion des pays africain producteurs de pétrole dont les déficits en infrastructures est très élevés, car la Chine fait usage de faiblesse dont éprouvent les pays africains dans but de mieux accroître sa présence et faciliter l'accès de ses entreprises aux énergies. Ceci constitue un nouveau mode opératoire mis en place par les politiques chinois dans leurs déploiements sur le continent africain dès le début des années 1990.

³¹ Tchokonte S, 2014, « le projet géostratégique de la Chine en Afrique : contribution à l'étude de la nouvelle politique africaine de la Chine et de la dynamique des grandes puissances en Afrique depuis la fin de la guerre froide » ; Thèse soutenue en, à université de Yaoundé II Soa, option relations internationales et stratégique.

³² Françoise N, PAJON C, Seaman J, 2014, « La nouvelle diplomatie économique asiatique : Chine, Japon, Corée comme exportateurs d'infrastructures », *Asie Visions* 68, p12

la Chine finance la ligne ferroviaire de 1 300 km, qui relie l'Est à l'Ouest. Elle y construit l'aéroport de Luanda, des hôpitaux, des infrastructures électriques et de télécommunications. Les firmes chinoises y bâtissent aussi depuis 2008 le projet Kilamba Kiaxi devant procurer un logement à 200 000 personnes pour un montant de 3,5 milliards de dollars. Dans ce pays riche en hydrocarbure mais pauvre en infrastructures de base, la Chine profite de cette faiblesse pour obtenir des facilités dans le sous-sol du pays et devenir un acteur influent du marché pétrolier. En plus, les chinois ont entrepris la construction des barrages, notamment barrage de Gangelas en Angola, un projet très utile pour le déficit en électricité de ce pays dévasté par une guerre civile de trois décennies. En Algérie, ce sont les entreprises chinoises qui construisent des immeubles de logement, l'aéroport Boumediene et qui sont en charge de la construction de deux sections sur trois du projet d'autoroutes Est-Ouest, dont le coût est estimé à 11 milliards de dollars. En 2007, la Chine a enregistré plus de 900 projets et procède au déploiement d'environ 800 entreprises privées sur le sol africain. Ce chiffre a presque doublé aujourd'hui, car la Chine compte aujourd'hui un peu plus de 2 000 projets et près de 16 000 personnes dans le domaine variés, notamment médical, agricole et le commerce. Ainsi en 2008, les échanges commerciaux entre la Chine et les africains montent en hausse à plus de 106 milliards de dollars, avec une prépondérance des échanges bilatéraux entre Pékin et les pays producteurs de pétrole. Durant la même année, le cas des échanges bilatéraux Chine-Angola sont le plus illustratif, car ils sont évalués à un montant de 25 milliards de dollars et constituer en grande partie de commerce des hydrocarbures contre les infrastructures, des prêts et des dons ou aides³³. A cet effet, les fluxes commerciaux de plus en plus croissant qui s'opèrent entre la Chine et les pays africains qui, privilégient les producteurs de pétrole soutiennent l'idée de l'appétit des dirigeants chinois pour les hydrocarbures. Car, plusieurs écrits ont rapporté non seulement que la Chine aspire à renforcer sa capacité énergétique via la construction d'une réserve mais aussi l'influence des matières énergétiques sur le développement remarquable de ce pays. Dans cette perspective, le comportement de la RPC à concurrencer les pays occidentaux et à se rapprocher des pays producteurs avec une charme financière laissent apparaître le scénario d'une guerre économique tant dissimuler par les puissances occidentales. Si non les conflits qui ont rythmés depuis toujours le quotidien des acteurs de la scène internationale comme le pense Ali Laidi dans l'histoire mondiale de la guerre économique. Mais, c'est à partir

³³ Contrairement aux occidentaux, les aides chinoises ne sont pas jonchées des conditions politiques ou des quelques exigences morales vis-à-vis des pays africains. Les chinois tiennent fermement aux principes de la neutralité et de la non-ingérence dans les affaires de leurs partenaires du moins officiellement, ils jettent leurs dévoue uniquement sur les intérêts énergétiques, si cher à son développement et à sa quête de puissance mondiale.

des années 1990 donc que l'opposition entre les grandes puissances sur la scène internationale s'est intensifié grâce à la manifestation des pays émergents à concurrencer³⁴ au même titre que les puissances traditionnelles et également la montée de l'importance stratégique des hydrocarbures en l'occurrence le pétrole. Les zones dont qui disposent ce dernier sont d'autant plus captivant et sont transformés en champs de bataille, opposant les différents intérêts. Ainsi, aux cotés des investissements direct étranger dans le secteur pétrolier, des prêts et aides financière et des échanges commerciaux bilatérale, la chine pour se consolider dans les marchés économiques, notamment des hydrocarbures en Afrique fait recours à une diplomatie énergétique à laquelle elle a associée l'utilisation de l'énergie comme outil diplomatique, la concurrence pour l'accès aux ressources pétrolières avec les occidentaux.

2- La diplomatie pétrolière chinoise et la concurrence pour l'accès au pétrole avec les occidentaux

La diplomatie pétrolière renvoie à une nouvelle démarche dont propose la Chine dans toute ses types des relations avec pour de mieux négocier les contrats d'exploration, d'exploitation et l'achat de pétrole. Elle prend en compte les principes de base de la politique économique³⁵ de la Chine avec le monde extérieur qui contribuent à la dissuasion des adversaires et privilégie l'implication personnelle et bilatérale du pouvoir central de Beijing. Également, cette diplomatie pétrolière renferme la volonté stratégique de la Chine à établir et à consolider un deal nouveau sous le prisme politique (esprit d'égalité et la confiance mutuelle) et économique (partenariat gagnant-gagnant), des manœuvres qui structures les discours de tous les offres que les Chine proposent. La RPC a développée et multipliée des relations diplomatiques importantes avec les pays africains, notamment les producteurs de pétrole de golfe de guinée depuis son retour³⁶. C'est ce qui explique son rapprochement avec le Nigeria et l'Angola. Ce dernier fourni à la Chine environ 25% de son pétrole depuis l'intensification de leurs liens diplomatiques. Ainsi, les politiques chinois se manifestent par cette diplomatie ayant trait aux intérêts pétroliers au niveau bilatéral et multilatéral. Ces derniers constituent dans le manœuvre des dirigeants chinois le socle et stratégie de flatterie qui consistent mieux atteindre de leurs objectifs énergétiques et à intégrer les marchés des hydrocarbures sur le continent africain et dans le Golfe de Guinée en particulier.

³⁴ Foucher, M., 1997, « La fin de la géopolitique », in *Politique Etrangère*, printemps, p04

³⁵ Kellner T, 2006, la politique pétrolière de la république populaire de Chine : stratégie et conséquences internationales, outre-terre, n15°, P42

³⁶ Niquet V, 2005, « la géopolitique de l'Energie en Extrême-Orient : un nouvel enjeu des relations sino-japonaises ? », politique étrangère, n°4, p6

Sous le plan bilatéral, la Chine a centralisée la tâche à travers l'implication déterminée et personnelle de ses plus hauts cadres, notamment les présidents, les ministres, les dignitaires des partis politiques et des diplomates faisant office de la représentation dans les pays d'accueil. En effet, la RPC établit des liaisons diplomatiques au sein desquelles se trouvent des contrats d'exploitation pétrolières bilatérales avec les pays comme le Gabon, le Cameroun et le Tchad où elle a construit des installations de raffineries modernes. Ainsi, la sortie africaine de président, des ministres et des dignitaires chinois en début de la décennie 2000 atteste l'assaut de la diplomatie pétrolière³⁷, notamment diplomatique dont la Chine vise à mettre en place. Une sortie sans aucun doute un fait d'hasard sur le choix de la sous-région et de la destination, car les pays africains ayant accueilli les visites de haut niveau des dirigeants chinois durant cette période sont ceux connus par une importance stratégique de leurs réserves en hydrocarbures, notamment le pétrole. Il s'agit donc du Gabon, le Nigeria et l'Angola en 2004 et du Nigeria et le Cameroun en 2007, des pays de la sous-région de Golfe de Guinée riches en ressources énergétiques et le pétrole en particulier mais, longtemps sous l'emprise des occidentaux. Contourner ou alors affaiblir ces derniers fait partir de plan des dirigeants chinois qui conduit à un succès diplomatique. A cet effet, les visites de hauts niveaux dont la Chine a mis place rentre dans une logique de persuasion de ses partenaires. Dans cette lancée, les visites prônées par la Chine traduisent l'importance et une marque de considération des dirigeants africains par la Chine contrairement aux dirigeants occidentaux qui se tiennent à distance. Sans condition, ni ingérence vis-à-vis des pays convoités, les chinois semblent plus que jamais très proche et convaincante, car ces pays de la sous-région longtemps sous l'influence occidentale se sentent en confiance par rapport aux types des partenariats des décennies précédentes avec le monde extérieur, notamment occidental³⁸. Considérer comme le départ d'une nouvelle heure, les pays africains voient leurs importances stratégiques montée en puissance en accueillant presque régulièrement des visites de marque et aspirent désormais à s'émanciper des puissances traditionnelles qui, ne souhaitent pas l'émergence d'une concurrence sur ce continent. Lors des différentes descentes sur le sol africain, notamment dans les pays de Golfe de Guinée comme le Nigeria, l'Angola ou le Gabon, les chinois ont constamment fait l'usage des événements passés et nouveaux qui les lient directement ou indirectement à l'Afrique mais, présentés positivement par rapport aux relations Afrique pays occidentaux³⁹. Ils parlent ainsi dans le passé d'une Chine bâtisseur de la toute assise des pays opprimés aux cotés des africains à Bandung en

³⁷ *ibid.*

³⁸ *ibid.*

³⁹ Servant Jean Christophe, 2005, la Chine à l'assaut du marché africain, le monde diplomatique, p6-7

1955, d'une Chine victime des atrocités des occidentaux à travers la colonisation, d'une Chine anti-impérialiste et dans le présent d'une Chine respectueuse de la souveraineté et de l'indépendance de ses partenaires, d'une Chine de la neutralité et de la non-ingérence⁴⁰ et d'une Chine favorable à la reconfiguration de structure géopolitique à travers l'égalité et la liberté des choix des Etats sur la scène internationale. A travers le rappel constant des événements du passé et la promotion d'une nouvelle volonté de coopération la Chine touche d'une part directement la sensibilité des dirigeants africains qui aspirent à s'émanciper et d'autre part contribue à une reconfiguration des pratiques occidentales de maintien d'une influence sur l'Afrique⁴¹. Visiblement, les dirigeants chinois à leurs passages travaillent pour détourner leurs cibles de leurs bourreaux et y installent leurs entreprises prêtes à atteindre la volonté de la Chine à se doter un relais de ravitaillement énergétique. Restant dans la même logique, la Chine intensifie ses manœuvres au niveau multilatéral⁴². Bien critiquer dans sa démarche et de plus en plus menaçante, la Chine a mis en place dans le cadre d'une coopération bilatérale avec les pays africains un forum baptisé FOCAC (forum de la coopération China-Afrique) dès le début de la décennie 2000⁴³. Cette initiative de la Chine constitue une réponse à la stratégie des puissances traditionnelle à regrouper tous les pays africains dans un même cadre à l'image des Etat-unis-Afrique, France-Afrique pour ne que citer ceux-là mais aussi une nouvelle méthode diplomatique qui converge la vision africaine de la Chine. Dans cette perspective, cette dernière prend la posture de défenseur des pays africains qui comme la Chine a subi la domination des entreprises coloniales occidentales d'une part et sont victimes des inégalités et des injustices sur une scène internationale unilatéralement dominé par les occidentaux d'autre part. la Chine les pays africains éprouvent ainsi les mêmes sentiments de reconfiguration du schéma ou l'architecture des nations-unis qui selon certaines sources privilégie les intérêts des puissances traditionnelles⁴⁴. Au sein donc du FOCAC, la Chine pour convaincre ses partenaires africains en plus des idées réformistes apporte un soutien financier important. Seulement, des chercheurs et d'autres spécialistes qui s'intéressent sur les questions intestinales

⁴⁰ Tchokonte S, 2011, « Le projet géostratégique de la Chine en Afrique », 4eme trimestre 2011, p6

⁴¹ Fogue A, 2008, Enjeux géostratégiques et conflits politique en Afrique noire, paris, l'Harmattan, collection de défense, relation internationale, p18

⁴² Tanguy S, 2011, la Chine et les grandes puissances en Afrique : une approche géostratégique et géoéconomique, presses universitaires de Louvain, p23

⁴³ La création de FOCAC par la Chine constitue une réponse aux logiques occidentales de maintien une influence diplomatique générale sur les pays africains. Mais dans ce cadre la Chine n'a pas caché sa priorité pour les pays africains producteurs des énergies et le pétrole en particulier, un facteur indispensable à la puissance des acteurs sur la scène internationale du siècle en cours. Le FOCAC est ainsi un dispositif diplomatique de soutien aux entreprises chinoises en compétition avec les puissances occidentales en Afrique dans le golfe de guinée.

⁴⁴ Péan p, 2011, Carnages :les guerres secrètes des grandes puissances en Afrique, paris, l'Harmattan, p29

sont unanime sur le déséquilibre des appuis ou aides financières dont le gouvernement chinois fait usage pour détourner ses partenaires. Ainsi, les financements que ça soit des projets ou des aides des diverses formes varient en fonction de l'importance des objectifs ciblés par les dirigeants. De la fin de la guerre froide au début de la décennie 2000, les pays africains qui ont reçus plus d'appui financier sont ceux de la zone extrêmement riche en ressources naturelles avec un accent spécifique sur le secteur des hydrocarbures. C'est ainsi dans le cadre des relations multilatérales, les pays bénéficiaires se distinguent à travers les intérêts énergétiques dont convoite la Chine. Dans cette logique, le Nigeria, le Gabon, l'Angola pour ne que citer ceux-là ont un traitement particulier par rapport à d'autres pays non rentier, car la reste en droite ligne et surtout fidèle à sa volonté de renforcer un nouveau pôle de ravitaillement en pétrole de ses entreprises. Eu égard, les projets de constructions respectivement des logements de Kilamba en Angola, le rail de train Kano-Lagos au Nigeria, le stade de l'amitié au Gabon et le palais polyvalent de sport à Yaoundé financés à plusieurs milliers de dollars par le gouvernement chinois constituent des manifestations incontestables du traitement particulier dont la Chine réserve aux pays possesseur des ressources énergétiques, notamment le pétrole en Afrique dans le cadre de multilatéralisme. Dans le même registre du multilatéralisme⁴⁵ à travers FOCAC, les pays africains manifestent leurs mécontentements vis-à-vis des mauvais traitements des pays occidentaux à leurs égards et aussi se mettent en position de force menaçante de réviser voire de résilier les types de coopération classiques sans avantages majeur, peu ou presque pas avec l'occident. Ainsi, le premier FOCAC a été un grand succès pour les dirigeants de la RPC. Contrairement au sommet France-Afrique de la Baule qui a réuni 37 délégations africaines, la Chine lors du premier FOCAC de Beijing de 2000 a compté la présence de 44 pays africains, une situation qui atteste la croissance d'une nouvelle menace d'un pays émergent sur les puissances traditionnelles en Afrique. Sans doute cela constitue le début d'une désinfluence ou alors de la démystification des relations entre le continent africain et les puissances colonialiste⁴⁶. La Chine bien que présente également des revers car elle se déploie pour ses motivations économiques semble constituer une alternative indispensable de la sortie des pays africains d'un cécité stratégique qui a une influence plus ou moins négative sur son développement pendant de siècles. Mais ceci demande de la part des africains une prise en compte de l'importance de l'arrivée de la Chine pas comme simple nouveau maître mais comme une

⁴⁵ Sébastien S(dir), 2009, l'émergence des nouvelles puissances, vers un système multipolaire ? édition Ellipse, p.9

⁴⁶ Chaponnière JR, Perreau D, Plane P, 2003, « L'Afrique et les grands émergents », AFD

concurrence les permettant de mieux se repositionner face aux méthodes anciennes dont offrent les puissances classiques.

Ainsi, la Chine constitue à travers un partenariat sincère selon le discours officiel de ses politiques un leader de l'émergence d'un modèle de coopération qui, se dresse contre les pratiques et les intérêts des pays occidentaux un atout stratégique qui peut changer l'image du continent noir. Ce modèle est soutenu par Pékin dans une logique d'ouverture qui s'est structurée sur un partenariat gagnant-gagnant, le respect de la souveraineté, la promotion des échanges bilatéraux, les investissements et aides sans conditions et le financement des grands projets d'infrastructures de taille mondiale. Quelque soit les effets que peuvent avoir le modèle chinois sur le continent africain, nous constatons aujourd'hui la montée en puissance des différentes aspirations chez les peuples africains et la présence de diverses infrastructures, notamment sportifs, routiers, hydroélectriques et des édifices publics qui attestent un pas vers le développement, un rêve tant vendu à ce continent par les occidentaux. Ainsi, les pays africains se servent désormais de la concurrence chinoise depuis la fin de la guerre froide et d'autres pays émergents⁴⁷ pour accroître leur part dans les marchés en l'occurrence les marchés énergétiques comme le cas du Gabon, le Nigeria qui, ont mis en place des nouveaux codes pétroliers. Ces derniers ont permis à ces deux pays à accroître leur part dans l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures détenus par les filiales occidentales à 45%⁴⁸. C'est ce qui traduit un succès de la concurrence chinoise dans un domaine resté pendant des décennies sous le seul contrôle et pillage littéralement des puissances occidentales. Ces dernières n'entendent pas céder et voir la menace chinoise accroître sur leurs positions et leurs intérêts dans les marchés des matières énergétiques, le pétrole des pays africains, notamment dans le golfe de Guinée. — A cet effet, les pays occidentaux prennent désormais en considération la montée en puissance des pays émergents dont la Chine en tête, plus menaçante au regard de son appétit pour les marchés pétroliers des pays africains, notamment le golfe de Guinée. Ils activent alors une opération de contre-offensive sous la base de leurs repositionnements sur un continent donc ils ont délaissé selon la vision de des afropessimistes à la fin de la guerre froide. L'heure est pour les pays occidentaux à la reconquête pour les uns et la conquête pour les autres des secteurs perdus qui sont entrainés de tomber entre les mains des rivaux chinois, venus proposer des nouveaux types de partenariats⁴⁹. Pour y remédier, les occidentaux ont dû s'inscrire dans le

⁴⁷ Chaponniere J.R, Perrau D, Plane P, 2003, « l'Afrique et les grands émergents », AFD, p6

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Sébastien S (dir), 2014, L'Afrique, nouveau terrain de jeu des émergents, Paris, éditions Karthala, p.9

paramètre des nouvelles dynamiques de la puissance qui privilégient la persuasion à la contrainte et la flatterie à l'influence selon le sens de la perception de la puissance au temps contemporain de NYE Joseph. Bref, les occidentaux pour continuer d'exister sur la scène des hydrocarbures en Afrique et dans le golfe de Guinée en particulier marqué par une pénétration importante des entreprises chinoises, choisissent cette fois-ci des nouvelles logiques.

Conclusion

En somme, notre réflexion porte sur les stratégies chinoises et les logiques occidentales dans la course pour les intérêts pétroliers dans le golfe de Guinée. Ce dernier regorge des ressources énergétiques, notamment pétrolières qui, attirent l'attention de la Chine, puissance émergente en quête d'une diversification de ses sources de ravitaillement et les puissances occidentales en l'occurrence les Etats-Unis et la France qui visent à pérenniser leurs dominations et leurs acquis. Dans une logique conflictuelle, nous avons analysé dans cet article les stratégies de déploiement de la Chine sous la forme d'une menace aux intérêts existants d'une part et les logiques occidentales de repositionnement dans le golfe de Guinée d'autre part, une opposition qui a pris de l'ampleur à partir de la fin de la guerre froide.

De retour en Afrique, notamment dans le golfe de Guinée à la fin de la guerre froide et dans un contexte marqué par un relatif retrait des occidentaux, la Chine qui a depuis longtemps manifesté son désir de conquérir des intérêts énergétiques dont le pétrole, a déployé des stratégies importantes. Ces dernières s'inscrivent dans une dynamique de soft power et visent pour la Chine à diversifier ses ravitaillements et à faire accéder ses entreprises au pétrole. Pour atteindre ses objectifs, elle a mobilisé des stratégies politiques (la non-ingérence et la neutralité, les rappels des passés communs), économiques (financements des projets d'infrastructures des bases par des Banques, aides financières de l'Etat et réhabilitations des installations pétrolières) et diplomatiques (visites de proximité de haut responsable et dirigeants politiques, dignitaires, parlementaires et chefs d'entreprises). Ces différentes stratégies consistent pour la Chine mettre les pays du golfe de Guinée, producteurs de pétrole, notamment le Nigeria, l'Angola, le Gabon et le Cameroun au mieux des intérêts des entreprises chinoises (CNPC, CNOOC et SINOPEC) d'une part et de mieux lutter contre la domination des pays occidentaux sur les intérêts énergétiques de ces pays. Ainsi, la Chine inscrit sa stratégie donc dans la logique de la puissance sans contrainte ni coercition, visant uniquement à emmener un partenaire à épouser sa vision, son idéologie, c'est ce qui constitue une menace aux positions des pays occidentaux. Ces derniers ne restent pas sans réagir.

De retour également, les pays occidentaux prennent en compte de la présence d'une menace chinoise sur leurs intérêts et leurs positions en Afrique dans le golfe de Guinée. C'est ainsi qu'ils ont développés des logiques de riposte pour contrer la poussée chinoise sur leurs intérêts et sauver les positions de leurs entreprises. Les puissances traditionnelles, notamment les Etats-Unis et la France, soucieux de la menace chinoise sur leurs positions dans le golfe de Guinée ont donc proposés des logiques d'endigement politiques(la promotion de la démocratie, de la bonne gouvernance et de Droit de l'Homme), économique(restructuration des Aides publiques au développement, dons et désendettements) et diplomatiques(passage de la diplomatie de distance à la proximité à travers les visites de haut cadres, des parlementaires, chefs d'entreprises). Ces logiques consistent pour les pays occidentaux dont les Etats-Unis et la France à lutter contre la poussée chinoise d'une part et à protéger les acquis de leurs entreprises (Total, Exxon et Mobil), présent depuis plus d'un demi-siècle dans le golfe de Guinée, notamment au Nigeria, en Angola, au Gabon et au Cameroun. Dans cette dynamique, les pays du golfe de Guinée constituent de puis la fin de la guerre froide un champ de bataille qui opposent les pays émergents (Chine) aux puissances occidentales (les Etats-Unis et la France) qui, convoitent les intérêts pétroliers pour soutenir leurs entreprises. En outre, cette opposition peut-être une opportunité pour les pays du golfe de Guinée producteurs de pétrole, notamment le Nigeria, l'Angola, le Gabon et le Cameroun en ce sens où ils peuvent utiliser leur posture de producteur pour exiger le transfert des technologies et installations pétrolières modernes, des savoir-faire, de la transformation des ressources sur place et d'exiger un meilleur traitement de la part des puissances qui convoitent les intérêts. Également, les pays producteurs de pétrole de golfe de Guinée peuvent profiter ce conflit pour s'émanciper de la domination occidentale, renégocier les contrats déséquilibrés et exiger beaucoup plus une valorisation de leurs statuts géostratégique, géoéconomique et géopolitique sur la scène internationale en perpétuelle dynamique.



ENGLISH LAW

The relationship between bilateral investment treaties and foreign direct investment

‘La relation entre les traités bilatéraux d’investissement et l’investissement direct étranger

Page | 392

Par :

Dr. PETNYIN PAMELA OBAN: Senior lecturer

University of Ngaoundere, Faculty of Law and Political Science, Department of English Law,
pamelapetnyin@yahoo.fr

Abstract:

In the light of globalization and global economic trends, economic integration has increased with an increased quest to raise investment standards all over the world. Bilateral treaties between the north and south have increased at an increasing rate. Taking into consideration the edge foreign countries have over less developed countries’ political, social and economic domains, investment is no exception. In deed over the decades as soon as just two years after independence till date Cameroon has signed countless Bilateral Investment Treaties with its various colonial masters. But then, statistics have shown that, the level of growth and development that was expected to come with these multiple treaties seems to face some controversy. This has led to paradox as to whether BITs can pave the way for less developed countries to attain their developmental aspirations. The current trend is towards a more genuine avenue of negotiation of foreign investment terms, equilibrium in the remedies in event of breach, and an improved level of impact assessment prior to the signing of a foreign investment treaty. It is therefore opined that concerted efforts can help to salvage the most cherished sector that contributes to economic growth.

Keywords : Economic Integration, Bilateral Investment Treaties, Colonial Masters, Foreign Investment Terms/Treaties

Résumé :

A la lumière de la mondialisation et des tendances économiques, l'intégration économique s'est accrue avec une recherche de l'amélioration des normes d'investissement dans le monde entier. Les traites bilatérales entre le nord et le sud se sont multipliés. Si l'on considère l'avantage que les pays occidentaux ont sur les pays moins développés dans les domaines des politiques, social et économiques, l'investissement ne fait pas exception. En effet, au fil des décennies, deux ans seulement après l'indépendance, le Cameroun a signé d'innombrables traites bilatérales avec ses différents maîtres coloniaux. Mais, les statistiques montrent encore que le niveau de croissance attendue semble fait l'objet d'une certaine controverse ; cela nous conduit au paradoxe de savoir si les TBI peuvent ouvrir la voie au pays moins développé pour qu'il atteigne ses aspirations de développement la tendance actuelle va dans le sens d'une négociation plus authentique ses conditions d'investissement étranger, d'un équilibre dans les recours en cas de violation et d'un meilleur niveau d'évaluation de l'impact avant la signature d'un traité d'investissement étranger. Il est donc conclu que des efforts collectifs peuvent contribuer à sauver les secteurs les plus chers à la croissance économiques.

Mots clés : l'intégration économique, Les traites bilatérales, maîtres coloniaux, les conditions d'investissement étranger.

Introduction

Investments are major contributors to job creation with the potential to alleviate poverty, raise income, broaden the tax base, promote innovation and industrialization, and to reduce rural exodus prevalent in developing countries including Cameroon¹. This is true especially of small businesses which are vectors of economic development since entrepreneurs are a driving force in the creation of a prosperous economy. Because of the magnitude of small scale investments, many economies in transition and developing countries need to promote and strengthen a sustainable development of small and medium sized enterprises (SMEs) and Cameroon is not spared². For several years now, Cameroon's incessant quest for economic growth has been exhibited through the various efforts put in place to encourage, attract and promote investments in various sectors, both domestic and foreign investments. This has attracted a lot of regulation especially for cross boarder investment³.

Investment law is one of the youngest branches of law. Much about investment legislation has been done in the past six decades both at national and international levels. The proliferation of legal instruments in the domain of investment is almost a recent phenomenon as compared to other branches of law. To understand much about it, it is advisable to commence discussion with the origin and development of investment law not forgetting the sources of international investment law. It is difficult to easily circumscribe the scope of investment and legislation. That is why understanding the concept of investment is equally important. The bilateral investment treaty between Cameroon and the Belgio-Luxemburg-Economic Union for the promotion and mutual protection of investments, defines investments as "... *any assets invested or reinvested in economic establishments.*"⁴.

The April 2002 investment charter of Cameroon defines the term investment simply in its section 4 *as any assets held by an investor, notably: an enterprise; shares; equity financing or any other form of equity investment; bonds and other debt securities; monetary claims; intellectual property rights; medium and long term contract rights, in particular managing production and*

¹ 'Investing in Africa', *Norton Rose Fulbright*, June 2008, <http://www.nortonrosefulbright.com>

² Leo, B., 'Where are the BITs? How US bilateral investment treaties with Africa can promote development', *Centre for Global Development*, August 2010, <http://www.cgdev.org>

³ 'Bilateral investment treaties: A Canadian primer', *Canadian Council for International Co-operation*, <http://www.ccic.ca>.

⁴ The main law governing investment in Cameroon is the investment charter which was adopted in April 2002. It was instituted by Law n° 2002/004 of 19 April 2002 and modified by Law n° 2004/20 of 22 July 2004. It was enacted to fill the gaps created by the 1990 investment

*sales contract right conferred by law, such as concessions, licenses, authorisations or permits; and any other tangible or intangible property, movable or immovable and any related property rights. This definition is re-echoed in subsequent laws, though, with modifications*⁵.

Investment has equally been defined in international law as including all rights and interests in anything owned or possessed whether movable or immovable and whether tangible or intangible. Usually, direct investment is often considered to be a transfer of resources from one country (home country) to another (host country) accompanied by a substantial control of the enterprise in the host country by a sponsoring organisation concerned in the home country.

Foreign Investment

Foreign investment is that whose capital is of foreign origin. It involves a foreign firm or government wishing to establish a productive enterprise on those lines in a foreign country. It concerns a long-term relationship reflecting a lasting interest of a resident entity (direct investor) in one economy; an entity resident in an economy other than that of the investor (direct investment enterprise). Foreign investment is divided into foreign direct investment and foreign indirect investment. Scholars and academicians and governments in particular, have been more concerned with developing rules and regulations to govern foreign direct investment (FDI), owing to the controversy which normally surrounds this phenomenon⁶.

Foreign Direct Investment (FDI)

FDI is not simply or primarily an international transfer of capital, but rather, it involves both the initial transaction between the two entities and all subsequent transactions between them and amongst affiliate enterprises, both incorporated and unincorporated. The direct investor's purpose is to exert a significant degree of management right over the enterprise resident in another economy. The United Nations defines control in this case as owning 10% or more of the ordinary shares or voting power of an incorporated firm or its equivalent for the unincorporated firm⁷. FDI is, therefore, the movement of capital across national frontiers.

⁵ Hicks, G., 'BITs for Africa', *Centre for Strategic International Studies*, 6 June 2014 <http://csis.org>.

⁶ Leo, B., 'Where are the BITs? How US bilateral investment treaties with Africa can promote development', *Centre for Global Development*, August 2010, <http://www.cgdev.org>

⁷ Burgstaller, M. and Ketcheson, J., 'Investment protection in Africa', *Hogan Lovells*, December, 2012, <http://www.hoganlovells.com>.

FDI as a world economic phenomenon is of great importance and of fairly recent origin. Its remarkable expansion is having a very great impact both on patterns of economic growth of individual businesses and on national economies of investing and recipient countries⁸. Many European and American companies make huge profits as a result of their involvement in activities abroad. By the same strand of reasoning, many third world countries depend on foreign investment for their prosperity. This state of affairs has had the effect of partitioning the world into capital exporting countries on the one hand and capital importing countries on the other hand⁹.

FDI plays a key role in the Cameroonian economy but neither the government nor the chamber of commerce has compiled a comprehensive history of such foreign investments in Cameroon or made an estimate of their current value. In the same line of reasoning, there are no statistics of Cameroonian direct investment abroad. *According to International Monetary Fund report for the 1996/1997 fiscal year, foreign investments in Cameroon were valued at some 53 billion francs CFA*¹⁰. This figure has risen tremendously in recent years as a result of the government privatization programme. It is important to point out that the Chad-Cameroon pipeline project represents a substantial rise in this value. In any case, some private studies have attempted giving some statistics about foreign direct investment in Cameroon. For instance, 2166 of the 61366 SMEs created in Cameroon between 2010 and 2016 were foreign SMEs following the research and analysis of the Centre on Economic and Social Policies of Cameroon (CAMERCAP-PARC).

The attention which in recent years has been given to foreign capital in international circles is indicative of the fact that FDI plays an important role in assisting developing countries to improve on their standard of living as well as contributing to economic and social advancement of their economies. Prominent among the bodies or organizations which are granting FDI the attention it deserves are the *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)*, the *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)* and the *International Chamber of Commerce (ICC)*¹¹.

⁸ Leo, B., 'Rethinking US foreign assistance: Why can't America do investment promotion in Africa like China (or Canada)?', *Red Interamericana De Proteccion Social*, 27 March 2014, <http://redproteccionsocial.org>.

⁹ Johnson, A., 2010. Rethinking bilateral investment treaties in Sub-Saharan Africa. *Emory LawJournal*, 59, pp.919-966, <http://www.law.emory.edu>.

¹⁰ Leo, B., 'Where are the BITs? How US bilateral investment treaties with Africa can promote development', *Centre for Global Development*, August 2010, <http://www.cgdev.org>

¹¹ Johnson, A., 2010. Rethinking bilateral investment treaties in Sub-Saharan Africa. *Emory LawJournal*, 59, pp.919-966, <http://www.law.emory.edu>

Expectations of capital importing states as regards FDI

The importance of foreign capital could also be justified by the desire of the third world countries to change the existing world economic order which they consider as old and usher in a new economic order so as to stimulate economic growth in south.

Page | 397

Foreign direct investment is a very crucial phenomenon to a country whether it is a capital importing or capital exporting country. This notwithstanding, it is worth mentioning that capital importing countries are more in a direct need for foreign investment because they lack capital for economic development as well as the technical knowhow¹². The fact that capital importing countries actually need foreign capital is portrayed in their foreign investment legislation. Such attractive provisions are referred to as investment incentives. The incentives include provisions such as granting the foreign investor tire unhindered right to repatriate against expropriation, provisions guaranteeing effective and amicable settlement of any dispute in a way acceptable to both the host country and the foreign investor. There are, therefore, a variety of reasons which motivate the inclusion of investment incentives in a country's investment legislation. Capital importing countries do everything possible to encourage foreign direct investment because of its advantages. Two main advantages are afforded by foreign direct investment such as economic development and transfer of technology¹³.

Economic Development

From the 1960s when most third world countries won political independence, they have made giant moves towards the industrial transformation of their countries for development and growth. But after winning political independence, these countries became increasing aware of the fact that political independence did not amount to economic self-sufficiency and that the rich industrial nations still substantially controlled the production and distribution of the world's resources. Against this background, the third world countries have become so determined to champion the course of development of their economies.

There is no gainsaying that the availability of capital is one of the most crucial factors affecting economic development. This economic development could be achieved through the

¹² Leo, B., 'Where are the BITs? How US bilateral investment treaties with Africa can promote development', *Centre for Global Development*, August 2010, <http://www.cgdev.org>.

¹³ Green, A., 'Bilateral investment treaties coming back to bite', *This is Africa Online*, 2 March 2012, <http://www.thisisafricaonline.com>.

productive employment of labour and the full utilization of natural resources. To achieve this objective, capital is definitely of the essence. According to *Fatouros* in his book “*Government guarantees to foreign investments*”¹⁴, productive employment of labour pre-supposes a raising of the general level of education and the application of technical skills. It also pre-supposes the formation of a capable body of administrators and entrepreneurs and the provision of adequate tools and machinery as well as raising the standard of living of the whole population through improved sanitation and medical care¹⁵. He continues to posit that the exploitation of natural resources requires the availability of some basic facilities such as roads, railways and some other means of transportation. It is, therefore, evident from the foregoing that no meaningful and substantial economic development can be achieved without capital though it may not be the lone factor.

The generation of such capital in third world countries leaves much to be desired. Consequently, the importation of capital in the south is not only necessary but inevitable. This explains why the countries concerned have always legislated in such a way as to make the economic atmosphere conducive and capable of attracting foreign investments. It is worth mentioning that most of these investment laws are attractive on paper only and the arbitrary application of them by the courts have relegated the intentions of the legislator into the doldrums.

Transfer of technology

One major factor which accounts for the economic backwardness of third world countries is the inability to fully explore and exploit the numerous natural resources existing therein. The exploitation and the exploration of these resources require a solid technical background which is lacking in the third world countries. This technology which is in the form of equipment and expert knowledge is in abundance in the industrially developed countries of the north. Attempts have been made in recent years to transfer this technology to industrially backward countries through multinational corporations¹⁶. The importance of these MNCs in transportation of technology from the rich north to the poor south cannot be overemphasized. The increasing attention focused on the

¹⁴ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the promotion and reciprocal protection of investments*, *Foreign Affairs, Trade and Development Canada*, <http://www.international.gc.ca>.

¹⁵ *Cotula, L.*, ‘Is the tide turning for Africa’s investment treaties?’, *International Institute for Environment and Development*, 8 March 2013, <http://www.iied.org>.

¹⁶ *Lang, J.*, ‘Bilateral investment treaties: A sword or a shield’, *Bowman Gilfillan*, <http://www.bowman.co.za>

role of MNCs in the development of world economies is a recognition of their potentials. Thus, Multharika in his article “*MNCs in regional development: the African experience*” states that:

In Africa, it is the MNCs who own the major means for the development of resources, who decide how and where to apply science and technology and who decide what industries to develop as directed from overseas headquarters.

Therefore, this means that for the third world countries to record any meaningful industrial progress, the presence of these MNCs is inevitable because they bring with them the required technology. It is, however, important to note that a controversy has arisen over the activities of these MNCs. Consequently, some writers notably SKB Asante see them as agents of underdevelopment. In fact, Professor Bade Onimode in his book “*the Political economies of African crisis*”, has advanced that foreign direct investment, MNCs, transnational corporation, neo-colonialism and multilateral imperialism¹⁷, all mean basically the same thing. This gives the impression that multinational corporations that are the bearers of technology from the rich north to the poor south are exploitative in nature. These writers, therefore, advocate that the activities of these corporations should be controlled. The control envisaged ranges from the cancellation of contracts or concessions through the limitation of profit repatriation to the requirement of local equity participation and the formal expropriation or nationalisation of the corporations. While not advocating that MNCs should be allowed without some measure of control, it is important to note that third world countries are merely being controversial in the sense that they cannot be calling for a transfer of technology from the north to the south and at the same time trying to jettison the very means by which this technology can be transferred.

One could be tempted to submit that the way in which these MNCs carry out their activities has been authorised by these third world countries as can be seen in the way they draft their investment legislation. For example, *Section 8(1) of Ordinance N° 90/07 of 8 November 1990* instituting the investment code of Cameroon authorises the free repatriation of resources by foreign investors. This provision is reiterated in section 10 of the investment charter and subsequent laws. The Cameroonian government, therefore, in such circumstances cannot turn round and stigmatise a multinational corporation as being exploitative if such a corporation fails to re-invest its profits¹⁸.

¹⁷ Green, A., ‘Bilateral investment treaties coming back to bite’, *This is Africa Online*, 2 March, 2012, <http://www.thisisafrikaonline.com>.

¹⁸ Green, A., ‘South Africa: BITs in pieces’, *Financial Times*, 19 October 2012, <http://blogs.ft.com>.

Also, some investment legislations contain provisions guaranteeing against expropriation or nationalisation of private property. Such legislations even go ahead to provide that if ever nationalisation or expropriation is deemed necessary, fair compensation will be paid in the currency of the original investment. This situation is typical of the Ghanaian investment code as it is provided in section 8 paragraphs 1 and 2 and section 21 of the Capital Investment Act of 19 April 1963. Section 40(1) of the 1979 constitution of the Federation of Nigeria is worded almost in the same term. In the face of all these, the MNCs are inclined to conduct their activities in a manner they think fit because there is no risk of expropriation and also because even in the event of expropriation, fair and adequate compensation will be paid and in the currency of the original investment.

Finally, the foreign investor who has received fair and adequate compensation can repatriate such sums of money unhindered. There is no gainsaying the fact that to expropriate and at the same time pay fair and adequate compensation is capable of wrecking an economy and the whole purpose of expropriation would have been defeated. This is more so because some MNCs for example coca cola have capital which far exceed the budgets of many third world countries. From the foregoing discussions, it is clear that MNCs are the agents for the transfer of technology from the rich north to the poor south¹⁹, which technology is very vital for the development of the poor south.

Cameroon has also made efforts at international level to put in place a sound legal framework for investment. This is through International investment conventions and treaties both bilateral and multinational. These treaties deal with specific investment features in international law. They play a vital role to lure foreign investment and win over their confidence with respect to state promises within the national laws. Such agreements are usually referred to as “umbrella agreements”²⁰. since they co-opt national laws and are considered by foreign investors as affording greater protection than national law. This is seen in bilateral as well as multilateral investment treaties.

¹⁹ *Peacock, N. and Ambrose, H.*, ‘South Africa terminates its bilateral investment treaty with Spain: Second BIT terminated, as part of South Africa’s planned review of its investment treaties’, *HerbertSmithFreehillsLLP*, 16march2023, <http://www.lexology.com>.

²⁰ *Ibid.*

Bilateral investment treaties

It is wise to begin discussions here with some insights into why states enter into bilateral investment treaties before considering the bilateral investment treaties signed by Cameroon.

Why states enter into bilateral investment relationships

Page | 401

The impetus driving developed States to seek out bilateral investment relationships is understandable. Such relationships allow them to selectively choose which countries they grant investment protections, thereby establishing a measure of political, diplomatic, and economic leverage, while at the same time creating mechanisms for protecting their nationals' foreign investments against adverse government action. In addition, developed countries, in particular the United States, viewed bilateral relationships as a means of fostering increased property protections around the world²¹. The United States Trade Representative's office commented that the three goals of the U.S. BIT program were to:

- Protect U.S. investment abroad...;
- Encourage adoption in foreign countries of market-oriented domestic policies that treat private investment fairly; and
- Support the development of international law standards consistent with these objectives.

The motivation for developing States to enter into such bilateral relationships is often harder to discern. Investment treaties are effectively contracts that obligate governments to treat foreign investments according to international standards. Like contracting parties, States that enter into BITs do so with clear expectations as to the attendant costs and benefits²².

As noted, developing States objected to an overarching paradigm for international investment law because the costs were too high; in particular, the system was seen as an unacceptable intrusion on sovereign authority and the standards were vague and ill-defined. In spite of those objections, developing States began entering into bilateral treaties that contained far greater investor protections than the multilateral treaties that had been rejected. For example, most

²¹ Webb, M. and Rajen, R., 'South Africa: No more BITs and pieces', *Monday, 2 January 2014*, <http://www.mondaq>

²² U.S.A.I.D., *The Tortoise Walk: Public Policy and Private Activity In The Economic Development of Cameroon*, Washington, 1983, p. 10. *Google Scholar*

BITs between developed and developing States formally incorporate the "prompt, adequate, and effective" compensation standard that was rejected by General Assembly Resolution 3171. In addition, BITs typically require host States to provide "fair and equitable" treatment, "full protection and security," and adhere to a "minimum standard of treatment." The general nature of those terms has led to varied and, occasionally, inconsistent interpretations by arbitral tribunals²³. Finally, a number of BITs contain "umbrella clauses," which require States to adhere to their obligations and thus arguably elevate mere contractual breaches to breaches of international law that, in turn, may give rise to an investor-State dispute.

In light of the broad protections found in most bilateral investment treaties and the objections that developing States raised against granting such protections, it is important to understand why developing States would enter into bilateral investment relationships. Reasons vary; however, explanations typically fall into two categories: the "*positive correlation theory*" and the "*coercion theory*" as discussed below.

The positive correlation theory and adhesion to BITs

One reason developing States began entering into bilateral relationships is that they believed a direct relationship existed between signing a BIT and increased foreign direct investment. As stated, the countries that need foreign investment the most often provide the least amount of property rights protections²⁴. It was perceived, therefore, that foreign investors would be unwilling to risk their capital in a country that did not have well-defined protections for property, either because such rights were not recognised or the country's judicial infrastructure was incapable or unwilling to enforce those rights.

A BIT was supposed to offset that risk factor by allowing States to publicly meet according to international standards. From an investor's perspective, BITs were supposed to increase the credibility of a State's commitment by "reducing the ambiguity of the host government's obligations, including the "investor's government as a treaty party," and providing for a direct right of action. Thus, by entering into BITs it was thought that developing states could mitigate systemic

²³ U.S.A.I.D. Policy Paper, *Private Enterprise Development*, Washington, 1985, p. 6. *Google Scholar*

²⁴ Ministry of Economic Affairs and Planning, *The Fifth Five-Year Economic, Social and Cultural Development Plan (1981–1986)* Yaoundé, 1981, p. 27. *Google Scholar*

deficiencies in their legal systems that increase the perceived risk of investing in that so, increase their standing in the international community²⁵.

In light of this belief, many developing States felt they faced a Hobson's choice either accept international investment law and reap the benefits of increased investment that were supposed to come with it, or reject the system and be placed at a competitive disadvantage²⁶ with other countries vying for a limited pool of foreign investment. As a result, while developing States publicly reeled against the perceived diminution of sovereign authority that accompanied the acceptance of international investment law, a great number of them elected to embrace the system in the hope that the increased foreign investment would offset any concerns about the potential loss of sovereignty. As explained by a former judge of the Court of Appeals of Sri Lanka developing countries, beset with economic difficulties, have come to realize that one of the best ways in which their economies can be developed is by encouraging foreign investments, and that the bilateral investment treaty is a fine instrument to achieve that objective. While facially appealing, this explanation has four principal flaws.

The contradictory perception of the positive correlation theory

Firstly, if a critical mass of developing States were willing to bind themselves to international investment law as is reflected by the number of developing States that have entered into investment treaties it makes little sense to reject an overarching paradigm in favour of bilateral relationships²⁷. By coming together, developing States could have acted as a unified negotiating block, thereby reducing the costs associated with negotiating individual treaties and maximising their collective bargaining power. In addition, the adoption of an overarching paradigm governing international investment law would have provided developing States with the largest pool of potential investors because of the multilateral nature of the resulting investment treaty.

Secondly, a critical aspect of the positive correlation theory is the belief that developing States are able to realistically calculate the costs and benefits of entering into an investment treaty.

²⁵ Battelle Memorial Institute, *Obstacles to Private Sector Activities in Africa*, Washington, 1983, p. 26. Google Scholar

²⁶ Biya, Paul, *Communal Liberalism*, Macmillan, London and Basingstoke, 1987. In his 140-page book, the Cameroonian President defines communal liberalism as embodying three cardinal principles, namely, freedom of undertaking, the regulatory role of a democratic state and the duty of solidarity (see pp. 115–121). The only innovation here seems to be the addition of solidarity to the notion of “planned liberalism”. Google Scholar

²⁷ *Second Annual Report of the National Council of Credit, 1964–66*, Yaoundé, 06 1967, p. 101. Google Scholar

That belief necessarily assumes that developing States fully understood the scope of obligations they were assuming. Many developing States, however, were unaware of the obligations they were undertaking. For example, Maklidooni Ali Khan, the Attorney General of Pakistan, commented in 2006 that Pakistan entered into dozens of BITs because they presented “photo-opportunities”²⁸. At the time, the treaties were “signed without any knowledge of their implications.” Consequently, the “full import of Pakistan's substantive obligations” became clear only after foreign investors began to invoke the treaty rights in the course of initiating investor-State arbitrations against Pakistan. According to Mr. Ali Khan, when you are hit by the first investor-State arbitration you realize what these words mean.

Third, questions exist regarding the extent to which BITs truly increase (or are perceived to increase) the costs of making commitments. While bilateral treaties define a government's obligations towards a foreign investor, an investor's willingness to enforce those obligations depends upon a number of factors. For example, if an investment is impaired, but not destroyed, a foreign investor must balance the possibility of recouping its past losses against the potential revenues it might forego if it can no longer do business in the host State. Hence, a number of investors who initiated arbitration against Argentina for losses incurred during the 2000-2001 economic crises withdrew their claims in exchange for an opportunity to renegotiate the terms of their concessions²⁹. Other companies elected not to initiate arbitration out of concern for the potential adverse effect that the arbitration would have on their future business opportunities in Argentina. Such decisions are made every day by foreign investors around the world.

Similarly, while some have argued that the presence of the investor's home government as a party to a BIT help ensure the host government's compliance by raising the cost of a breach, the process for resolving investment disputes was designed to remove the home State from the equation. Private investors were given a direct right of action against host governments largely to depoliticize the dispute resolution process. By granting investors a private right of action against governments, bilateral investment treaties were intended to remove the home government from the

²⁸ *The subsection stipulates that “whenever it is of the opinion that the importation of a product is the essential cause of some damage or grievous threat to a branch of activity, the government is empowered to take all the measures it deems appropriate to correct the situation”. (My translation from the French version.)*

²⁹ *Battelle Memorial Institute, Obstacles to Private Sector Activities in Africa, Washington, 1983, p. 26. Google Scholar.*

enforcement equation. Thus, it would appear that the home country's presence in the equation is, at most, a neutral factor.

Fourth, there is limited evidence showing a direct correlation between signing a BIT and increased foreign investment. Indeed, the most sophisticated analyses to date have found that bilateral investment treaties have had little effect on increasing foreign direct investment. For example, a 1998 United Nations study found only a marginal positive relationship between signing a BIT and increased foreign direct investment. Almost a decade later, although "the presence of a U.S. BIT has an association with a country's overall FDI inflows," developed States had a very weak positive effect or as a country's rate of economic growth, population, size, and inflows³⁰.

By contrast, Brazil, which has not ratified any bilateral or multilateral investment treaties, has seen FDI inflows steadily increase from \$1.9 billion in 1980" to approximately \$45 billion in 2008." Similarly, U.S. investment in China has increased dramatically over that same period, despite the fact that the United States and China have not signed a BIT³¹. While arguments can be made that Brazil and China are poor examples because of their size and abundant resources, it is precisely those and other factors that demonstrate the complexity of the investment decision³².

BITs and the coercion theory

Developing states were compelled to enter into BITs.

International investment law is predicated on a tripartite system of consent:

- States must consent to be bound by the substantive obligations of the system;
- States must consent to allow investor-State disputes to be resolved by arbitration; and

³⁰ *Ndjokou Mondjeli Mapeta*, *Éléments de droit bancaire Camerounais*, Sopecam, Yaoundé (no date), p. 15. *Google Scholar*

³¹ *Bank of Central African States, statistiques Monétaires*, No. 156, 11 1988, p. 472. *Google Scholar* In the first quarter of 1987/88, 62.5 per cent of the short-term loans granted by commercial banks went to the commercial and services sectors.

³² *Ngwasiri, C. N., University of London Ph.D. thesis, 1979, pp. 21–22* *Google Scholar* (unpublished). *A British Court of Equity which administered English law was set up in Douala*

- Investors must consent to submit disputes to international arbitration. Some have argued, however, that the first two prongs of this system are not truly consensual and that many developing States were in fact coerced into signing BITs.

The coercion argument takes two forms. First, developed States have used BITs as a point of leverage for extracting political, economic, military, or other forms of cooperation from developing States. An example in support of this argument is the BIT negotiations between the United States and Pakistan. Although the United States publicly stated that "Pakistan's 150 million people, offer a large and potentially valuable market for U.S. exporters and investors, 'The United States' dominant motivation in entering into a BIT with Pakistan appears to have been Pakistan's continued support in "combating global terrorism"³³. " It is clear, therefore, that factors other than a desire to stimulate and protect bilateral investment can drive a developed State's decision to enter into BITs³⁴.

Coercion theory hitches

Although developed and developing States may have unequal bargaining power in BIT negotiations, and developed States have almost certainly used BITs as a diplomatic or political carrot, it cannot fairly be said that international investment law is not based on the consent of the parties. Many developing States have actively sought, and continue to seek, bilateral investment relationships in an effort to stimulate foreign direct investment. While a disparity in relative bargaining power may leave developing States at a disadvantage in their ability to negotiate away from the model BITs used by many developed States, their willingness to enter into bilateral relationships can hardly be questioned³⁵.

Moreover, the coercion argument fails to account for the significant (and growing) number of BITs between developing States. If developing States were truly coerced into signing BITs with

³³ See provisions of Law of 1980 and of the new Code respectively at pp. 15 and 8, above . Google Scholar

³⁴ Magalie Masamba is a Research Associate with CAI. Her key areas of interest are trade and investment promotion, strategy and risk mitigation in emerging markets. Contact Magalie through Consultancy Africa Intelligence's Industry & Business nit(industry.business@consultancyafrica.com). Edited by Nicky Berg. Research Manager: Ingi Salgado.

³⁵ 312Ministry of Economic Affairs and Planning, Sixth Five-Year Economic, Social and Cultural Development Plan (1986–1991), Yaoundé, 1986, p. 18. Google Scholar

developed States, it is unclear why they would voluntarily seek out such treaties with other developing States-particularly in light of the public concerns regarding the system that a number of developing States have bargaining power among developing States severely party would have the political, diplomatic, or into signing a BIT.

The second form of the coercion argument is effectively a "race-to-the bottom" theory³⁶. It posits that once one developing State enters into a BIT, others were required to follow suit so as not to be placed at a comparative disadvantage in the competition for foreign capital. Interestingly, the "race" theory creates the prospect for a two-tiered "bottom." At first, investment protections would plateau at the levels established by the relevant BITs.

The cognizance of the difficulties involved in the creation of an international investment code is one of the main reasons for the present orientation of capital exporting countries and host governments towards the conclusion of bilateral treaties for protection of foreign investment. Cameroon has so far signed several BITs since independence³⁷ for the mutual protection of foreign investments. The first was signed with the Republic of Germany in 1962 and it went into force in November 21, 1963. The second was signed with Switzerland in 1963 and it became operational on 6 April 1964. The third was signed with Netherlands in 1965 and it went into operation on May 7, 1966. The fourth was signed with Belgio- Luxembourg Economic Union in 1980 and it went into force on November 4, 1981. The fifth was signed with Pinania in 1980 and it took the force of law on December 16, 1981. The sixth was signed with the UK in 1982 and it entered into force on June 7, 1985. The seventh was signed with the USA in 1986 and it entered into force on April 6, 1989. The most recent was signed with Canada in 2014.

Situation Remittances

The main objective of these treaties which are of capital importance to FDI is to obtain maximum legal protection available under international law and consequently reduce as much as possible non-commercial risk facing foreign investment in host countries. Hence, provisions in BITs are intended to supplement the protection standards offered by laws of a host state. The

³⁶ *The share of exports in the Gross Domestic Product is growing very slowly at an annual average of 17.7 per cent, (See the Sixth Plan, p. 18.)*

³⁷ *U.S.A.I.D. Policy Paper, Private Enterprise Development, Washington, 1985, p. 6. Google Scholar*

capital importing countries (host countries)³⁸ see BITs as a vital measure to attract FDI. In this manner the objectives of the contracting parties complement each other, the overall purpose being the facilitation of FDI flows by granting a measure of stability and reliability in the relationship between foreign investors and their home countries on the one hand and the host countries on the other hand.

Consequently, in the absence of a global instrument providing a sound level of protection to foreign direct investment, the Cameroon government has embarked on these inter-governmental BITs for the protection of foreign direct investment as a supplement to the legal framework. This represents a significant aspect of government efforts to establish a favourable investment climate for FDI³⁹.

Conclusion

More and more African countries are concluding BITs, with some exceptions. The key issue with respect to BITs and Africa is whether there is a place for BITs in African investment regulation. Despite the controversy and criticism of the BIT system from, the answer to the question should be on a case by case basis. African countries should not, however, assume that the signing of BITs will automatically lead to FDI and have development as multiplier effect. There should be broad structural changes and efforts must be made to improve the ease of doing business and reduce transaction costs. In the case of Cameroon the economic partnership agreements with the EU for example was signed without effective prior impact assessment. BITs should not be viewed as a replacement for such efforts. Different countries should adopt different approaches to investment promotion and protection, depending on their needs. It is clear that where countries wish to enter into new BITs, they should articulate their needs properly. Where countries wish to rely more on domestic regulation, due consideration should be given to international standards that govern investment law and practice, as well as the effective enforcement of such laws.

³⁸ Nabeel Ikram and Ilham Kabbouri, A New Model Bilateral Investment Treaty for African States *Insight* July 21, 2022

³⁹ Ministry of Economic Affairs and Planning, *The Sixth Five-Year Economic, Social and Cultural Development Plan*, *op. cit.*, p. 180. Google Scholar

Constraints to the regulation of medical practices in Cameroon*Contraintes à la réglementation des pratiques médicales au Cameroun*

By :

GRACE MARY NKAUFU TAZANU

Ph.D Student, Department of English Private Law, Faculty of Law and Political Science,
University of Bamenda (Cameroon)
chatehtaza2011@hotmail.com

ALVINE LONGLA BOMA

Professor of Law, head of Department of Business Law, Faculty of Law and Political Science,
University of Buea
alvineboma@yahoo.com

DJIEUFACK ROLAND

Associate Professor of Law, Head of Department of Law, Higher Technical Teachers
Training College
University of Bamenda
orolly@yahoo.fr

Abstract:

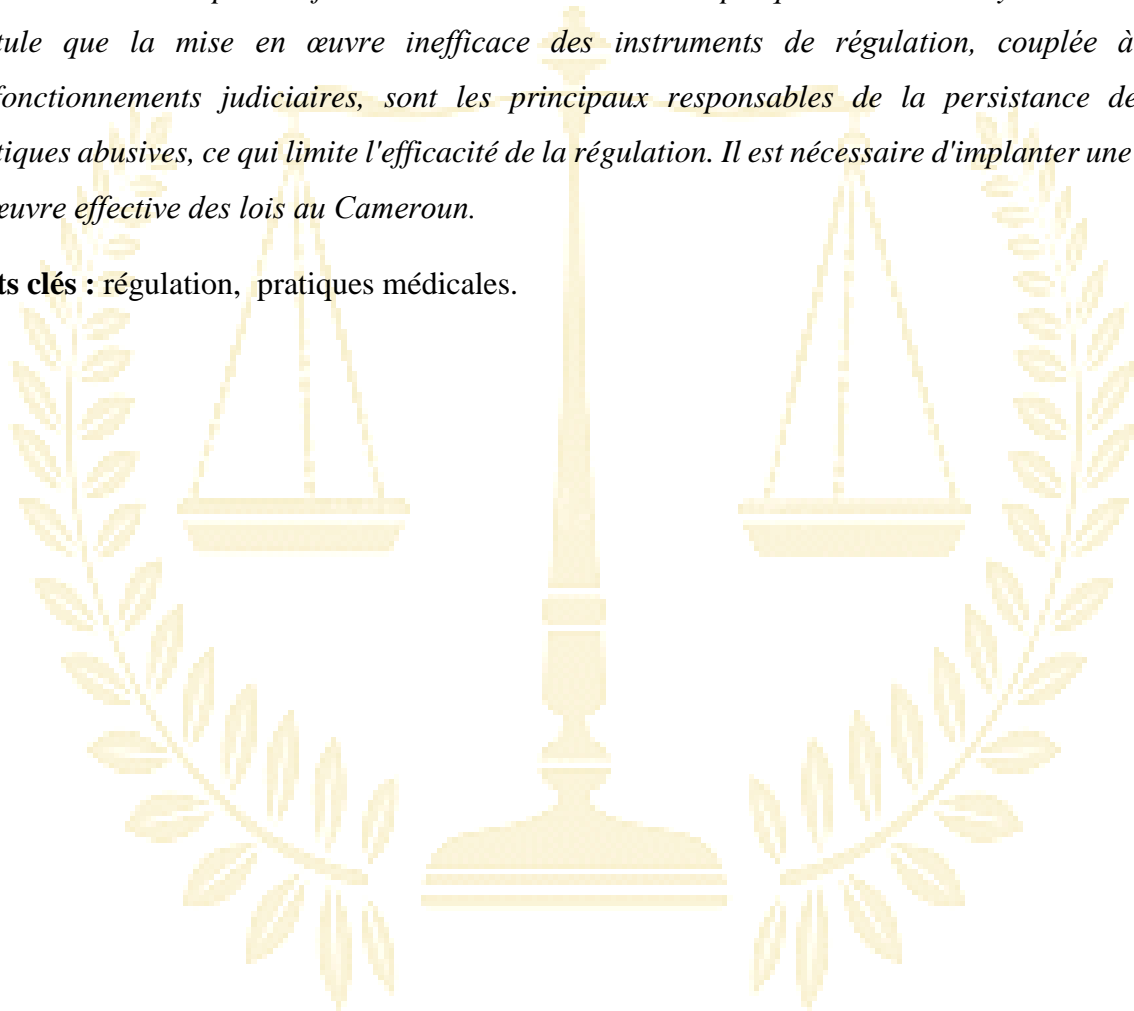
The sharp decline in the ethical standards of medical practice in Cameroon is at a rise. Even though there exist various regulatory instruments to monitor and control the activities of medical practitioners, the persistence of malpractices is causing the death of countless patients every day. This study seeks to examine constraints to the regulation of medical practices in Cameroon. It adopts both the doctrinal and empirical method in its analysis. This study posits that inefficient implementation of regulatory instruments, coupled with judicial malfunctioning, are primarily responsible for the persistence of these malpractices, thereby placing a constraint on effective regulation. There is need to implant effective implementation of laws in Cameroon

Keyword: regulation, medical malpractices.

Résumé:

La forte baisse des normes déontologiques de la pratique médicale au Cameroun est à la hausse. Même s'il existe divers instruments réglementaires pour surveiller et contrôler les activités des médecins, la persistance des fautes professionnelles cause chaque jour la mort d'innombrables patients. Cette étude vise à examiner les contraintes à la réglementation des pratiques médicales au Cameroun. Il adopte à la fois la méthode doctrinale et empirique dans son analyse. Cette étude postule que la mise en œuvre inefficace des instruments de régulation, couplée à des dysfonctionnements judiciaires, sont les principaux responsables de la persistance de ces pratiques abusives, ce qui limite l'efficacité de la régulation. Il est nécessaire d'implanter une mise en œuvre effective des lois au Cameroun.

Mots clés : régulation, pratiques médicales.



1. Introduction

The medical practice is highly dynamic and demands that the professional exercises a high degree of discretion. Physician practice has been subject to regulation from time immemorial. Control of physician action through medical legislation and ethics has a long history and is not unique to modern society. Hippocrates, the father of modern medicine as far back as the fifth century BC¹ instituted a code of conduct known as the Oath of Hippocrates which every practitioner must take when being admitted into the medical profession². According to this oath, medical care should be practiced in such a way as to diminish the severity of the suffering that illness and disease bring in their wake, and the medical practitioner should be fully conscious of the ethics of the profession and act within its scope. In 1948 the World Medical Association adopted the Geneva Declaration³ which spells out a physician's moral obligations to his patients, and an explicit commitment to the humanitarian goals of medicine⁴. This declaration has been adopted as the International Code of Medical Ethics⁵. Cameroon has adopted a national Code of Medical Ethics⁶.

The overall objective of regulating medical practice is patient safety. Regulatory authorities compel doctors to put up their best practices and to consider patient safety as primordial. Regulating medical practices also ensures that negligent practices are discouraged. The regulator does this by punishing negligent medical practices. It receives complaints from the public against misconduct or negligence by a medical practitioner, proceed to inquiry, take a decision on the merits of the case and initiate disciplinary action or award compensation against the defaulting doctor⁷. However, recently, materialistic influence has produced highly selfish mentality; and while engaging in professional activities at times medical practitioners lose sight of the ethical, human, and noble values of their profession.

¹ Umerah B C., *Medical Practice and the Law in Nigeria*, Longman Nigeria limited, 1989, p.7

² Section 62 of Decree N° 83-166 of 12 April 1983 on the Code of Medical Ethics in Cameroon provides that; "Every doctor shall, at the time of enrolment in the Association, declare before the Council of the Association that he has cognizance of the present Code of ethics and shall undertake, under oath and in writing, to abide by it."

³ The Geneva Declaration is an adaptation of the Oath of Hippocrates by the World Medical Association to bring it in line with the practice and language of modern medicine.

⁴ See supra note 11

⁵ This Code was first formulated by the World Medical Association in 1949. It's subsequent amendments by the World Medical Assembly in 1968 and 1983 in Sydney and Venice respectively.

⁶ Decree N° 83-166 of 12 April 1983 on the Code of Medical Ethics in Cameroon

⁷ Sections 41- 48 of Law No. 90/036 of 10 August 1990 Relating to the Organization and Practice of Medicine in Cameroon.

Regulation of medical practice in Cameroon is done through the profession itself (self-regulation) with the government exercising supervisory authority over the activities of the regulator. The Cameroon Medical Council⁸ is the regulatory authority empowered to monitor and supervise medical practice in Cameroon. Apart from this regulatory body, several Laws⁹ and Decrees¹⁰ also regulate the activities of medical practitioners.

In spite of the existence of these institutions and legislations to ensure save practices, the ethical standard of medical practice keeps declining. This calls to question the effectiveness of these regulatory mechanisms. In fact, the professional practice of health personnel all over the country is so deplorable such that there are doubts as to whether they are actually supervised and monitored. The Cameroon health sector is characterised by poor reception; double payments, corruption, and diversion of patients, parallel sale of drugs, and the illegal practice of medicine¹¹ Absenteeism, quackery, favouritism, and commoditisation of services¹², amongst others. As the government turns a blind eye or is powerless to contain the expansion of these unethical anti-values in public health institutions, these institutions have been transformed into vast market where medical practitioners and patients are engaged in several types of transactions¹³, all at the detriment of the patient.

The legal aspect of the regulatory machinery which sanctions these malpractices is not easily accessible to victims of medical malpractices due to its numerous substantive and procedural obstacles. Where medical practitioners are aware that they can commit a wrong and get away with it, they become indifferent and less cautious in the performance of their duties, this partly explains the repeated cases of carelessness causing harm and injuries on an everyday basis. The persistence of these malpractices, and the unwillingness or inability of the government curtail it, coupled with the inability of victims to seek redress through legal recourse are a constraint to the effective regulation of malpractices in Cameroon.

⁸ *Ibid* Section 25

⁹ Law No 90/036 of 10 August 1990 Relating to The Organization and Practice of Medicine in Cameroon is the Main text governing Medical Practice. Other laws regulate the profession of other specialize body within the medical core, for example, surgeons, dermatologists, dentists, and others. Also, the Cameroon Penal Code regulate the medical profession by sanctioning criminal activities of medical doctors.

¹⁰ See supra note 9

¹¹ Zamo-Akono C., et al, (2013), "Institutions and Hospital Efficiency in Cameroon: A Data Envelopment Analysis", *Journal of African Development*, 15:1, p.51.

¹² Mouliom B I., (2018), "Commodification of Care and its Effects on Maternal Health in the Noun Division (West Region-Cameroon)", *Bmc Medical Ethics*, vol,19:43, p.72

¹³ Djoko C., "Comprendre la Corruption au Cameroun", *Le Grand Soir*, October 3, 2010 at <http://www.legrandsoir.info/comprendre-la-crruption-au-cameroon.html>. (accessed on 5th day of November 2020)

1.1. Legal Constraint to the Regulation of Medical malpractices in Cameroon

Access to justice refers to the substantive and procedural mechanisms existing in any particular society designed to ensure that citizens have the opportunity of seeking redress for violation of their legal right within the system¹⁴. Where these mechanisms are absent, or present but not functional, as in the case of Cameroon, it leads to inaccessibility of justice. Victims in such a situation cannot adequately vindicate their rights. Where the cost of justice is not affordable to the common man,¹⁵ and where the courts are not sufficiently manned, or are manned by men and women who are morally depraved, such a court can hardly guarantee justice to its litigant. Moreover, where procedural delays are endemic in a judicial system, judicial redress becomes a far cry. These are the characteristics typical of the Cameroon judicial system, some of which will be examined hereunder.

1.1.1 Inefficient enforcement of existing laws

There exist several pieces of legislation¹⁶ regulating medical practice in Cameroon; however, it is exasperating that these pieces of legislation are not fully implemented. The explosion of illegal clinics in the country points to this. In fact, in 2017, 2000 illegal private health care centers were uncovered in Cameroon¹⁷. Health care providers (nurses, laboratory technicians, midwives etc) with no qualification and license, are engaged in operating clinics and health centers here and there without the necessary infrastructure, equipment and human resources. It is surprising that some of them employed doctors to work with them, and have authorisation numbers from MINSANTE, how they got the authorization is beyond comprehension. The Law relating to the organization and practice of medicine specifically prohibits the illegal practice of medicine¹⁸, yet the operation of these illegal health centers are particularly rampant especially in metropolitan

¹⁴ Zzouedja T A., (2021), "Access to Justice and Human Rights Protection in The Common Law Jurisdiction in Cameroon: Problems and Prospects", *Zien Journal of Social Sciences and Humanities*, vol 1, issue 1, p.201

¹⁵Gwangudi M I., (2002), "Problems Militating Against Women's Access to Justice in Nigeria", *University of Maiduguri Law Journal*, No. 5, pp.13-14

¹⁶ See supra note 12 and 13

¹⁷ 2000 Illegal Hospitals Uncovered In Cameroon, *Journal Du Cameroun*. 10th April 2017, online at <https://www.journalducameroun.com>. (accessed on 30th day of May 2022)

¹⁸ Section 16 of Law No 90/ 038 of 10th December 1990 relating to the Organization And Practice Of Medicine In Cameroon. This law defines unlawful practice to include; practicing without a license, practicing under an assume name, practicing while on suspension, practicing in a business premises where medical apparatus is sold, engaging in consultation and diagnosis and treatment without authorization, and physicians offering assistance to persons who are not authorized to practice medicine are also guilty of unlawful practice

cities like Douala, Yaoundé, Bafoussam, where they can be found in almost every street or neighborhood. This questions the effective implementation of this law.

According to the Law Organizing the Practice of Medicine in Cameroon, unlawful medical practices attract severe administrative, civil and penal sanctions. Indeed, persons guilty of unlawful practice of medicine are punished with imprisonment of from six days to six months or with fine of from two hundred thousand francs to two million francs or with both such imprisonment and fine¹⁹. Moreover, the Council of the Cameroon Medical Association may also order closure of the establishment irrespective of any court judgments²⁰. With such a sanction actors in this domain are supposed to be deterred from engaging in such malpractices, but this is hardly the case. The effective implementation of this law is yet to be achieved, in the face of outright violations. The failure to effectively implement the law and curtailed the proliferation of these unauthorized clinics and practice, constitute a restraint to effective regulation of malpractices

1.1.2 Access to Legal Redress

There are a number of substantive and procedural obstacles or impediment that precludes the masses in general from having access to judicial redress in Cameroon. Relative to the economic situation in Cameroon, the cost of litigation is so high that the ordinary Cameroonian can hardly afford adequate legal representation when he/she has a legal matter to pursue before the ordinary courts. Lawyers are few in number²¹, located in urban areas and command high fees, which the poorest and most marginalized in rural communities can neither physically access nor afford.

Secondly, the litigant must consider the cost of filing a claim in court. In Cameroon, to file a civil suit, the plaintiff is expected to pay the filing fee plus the cost of stamp duty²². This requirement by the courts for litigants in a civil suit to deposit 5 per cent of the quantum of claim before the suit is filed²³ regardless of the chances of success of the action is a great hindrance to access to justice because litigants who cannot afford this 5 per cent cannot get legal redress.

¹⁹*Ibid* Section 17

²⁰*Ibid*

²¹ According to the Cameroon Bar Roll 2022, there are about 3500 lawyers in Cameroon as compared to the population of 27,543,748 in Cameroon

²² This is 5 per cent of the quantum of claim

²³ This is in conformity with the Minister of Justice and Keeper of the Seals CIRCULAR NO 0012/MG/SG/DAG of 13 March 1996 which demands that 5 per cent of the claim in civil suits be deposited in the court as stamp duty fee.

Legal aid which plays a significant role in improving access to justice for impoverished, marginalized and excluded groups²⁴, is not well developed in Cameroon. The Law of Legal Aid²⁵ is fraught with many delays and a lot of procedural obstacles in its application such that it is not effective in assisting poor citizens to access justice²⁶. Not only are many citizens unaware of the existence of Legal Aid but they scarcely meet the requirements. In Cameroon, Legal Aid Commissions are set up in the Court of First Instance, Military Tribunal, Court of Appeal and Supreme Court. An application for legal aid is addressed orally or in writing to the secretary of the Legal Aid Commission, who is the Registrar of the competent court²⁷. The secretary then forward the application to the chairperson of the Legal Aid Commission, who, is the president of the competent court, and who, in consultation with the counsel, makes a decision on whether the applicant qualifies for aid. The legal aid commission has the right to gather independently all information necessary to determine the inadequacy of the resources of the applicant²⁸. Most litigants are unable to meet up with these requirements, thus restricting accessibility to the courts.

1.1.4 Delays in Judicial Proceedings

Justice delayed is justice denied, is legal maxim meaning where a legal remedy is available for a party who has suffered some injury, but is not forth coming promptly, it is effectively the same as having no remedy at all. It is unfair for a victim to have to sustain injury with little hope for restitution. This is a very relevant factor that determines the response of victims of medical malpractice to litigation. Speedy trial is a rare occurrence in Cameroon judiciary. Justice cannot be said to be rendered if it is made within a long period of time. This is because beyond a certain time the decision taken by the court may lose their value.

These delays can be accounted for by a number of factors, nonappearance of lawyers, corruption, in which the judges may deliberately not delivered judgment, numerous adjournments, in order to elicit bribe from the litigants. Work overload also precludes magistrates from

²⁴ Legal Aid Service Provision A Guide on Programming in Africa, United Nations Development Programme, May 2016.

²⁵ Law No 2009/004 of 14 April 2009 to organize Legal Aid in Cameroon.

²⁶ Sama N J., "Providing Legal Aid in Criminal Justice in Cameroon: The Role of Lawyers", Access to Justice in Africa and Beyond, Making the Rule of Law a Reality. Penal Reform International and Bluhum Legal Clinic of the North western University School of law.

²⁷ The application made must include the following; document of proof of impecuniosity, a copy of the tax roll or certificate from the head of the administrative unit specifying where appropriate if the applicant is liable to discharge tax, a certificate of lack of means by the mayor following inquiries by the appropriate social service. Failure on the part of the applicant to furnish these documents thirty (30) days after having been summoned to do so shall render the application inadmissible.

²⁸ Section 20(1) of Law No 2009/004 Of 14 April 2009 to Organize Legal Aid in Cameroon.

adjudicating cases on time. Again witnesses summon may fail to appear in court, thus months, years, and even decades may pass by, meanwhile the life of the victim becomes miserable during this long and never ending fight for justice.

1.1.5 Burden of Proof

Proving that loss or injury suffered is as a result of the negligence of a medical practitioner is a severe task on the claimant especially when such proof turns out to be technically complicated and expensive due to the requirement of expert opinion²⁹. In Cameroon, it is sad to know that medical malpractice claims are frequently launched and advanced at trial without expert medical evidence. The plaintiff comes to court and gives his or her account of what occurred but fails to back up allegations of malpractice with coherent evidence from a medical expert. In such circumstances, it is no surprise then that the courts will eventually heed the exculpatory evidence inevitably provided by experts on behalf of the defendant and dismiss the claim.

Due to the fact that allegation of negligence in the medical profession are serious, such that it may lead to the practitioner's name being deleted from the medical register and banned from medical practice, and the consequence damage to his reputation, a high standard of proof of negligence is required for liability so that the mere fact of a mishap, or error of clinical judgment does not in itself amount to negligence³⁰. The onus lies on their colleagues to provide expert evidence but most often the medical personnel are not willing to testify, a situation described as 'conspiracy of silence'³¹.

Medical Expert are reluctant to openly criticize the professional conduct of their colleagues, moreover, it is difficult and expensive for a layman to produce evidence in such a technical domain which has to do with the skill and competence of a doctor, As such a victim of medical malpractice in Cameroon is not likely to succeed because expert witnesses are not willing to testify that the practices or procedures adopted by their colleagues should be stigmatized as negligent³².

²⁹ Commission Green paper: Liability for Defective Products, Brussels, Com 1999 396 (28 July 1999), summary p. 2.

³⁰ Malemi E., *Law of Tort*, 2nd Edition Lagos, Princeton Publishing Company, 2013, p.362.

³¹ Emir F., *Medical Law and Ethics in Nigeria*, Lagos: Malthouse Press Ltd, 2012, p. 286.

³² This is so because of the duties they owe to their colleagues under the Code of Medical Ethics. Section 42(1) of Decree No. 83-166 of 12 April 1983, Cameroon Code of Medical Ethics provides that "doctors must maintain good professional relations between themselves", and section 42(2) forbids a doctor from slandering or disparaging a colleague, or to repeat any remarks likely to harm him in the practice of his profession.

In the Cameroonian case of *The People of Cameroon v. Yilareng Elias Afoni*³³, the accused medical doctor was charged with assault occasioning death punishable under section 278(1) of the Cameroon Penal Code. All through the trial, the prosecution produced only one witness, who was an investigator. The court held that the evidenced adduced was grossly insufficient to buttress the charge, the accused medical doctor was able to produce expert witness who testify that on examination of the deceased, it was evidenced that the fetus in her womb was already death even before they got to the accused's clinic. On this score the accused medical doctor was discharged

1.1.6 Judicial Corruption

The corrupt nature of Cameroon's judiciary cannot be overstated. Transparency international³⁴ had way back in 1999 classified Cameroon as the most corrupt country in the world with the judiciary leading. In 2021, according to transparency international corruption perception index, Cameroon ranks 144 out of 180, even though there is an improvement in the score, it is still among the top 30 most corrupt countries in the world. Even the National Anti-Corruption Commission (CONAC)³⁵, published its corruption index in Cameroon in 2016 indicating that the police and the judiciary were the most corrupt sectors in Cameroon.

The paradigmatic image of judicial corruption is that of a judge taking bribes. However, judicial corruption is a lot more, it includes all forms of inappropriate influence that may damage the impartiality of justice, and may involve actors within the systems including lawyers and administrative support staff³⁶. In Cameroon, litigants pay to get their case through the system, to influence the outcome of their case, or to delay it. Bribes are paid to judges or registrars or lawyers to remove files or get their cases assigned to a particular judge.

All the above limit effective regulation of medical practice, as such medical service quality continues to deteriorate with patients at the mercy of unprincipled practitioners who will do all to fill their pocket at the expense of what or whoever.

1.2. Extra Legal Constraints to Regulation of Medical Malpractices in Cameroon

³³ See Suit No HCK/15c/2020, (unreported).

³⁴ Transparency international is a German registered nonprofit association founded in 1993 by former employees of the World Bank, with purpose to combat corruption and prevent criminal activities. Its most notable publication is the corruption perception index.

³⁵ Created by Decree No 2006/088 of 11 March 2006.

³⁶ Gloppen S., (2014), "Courts, Corruption and Judicial Independence in Soreide T. and Williams A., *Corruption, Grabbing and Development: Real World Challenges*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014.

Apart from the numerous legal constraints to the effective regulation of medical malpractices, there exists other constraints, not legal in nature, which also limit or inhibits the full realization of effective regulation, and tends to nullifies all efforts and initiative taken to control the malfeasances of doctors in Cameroon. These consist of incessant acts that constitute gross flaunting of the professional code of practice, indulged in with impunity by medical practitioners in the face of weak and inefficient control by the Medical Council and inaction by the government. This is the focus of this section.

1.2.1 Weak Regulatory Mechanism

The overall objective of regulating medical practice is patient safety. Professional associations, as definers and guarantors of effective medical practice, have an implied contract with society to hold their members accountable³⁷. They set out expected standards in relation to quality and accountability. It also highlights the duty a medical professional has to the profession, the wider community and the organization in which he/she is working. They also empower patients to pursue malpractice suits to hold health providers accountable. Overall, the regulator serves as the institutional structure of checks and balances of medical practice.

In a developing country like Cameroon, professional associations' capacity to fulfill these roles is relatively limited. Regulatory bodies will always "in the last analysis put fairness to doctors ahead of patient protection"³⁸, that is, the professions tend to be protective of their members. The Cameroon Code of Ethics forbids a doctor from criticizing a colleague or making any remark likely to harm him in the practice of his profession³⁹. Thus, the Code enjoins them to support each other's reputation. When complaints do come in, the disciplinary process is self-serving; by doctors and for doctors. Members are at once players and referees in the field. Given the natural urge to protect one's own, and given the opportunity provided by self-policing, there is the likelihood that erring members would be left off the hook, based on the fellow-feeling theory⁴⁰. The theory assumes that complaints against defaulters are likely to be treated lightly by other members, given that the non-erring members will exhibit a soft spot for their colleagues against whom complaints are lodged. Patients and the public seem to be ancillary, whereas they

³⁷Sylvia R C. et al, (2000). "Professionalism: A Contract between Medicine and Society". *Canadian Medical Association Journal*, 162(5), pp.668-669.

³⁸ Smith R., (2005), "The GMC: Expediency before Principle". *BMJ*. 330(7481), pp.1-2.

³⁹ See supra note 9, Section 42(2) .

⁴⁰ Jeffrey B., *Profession and Monopoly*, Berkeley: University of California Press, 1975, p.88.

should be front and center. The domination of medical thought by men of the practicing profession, distort the pursuit of medical knowledge and block the development and delivery of medical care⁴¹.

With this it becomes almost impossible to obtain genuine expert evidence during litigation. Enhanced investigation and discipline therefore seem to be a far cry; one is tempted to ask why investigation of problems or incidences should be confined strictly to self-regulated professional bodies. The tendency is for them to tilt in favour of their colleagues and come up with meaningless sanctions such as warnings, reprimand and even recommendation reports instead of disciplinary actions. A case in point is that of *Affaire Monique Koumateke*⁴² where the Commission of Inquiry (made up exclusively of medical professionals), set up by the Cameroon Medical Council in March 2016 to investigate the circumstances surrounding the death of Monique Koumateke, came up with report of recommendations to the government and the medical corps with no sanctions⁴³.

Monique Koumateke, was a pregnant woman who was disemboweled by her sister in a bid to save her unborn babies in front of a public hospital in Douala, precisely the Laquintinin hospital. From the investigative report⁴⁴, there were instances of wanton neglect, carelessness and indifference towards the pregnant patient, which portray the malfunctioning of the Cameroon Health system. She was taken to two hospitals before finally brought to the Laquintinin hospital, where she was turned away by the hospital staffs stating she was dead. The family of the patient claimed that she was still alive when they got to the hospital, and that the real reason she was turned down was because they did not have enough money to pay her consultation fee⁴⁵. That all attempts to get the medical staff to attend to her was fruitless. Meanwhile, in a Press Conference⁴⁶ the Minister of Public Health, refuting negligence on the part of the Hospital staff, gave a different version of the story, that the pregnant woman and her unborn foetus had been dead for four hours already before being brought to the hospital⁴⁷.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ONMC, Rapport de la Commission d'enquête du Conseil de L'ordre National des Médecins du Cameroun sur L'affaire Monique Koumetake. Mars 2016.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Azétsop J. et al, (2018), "Morphologie du Quotidien, Souffrance Sociale et Parcours Individuels au Cameroun : La Mort De Monique Koumateke, Un Problème Social ?", *African Sociological Review*, 22 :1, p.56.

⁴⁶ Press conference held on 13/03/2016 against the backdrop of angry protest of the population against the treatment of Monique Koumeta.

⁴⁷ Pregnant Woman's Shock Death Puts Cameroon's Healthcare under Spotlight, *The Observer*, France 24, 15/3/2016. at <http://observers.france24.com/en/20160315-pregnant-woman-cameroon-hospital-ceasarian>. (accessed on 7th day of May 2021).

The Commission of Enquiry on its part, put up a scientific argument, relying on the three prenatal consultation report of the victim, stated that Monique Koumateke died at home hours earlier from eclampsia complications before being taken to Lanquantinine hospital, and that she refused to be hospitalized in the first health center she visited at PK13 in Douala⁴⁸. That she carried a high-risk pregnancy and did not have any quality prenatal consultation. The family of Monique Koumateke made a complaint against the hospital for involuntary homicide, and failure to assist. They also denounce the Cameroon Medical Council for propagating false information, maintaining that Monique died in the hospital out of negligence and inhumane treatment from the hospital personnel⁴⁹.

Indeed, instead of sanctioning the reprehensible actions of the hospital management and its personnel, actions which poses a threat to the community, the commission of enquiry, made up exclusively of medical personnel, tend to shield their colleagues by bringing up scientific arguments to shift the blame on the victim⁵⁰. The report did not see any relationship between the dead of Monique and the indifference of the personnel of the hospital, the treatment received by the victim and her family, medical ethics, the refusal of hospitalization at PK13 and the cost of treatment. It hard to believe that the medical staff who consulted the deceased victim at PK13, knowing fully well that she had high risk pregnancy and was in danger of death, allowed her to go home when she refused hospitalisation. The first mission of every health institution is to safe life, and where this mission is overlooked, the result is homicide.

From the above it is sad to know that medical practitioners will always seek to defend their colleagues and their profession instead of respecting life which is their first paramount consideration. With this attitude regulation of medical malpractices in Cameroon will remain a dream.

1.2.2 Persistent Absenteeism

Health personnel availability is a major problem especially in public hospitals in Cameroon and needs to be addressed by effective regulation. This unavailability can be explained by the fact that private health facilities that accompany the government in the offer of health services to populations mostly have as promoters, medical doctors working in the public

⁴⁸See Supra note 45.

⁴⁹ See Supra note 48, pp68-69.

⁵⁰ See Supra note 45.

sector. These doctors spend most of their official working hours consulting in these private hospitals or in their homes. In fact, many patients who visit public health facilities are oriented by these doctors to their private health centers for medical care⁵¹.

Predatory or unethical behavior is rampant. The redirection of patients from formal to informal health centers, are widespread practices in Cameroon hospitals. Indeed, this practice contravenes Article 13 of the Prime Ministerial Decree⁵² on the Code of Ethics of care givers, which condemns diversions of users, (this consists in redirecting patients intercepted in public health facilities to private or informal care centers). This unethical practice is mostly done by specialist doctors, who transform their homes into informal health care centers, and spend most of their work time in these centers regularly using materials diverted from public hospitals. Consequently, patients at the public hospitals, after paying the consultation fee and waiting for hours are later told that the doctor is not on sit⁵³.

This presupposes that the public practitioner has the discretionary power which permits him/her to be absent from his official work and go to his private clinic or stay at home and receive patient during his contractual working period. The discretionary power held by the doctor allows him/her to reduce the quantity of service rendered, either by refusing to honor the appointment given to patients, or by simply refusing to serve them or even by discriminating them, and this is the most frequent case⁵⁴. This he does without any fear of hierarchical authority. One author⁵⁵ concluded that absenteeism of healthcare workers is ubiquitous because public hospitals do not have systems to monitor and sanction staffs who fail in their public responsibilities. The culture within public hospitals is highly tolerant towards absenteeism. A director's reluctance to confront

⁵¹Yamb B. & Bayemi O., (2017), "Corruption and Discrimination in Douala Metropolis Public Hospitals of Cameroon", *Journal of Economics Library*, 4(4), p.505.

⁵² Decree No 2004/321 of 18/12/2004 on the Code of Ethics of Care Givers, Article 13 reads; are forbidden, any commission, or acceptance or sharing of clandestine money between practitioners and patients; the acceptance of commission for any medical act, including for examinations, drug prescriptions, appliances, sending to a specific clinic, station cure, or health home.

⁵³ Direct observation at the Regional Hospital Bafoussam on 13/10/2020, where some pregnant women upon paying the consultation fee to see the gynecologist, were later told after several hours of waiting that she is not coming.

⁵⁴See Supra note 49.

⁵⁵McPake B. et al, (1999), "Informal Economic Activities of Public Health Workers in Uganda: Implications for Quality and Accessibility of Care", *Soc Sci Med*, 49, pp.849–65.

doctors encourages other employees to also be absent during working hours⁵⁶. As a result, high absenteeism and low productivity is widely reported in public hospitals⁵⁷.

1.2.3 Corruption/Bribery

Corruption in Cameroon's public hospitals is severe. These public hospitals are marked by racketeering, extortion, and theft⁵⁸. Patients are forced to pay fees that have no official reference⁵⁹. To see a specialist involves paying additional fees or financially motivating the secretary of the specialist (bribe)⁶⁰. Despite the public display of messages against corruption on all hospital notice boards, this ill prevails and money has become the driving force in service provision in Cameroon. At such it is the patient's economic capital that counts. Patients without enough or sufficient financial resources wait long hours in corridors; some die in pain under indifferent gaze of the professionals who are supposed to take care of them, while financially viable patients are able to bribe care givers to attract their favours, skip the queue and obtain prompt, careful, and effective care⁶¹.

1.2.4 Inflated Hospital Bills

Exorbitant hospital bills are yet another disturbing issue that is restraining the effective regulation of medical malpractices. The public health sector in Cameroon is expected to provide the general population with cheap healthcare services and medications. However, what obtains is the reversed. Patients are given exorbitant bills, and immediate cash payment from patients for health services rendered is often demanded⁶².

⁵⁶García-Prado A. et al. (2006), "The Impact of Hospital Management Reforms on Absenteeism in Costa Rica", *Health Policy Plan*, 21, pp. 91–100.

⁵⁷Lewis M., (2006), "Governance and Corruption in Public Health Care Systems", Center for Global Development. Working Paper Number 78. at <http://www.cgdev.org/publication/governance-and-corruptionpublic-health-care-systems-working-paper-78> (accessed n the 22nd day of October 2020).

⁵⁸Bayemi V., (2008), "Corruption et Crise des Hôpitaux Publics à Douala: le Schémas d'une Organisation Tripolaire", In *Governing Health Systems in Africa*, Dakar, *Council for the Development of Social Science Research in Africa* (CODESRIA), P.12-24.

⁵⁹That is; unregistered billing; extra-billing of real or presumed complementary services for their supposed rapidity or quality; payment for services which in fact have not been rendered; payments for services that are officially free of charge or subsidized such as mosquito nets and HIV screening and, the issuing of fake medical certificates.

⁶⁰Ntangsi J., "An Analysis of Health Sector Expenditures in Cameroon Using a National Health Accounts Framework". at <https://www.rad-aid.org/wp-content/uploads/Cameroon-Country-Report.pdf> (accessed on 24th day of october 2020).

⁶¹ See Supra note 54.

⁶²Shu C A., (2010), "Public and Private Hospital in Cameroon: Service Quality and Patients' Choice of Hospital", (unpublished Masters Thesis), Institute of Graduate Studies and Research, Eastern Mediterranean University, North Cyprus, 2010.

The national and international press has reported cases in cities such as Douala and Yaoundé where people were denied in hospitals because of their inability to pay their health care bills. In 2012, the BBC reported the case of a mother and baby who were detained for 11 months by a hospital in Yaoundé due to the mother's inability to pay her medical bill⁶³. In 2018, the France-based news agency France24⁶⁴ reported that the central hospital in the capital of Cameroon, Yaoundé, detained about a dozen mothers and their newborns for about a month owing to their inability to pay their hospital bills. Eleven women gave birth in the hospital through caesarian section, the hospital gave them exorbitant bills which varies between 200.000-300.000frs CFA⁶⁵, not having the means to pay these bills within a time limit of 7 days, the hospital ask them to vacate their beds in the wards, they were later crammed like animals in one small room in the maternity section where they slept on the floor, and were treated like prisoners⁶⁶.

Despite the prohibition of the confinement of indigent patients in public health facilities by the Cameroon Minister of Health, Malachie Manaouda⁶⁷, the practice persists. In a letter dated March 14, 2019, to the heads of public health facilities in Cameroon, the Minister urges the Directors of public hospitals to propose better adapted and less degrading solutions for the care of indigent patients as soon as possible⁶⁸. However, these are mere rhetoric with no implementation strategies.

⁶³Ngwa F N., (2012), "Detained in Cameroon's Hospitals". BBC News, at <http://www.bbc.co.uk/com/news/world-africa-20417377>. (accessed on the 2nd day of November 2020) .

⁶⁴France24. Cameroon Hospital Detains New Mothers over Unpaid Fees. Available online: <https://observers.france24.com/en/20180813-cameroon-hospital-mothers-babies-detained-fees>. (accessed on the 24th day of October 2020).

⁶⁵ Chouta P., (2018), "Denunciation - 13 Women and 11 Babies Locked in a Room in the Main Hospital in Yaoundé for Several Months like Prisoners" *The Observer*, at <https://observers.france24.com/en/20180813-cameroon-hospital-mothers-babies-detained-fees>..(accessed on the 24th day of October 2020).

⁶⁶*Ibid.*

⁶⁷Andzongo S., (2019), "Cameroonian Health Ministry Forbids Hospital Services from Confining Indigent Patients due to their inability to pay Bills", business in Cameroon, at <https://www.businessincameroon.com/health/2603-8977-cameroonian-health-ministry-forbids-public-hospital-services-from-confining-indigent-patients-due-to-their-inability-to-pay-bills>. (accessed on the 27th day of October 2020), "I have the honor to prohibit, as from the date of signature of this letter, the confinement of indigent patients in public health facilities," said the Health Minister, Malachie Manaouda. Mr. Manaouda said he noted, during visits, that patients were being kept by force for failure to pay their hospitalization and care bills in total. "I would ask you to liberate all patients who may be held in your respective health facilities due to failure to pay bills, and let me know the costs involved," the official said.

⁶⁸ *Ibid.*

1.2.6 Inappropriate Medical Care

The carelessness exhibited by medical practitioners leaves one wondering. Inaccurate diagnosis, medication errors, inappropriate or unnecessary treatment are frequent⁶⁹. Prompt diagnosis, with the greatest accuracy that medical knowledge and technology permit, is a requirement to any level of quality medical care, and medical professionals and institutions are responsible for ensuring that it occurs⁷⁰. This however is seldom obtained. This can partly be explained on the inadequate, obsolete and poor quality of medical equipment in Cameroon hospitals. It is heartbreaking to hear that Quadruplets born prematurely at the Yaoundé central hospital in May 11, 2020, had to die due to insufficient incubators at the state-owned hospital⁷¹.

The Covid-19 pandemic exposed the under regulated medical practices in Cameroon. In the wake of this pandemic, patients presenting with episodes of cough and/or fever were easily over suspected as having Covid-19 without a proper clinical examination. As a result many were kept for long periods in the pre-isolation unit while awaiting results of the diagnostic test, a situation which can lead to all round psychological stress of these suspects⁷². Moreover, merging of potentially real Covid-19 cases and non-case in these units, which are generally poorly constructed and overcrowded for prolonged periods, lead to the spread of the diseases to non-Covid-19 cases.

1.2.7. Absence of Government Assistance

Patients have also had to rely on out-of-pocket payments to cover health care costs related to Covid-19. One of the media in Cameroon, Equinox Television⁷³, has reported cases of some public health institutions in Douala, demanding COVID-19 patients to personally cover their health care costs. The news agency interviewed the spouse of a COVID-19 patient who, after spending approximately 200,000FCFA on tests and prescription drugs, turned to the use of free herbal medicine provided by the Archbishop of the Douala Metropolitan Archdiocese, His

⁶⁹Ndi and Tata, (2020) "Medical Errors in Health Care Institutions in Cameroon: Setting the Platform for Legal Intervention", *Indian Journal of Health & Medical Law*, 3:1 p.28.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹Pittsburgh Courier, "Quadruplets Die in Government-run Hospital", July 8, 2020. online at <http://newspittsburghcourier.com/020/07/08/quadruplets-die-in-government-run-hospital/>. (accessed on the 2nd day of November 2020).

⁷² Ngeh Ngeh E. et al, (2020), "COVID-19: "Challenges and the Impact on Care in Clinical Settings in Cameroon", *Pan African Medical Journal*, (35(2), p.122,

⁷³ Equinox TV-Journal 20H du Lundi, 27 Avril 2020, at <https://www.youtube.com/watch?v=GqUGY4i0RT8>. ((accessed on the 30th day of October 2020).

Lordship Samuel Kleda⁷⁴. The country's Minister of Public Health, Dr. Malachie Manaouda, in a press release published on 16 April 2020, declared a ban on the systematic billing for screening tests, hospitalisations, and administration of prescription drugs. However, two weeks after the minister's press statement, patients in Douala, for example, were still relying on out-of-pocket payments for COVID-19-related medical expenses⁷⁵ This confirms the inefficiency of the Cameroon regulatory system, which has dire consequences on the patients and their family, the community and the entire nation,

1.3. Conclusion and Recommendation

In a country like Cameroon whose institutions are known for their failure of performance, effective regulation of medical malpractices is a long way off, reasons why deviant behaviours among health personnel persist in spite of numerous measures set up to fight the ill. The importunity of these malpractices is a source of restriction on the regulatory mechanisms put in place to censor these behaviours. Medical practitioners have somewhat become untouchables in Cameroon, they are able to commit a wrong and get away with it. One might be tempted to say it's because victims of these wrong doings are not reporting, but this is not wholly the case. These victims are tired of a system where even the laws put in place are unenforced. Hospitals have become lion dens where only financial prowess can liberate patients. Government assistance to hospitals is not felt. Indeed, it is reported that most of the funds made available for the management of the COVID-19 pandemic were diverted by top government officials, including money meant to purchase rapid COVID-19 test kits⁷⁶. It is therefore not surprising that patients had to bear the cost of their treatment.

The event of Monique Koumetake brought to light the ineffectiveness of the Cameroon Medical Council and the Ministry of Public Health as regulatory bodies. When administrative and financial bureaucracy takes preeminence over lifesaving mission of hospitals and doctors, they lost their fundamental value and the effect is disastrous.

The fight against medical malpractices through regulation can best be achieved where the regulatory mechanisms are well structured, stringent, and effective. The Regulatory bodies in Cameroon should be empowered to be able to compel doctors to put up their best practices and to

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Cameroun Web at <https://www.camerounweb.com/CameroonHomePage/NewsArchive/Covid-19-les-mensonges-de-Manaouda-Malachi-sur-la-prise-en-charge-des-patients-508861>. (accessed on 29th day of October 2020).

⁷⁶ Songne M., (2022), "Cameroon: IMF Awaits New Audit of Covid-19 Fund Management", *The Africa Report*.

consider patient safety as primordial. Confidence in the integrity of the judicial system needs to be instilled by making justice accessible and guaranteed to all segments of the population and eliminating substantive and procedural obstacles which are deeply embedded in the system. The fight against corruption should be intensified, and the working conditions of medical practitioners should be improved.



Bailing Out Countries in Difficulties: A Responsibility Upheld by the International Monetary Fund

Renflouer les Pays en Difficulté : Une Responsabilité du Fonds Monétaire International

By: Page | 427

NYINGCHIA Angela KEMEI, Ph.D

Assistant Lecturer of law, Department of English Law

Faculty of law and political science

University of Ngaoundéré (Cameroon)

Abstract :

The effects of economic crises can be very devastating for a country and the world at large considering global interconnectedness of nations. Inadequate means by most countries to tackle such crisis or prevent the occurrence of one justifies the birth of giant financial institutions like the International Monetary Fund (IMF). However, the existence and worth of the IMF is often undermined by some who think the institution has no place; others even term it a neo-colonial institution. Considering the long run detrimental effects of an economic crisis the large amounts often needed to redress it, we seek to establish the required lending framework adopted by the IMF looking at their resources and who is eligible to obtain a loan from the IMF. To benefit from a bailout, the country in need must be a member of the IMF, be ready to respect conditions of membership, conditions attached to loans, and lastly must present a balance of payment need by approaching the Fund.

Keywords: Bailout, Balance of Payment, Balance of Payment Deficit, International Monetary Fund, Loan.

Résumé :

Les effets des crises économiques peuvent être très dévastateurs pour un pays et le monde dans son ensemble, compte tenu de l'interconnexion globale des nations. L'inadéquation des moyens mis en œuvre par la plupart des pays pour faire face à de telles crises ou pour en prévenir l'apparition justifie la création d'institutions financières géantes telles que le Fonds monétaire international (FMI). Cependant, l'existence et la valeur du FMI sont souvent remises en cause par certains qui pensent que l'institution n'a pas sa place, d'autres la qualifiant même d'institution néocoloniale. Compte tenu des effets néfastes à long terme d'une crise économique et des montants importants souvent nécessaires pour y remédier, nous cherchons à établir le cadre de prêt requis adopté par le FMI en examinant ses ressources et en déterminant qui peut obtenir un prêt du FMI. Pour bénéficier d'un renflouement, le pays dans le besoin doit être membre du FMI, être prêt à respecter les conditions d'adhésion, les conditions attachées aux prêts, et enfin présenter un besoin de balance des paiements en s'adressant au Fonds.

Mots-clés : renflouement, balance des paiements, déficit de la balance des paiements, Fonds monétaire international, prêt.

Introduction

The IMF commonly referred to as the Fund, is a cooperative institution that countries have voluntarily joined because they see the advantage of consulting with one another on this forum to maintain a stable system of purchasing and marketing their currencies. The reason for this is to ensure that payments in foreign currency can take place between countries smoothly and without delay.¹

Page | 429

Specifically, the Articles of Agreement, which consist of Article I through Article XXXI, form the substantive law of the IMF. The IMF has a regulatory role and this is generally expressed in its ability to provide financing to members to permit them resolve their balance of payment difficulties. A country is said to produce deficits when it spends more than it takes in. When this happens, the country is bound to borrow to finance that deficit. When a deficit occurs between countries trade and capital flows with one another, it is described as a balance of payment deficit. In the balance of payment terminology, wealth is called international reserves and it is composed of gold, strong currencies that other nations are willing to accept, and special drawing rights at the IMF.² According to Article I of the IMF's Articles of Agreement, the purposes of the IMF include making the resources of the IMF temporarily available to member countries under adequate safeguards to provide an opportunity to the countries to correct balance of payments imbalances and to shorten the duration and lessen the degree of these imbalances. Engaging with the International Monetary Fund sends a strong signal to investors and creditors, that a government desires reform and believes it can achieve it.

Unlike development banks, the IMF does not lend for specific projects³ such as dam constructions, roads, schools, and bridges. The specialty of the IMF thus, is to provide financial assistance for the purpose of resolving member's balance of payment challenges. A member country may request IMF financial assistance if it has an actual or potential balance of payment need that is, if it lacks or potentially lacks sufficient financing on affordable terms to meet its net international payments (e.g., imports, external debt redemptions) while maintaining adequate

¹Henkin (L.) et al, *International Law: Cases and Materials*, 3d. ed, Cengage Learning, West Publishing Co., United States, 1993, P. 344.

²Kaufman (G.), *Money, the financial system, and the economy*, 3rd ed., Boston, Houghton Mifflin, 1981, p. 433.

³Peet (R.), *Unholy Trinity: IMF, World Bank and the WTO*, 2ed Books London, New York, 2009, p. 38.

reserve buffers going forward.⁴ Its resources are aimed at providing liquidity to those who find themselves in situations of imbalance in their balance of payments.⁵ Following such a request, an IMF staff team holds discussions with the government to assess the economic and financial situation, and the size of the country's overall financing needs, and agree on the appropriate policy response. This was the case when Cameroon due to fall in oil prices requested a three-year arrangement under the Extended Credit Facility with the IMF which was to cover from 2017-2020. Just like the case of any other country, approval was subject to agreement between the Government of Cameroon and the IMF. The IMF's various loan instruments are tailored to different types of balance of payment needs (actual, prospective, or potential; short-term or medium-term) as well as the specific circumstances of its diverse membership.⁶

Bailout

Bailout is a general term for extending financial support to a company or a country facing a potential bankruptcy threat. It can take the form of loans, cash bonds, or stock purchases.

Balance of Payment

Balance of payments (BOP) accounts for a record of a country's international transactions, a record of the country's trade in goods, services, and financial assets with other countries. It has three components: the current account, financial account, and the capital account.⁷ In other words, a balance of payment of a country can be defined as a systemic record of the economic transactions during a given period between residents and non-residents.⁸ A BOP surplus is a situation where a country exports more than it imports and within the long run, the country is bound to experience economic growth while a BOP deficit which is our point of concern, means that a country import more goods, services, and capital than it exports.⁹ A BOP deficit is the reason why countries borrow from other countries or institutions in order to be able to pay for their imports.

⁴ According to the IMF Articles of Agreements, *op. cit.*, art. V Section 3(b) (ii), a member's balance of payments need is a fundamental prerequisite for using IMF resources. For a discussion of the legal framework regarding this prerequisite, see IMF, 2009a, p. 20.

⁵ Coelho (J.), "The IMF lending policies: Sovereignty and Hierarchy in the International Political economy", *The Perspective of the World Review*, 2012, PP. 173-190.

⁶ IMF, Factsheet URL: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/howlend.htm>, accessed January 22, 2018.

⁷ Federal Reserve Bank of New York, "Balance of Payment", accessed January 16, 2020.

⁸ International Monetary Fund, Balance of Payments Manual, 3rd edition, Washington, D.C, International Monetary Fund, July 1961, p. 2.

⁹ Khan Academy, Lesson summary: The Balance of Payments, at: <https://www.khanacademy.org/economics-finance-domain/ap-open-economy-international-trade-and-finance/the-balance-of-payments/a/the-balance-of-payments>, accessed, January 16, 2020.

The International Monetary Fund

The International Monetary Fund (IMF) can be defined as an international agency which tries to promote trade and improve economic conditions in poorer countries, sometimes by lending money to them.¹⁰

Page | 431

The IMF can only bailout, if it is financially fit giving the large loans often needed by countries to redress balance of payment difficulties. In addition, considering that it is not an NGO, it is imperative to know who is eligible to benefit from their assistance.

I- SOURCES OF INTERNATIONAL MONETARY FUND FINANCING

The basis for the very existence of a global financial institution like the IMF is its income and assets. All during its operational history, the IMF has utilized its financial resources to handle several localized economic crises.¹¹ According to Lowenfeld, the IMF can be described as “a pool of resources” that has the capability of coming forward to rescue troubled economies.¹² An organization like IMF, therefore, should have consistent source of income. Although IMF works in close association with the UN, it has to sort out majority of its financial issues on its own. Hence, aside quotas contributions and borrowing, another source of income for the IMF is the interests gathered from the loans it gives out to borrowing countries.¹³ More lending by IMF has more chances for the institution to earn higher amounts of interests. In general circumstances, several developing countries take loans from the IMF. For example, countries like Brazil and Mexico took loans from the IMF during localized financial depressions of 1982-1995.¹⁴ By giving away this kind of international loans, IMF conducted two major functions: first, it earned money by the interests accrued and second, it helped in mitigating local financial crises.¹⁵

The International Monetary Fund’s current total financial resources are about Special Drawing Right one trillion, and are composed of IMF quota subscriptions, commitments to the

¹⁰ Collins English Dictionary, Viewed at <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/imf> on the 28 February 2024.

¹¹ Alsharqawi (A.) et al., “*Role of the International Monetary Fund in the Recent Global Financial Crisis*,” *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.83, 2019, pp. 76-83.

¹² Lowenfeld (A.), *International Economic Law*, Oxford University Press, Vol. 5, 2008, p.610.

¹³ Weiss (M.), *The Global Financial Crisis: The Role of the International Monetary Fund (IMF)*, Congressional Research Service, 2008.

¹⁴ Lowenfeld, *op. cit.*, pp. 669, 671, and 677.

¹⁵ Alsharqawi, *op. cit.*, p. 79.

New Agreement to borrow, and fixed-term bilateral borrowing agreements.¹⁶ Special Drawing Rights are allocated by the IMF to its member countries and as such cannot be used by private parties like corporations or individuals.¹⁷ Nevertheless, this amount is subject to two important adjustments: firstly, only about 80% of those resources are usable for lending because some members are not financially strong enough to lend to other members;¹⁸ secondly, the IMF normally assesses a prudential balance against its available usable resources to ensure that there is enough liquidity to meet potential claims of members that find themselves in situations that warrant IMF rescue¹⁹. It is equally worth noting that Argentina, Ukraine, Greece, and Egypt are currently the largest borrowers of the IMF.²⁰

A- Quotas Subscription

Stripped of all its technicalities, the IMF remains the equity-funded financial institution that it has been from its inception in 1944. More specifically, in keeping with its nature as a lending cooperative, the IMF is mainly a pool of currencies²¹ and reserve assets built up from members' fully paid capital subscriptions in the form of quotas²². To this effect, the IMF Articles of Agreements stipulates that, each member of the IMF is assigned a quota expressed in special drawing rights. The quotas of the members represented at the United Nations Monetary and Financial Conference which accept membership before December 31, 1945, shall be those set forth in Schedule A. The quotas of other members shall be determined by the Board of Governors. The subscription of each member shall be equal to its quota and shall be paid in full to the Fund at the appropriate depository.²³

¹⁶Rakic (D.), *The International Monetary Fund: 15th General Review of Quotas*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2019, PP. 1-12.

¹⁷ Williamson (J.), "Policy Briefing: Drawing Rights", Washington, D.C, The Peterson Institute for International Economics, 2009, p. 5.

¹⁸ Technically, most IMF members lend their own currencies through the IMF to other members but are committed to exchanging that currency for one of the major currencies designated by them either out of their foreign exchange reserves or in the market.

¹⁹International Monetary Fund, "IMF Bilateral Borrowing," IMF, Factsheet, October, 2017, at www.imf.org/-/media/Files/Factsheets/English/BilatBorrow.ashx, accessed on the 24 of May 2020.

²⁰International Monetary Fund, *The IMF at a Glance*, International Monetary Fund, IMF, Factsheet, March, 2019, at www.imf.org, accessed on the 24 of May 2020.

²¹ That is a combination of several legal tenders such as the US Dollar, Yen, Euro, Sterling for the purpose of exchange, a unit of account and a store of value.

²²Lachman (D.), "How IMF Resources Should Be Expanded? ", *Institute for International Economics*, 2006, PP. 471- 482.

²³ See Art. III, sect. 1 of the IMF Articles of Agreement.

We have aggregate and individual quota contributions. The Board of Governors determines the aggregate quota and the distribution of this aggregate among the individual member countries. The aggregate quota is set taking into account the IMF's capacity to satisfy the projected financing needs of the membership, while individual quotas are based broadly on members' relative economic sizes in the world economy.²⁴ To a greater extent quota determine the lending capacity of the IMF, members voting powers,²⁵ access limits, as well as a member's share in a general allocation of Special Drawing Rights.²⁶ A member's financial contribution as such is linked to voting power in the organization. The quota subscriptions constitute the primary source of the IMF's financial resources which it in turn lends to member states in times of difficulty²⁷. Upon joining the IMF, each member contributes a sum called a quota subscription²⁸. Contributions are not equal for all countries; rather the richer the country the larger its quota. The IMF differs from most public international organizations because they follow a weighted voting system.²⁹ To calculate a member's quota, the member's economic size, external position, openness to trade, and variability of export earnings of the member is considered.³⁰ In essence, quota is related to the economic magnitude of a nation. Nevertheless, there is a possibility for this quota to be adjusted. The adjustment or change can either be an increase or reduction in the quota.

With increment in the quota, the IMF Articles of Agreements provides that, each member which consents to an increase in its quota under Section 2(a)³¹ of this Article ought to, within a period determined by the Fund, pay to the Fund twenty-five percent of the increase in special drawing rights, but the Board of Governors may prescribe that this payment may be made, on the same basis for all members, in whole or in part in the currencies of other members specified, with their concurrence, by the Fund, or in the member's own currency.³² The balance of the increase

²⁴Virmani (A.), *Global Economic Governance: IMF Quota Reform*, International Monetary Fund, WP/11/208, July 2011, p. 9.

²⁵Ansong (A.), "Decision-Making in the International Monetary Fund: Implications for Sovereign Equality of States," *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 2019, PP. 44-66.

²⁶Cooper (R.) & Truman (E.), *The IMF Quota Formula: Linchpin of Fund Reform*, Policy Briefs in International Economics 07-01, Washington, DC, Peterson Institute for International Economics, 2007.

²⁷Treasurer's Department of the IMF, *Financial Organization and Operations of the IMF*, Pamphlet Series No. 45, 5th ed., Washington DC, International Monetary Fund, 1998.

²⁸IMF Articles of Agreement, *op.cit.*, art. 3 section 1.

²⁹Gianaris (W.), "Weighted Voting in the International Monetary Fund and the World Bank," *Fordham International Law Journal*, Volume 14, Issue 4, 1990, p. 921.

³⁰Ayse (K.), *Power and global economic institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p.3.

³¹ This Section 2(a) of Article III of the Articles of Agreements provides that, The Board of Governors shall at intervals of not more than five years conduct a general review, and if it deems it appropriate propose an adjustment, of the quotas of the members. It may also, if it thinks fit, consider at any other time the adjustment of any particular quota at the request of the member concerned.

³²Article III section 3 (a) of the IMF Articles of Agreements.

shall be paid by the member in its own currency. The Fund's holdings of a member's currency shall not be increased above the level at which they would be subject to charges under Article V, Section 8(b)(ii)³³, as a result of payments by other members under this provision.³⁴

At any point in time, a member can consent to the reduction of its quota, and the fund is expected to pay to the member within sixty days an amount equal to the reduction. Such payments shall be made in the member's currency and in such amounts of special drawing rights or the currencies of other member's specified, with their concurrence.³⁵ The inability of a member to pay its contribution does not result to denial of membership but rather the member retains the right to have its quotas reduced to the amount it can pay. In practice, however, the IMF has inclined to distribute the bulk of quota increases as a uniform percentage of existing quotas, with the result that actual quotas of individual members differ significantly from the calculated quotas.³⁶ The quota formulas have not produced quota shares that would be considered acceptable to the IMF's membership, in part because of the politically-sensitive nature of quota shares and perceived deficiencies of the formulas themselves. The formulas are currently being reviewed with a view to simplifying and updating them.

It is expected of every member to pay up to one-quarter of its quota in the form of widely accepted foreign currencies³⁷ (such as the U.S. dollar, the euro, the Japanese yen, the British pound

³³ This section is to the effect, The Fund shall levy charges on its average daily balances of a member's currency held in the General Resources Account to the extent that they exceed the amount of the member's quota after excluding any balances acquired under a policy that has been the subject of an exclusion under Article XXX(c). This article XXX (c) states that, Reserve tranche purchase means a purchase by a member of special drawing rights or the currency of another member in exchange for its own currency which does not cause the Fund's holdings of the member's currency in the General Resources Account to exceed its quota, provided that for the purposes of this definition the Fund may exclude purchases and holdings under:

- (i) policies on the use of its general resources for compensatory financing of export fluctuations;
- (ii) policies on the use of its general resources in connection with the financing of contributions to international buffer stocks of primary products; and
- (iii) other policies on the use of its general resources in respect of which the Fund decides, by an eighty-five percent majority of the total voting power, that an exclusion shall be made.

³⁴ Article III, section 3 (a) of the IMF Article of Agreement.

³⁵ See IMF Articles of Agreement *op. cit.* Article III Section 3(C).

³⁶ Head (J.), Suspension of Debtor Countries' Voting Rights in the IMF: An Assessment of the Third Amendment to the IMF Charter, Virginia Journal of International Law, vol. 33, 1993, PP. 591-646.

³⁷ The use of foreign currency reserves is to ensure a fixed rate value, maintain competitively priced exports, guarantee liquidity in the event of a crisis, and also to boost the confidence of investors who need reserves to pay external debts.

sterling and the Chinese renminbi)³⁸ or Special Drawing Rights (SDRs).³⁹ The remaining three-quarters are paid in the country's own currency. It is a basket of key international currencies that are deemed usable or unusable by the IMF. Usable currencies are those of member countries whose external position is strong enough for them to be called upon to finance IMF credit to other members. The IMF uses its pool of usable currencies and SDR holdings to extend credit to member countries. Quota-based funds are held in the IMF's General Resources Account (GRA). Any member can request a loan from the pool of quota resources at any time and such a request will be granted if certain criteria are satisfied.

Originally, the United States had approximately thirty-three percent while the United Kingdom had Sixteen percent of IMF quota before the outbreak of World War II.⁴⁰ Before the outbreak of the war, the legacies of both the IMF and World Bank were founded on norms of sovereign equality that were enshrined in basic votes for all members.⁴¹ However, this position of the United States has changed in that as of March 2017, the US approximately had SDR82.99 billion (about US\$118billion) as contribution and so accounts for about 17% of the total votes on both the Board of Governors and the Executive Board. However, Tuvalu stands as the smallest member with a quota of SDR2.5 million (about US\$3.5 million).⁴² The group of eight industrialized nations (Canada, France, Germany, Italy, Japan, Russia, the United Kingdom and the United States) controls nearly 50% of the Funds total votes.⁴³

The Board of Governors which is a regulatory organ of the IMF is empowered to conduct a general review at intervals of not more than five years, and if it deems it appropriate propose an adjustment of member's quota. It may also, if it thinks fit, consider at any other time the adjustment of any particular quota at the request of the member concerned.⁴⁴ As such, quotas can be increased

³⁸International Monetary Fund, Press Release No. 16/440 IMF Launches New SDR Basket Including Chinese Renminbi, Determines New Currency Amounts, September 30, 2016, at: <https://News/Articles/2015/09/14/01/49/pr15540>, accessed on the 24 of November 2020.

³⁹ Worthy to note, is the fact that SDR is neither a currency nor a claim on the IMF but rather it is a potential claim on a freely usable currency of an IMF member. In other words, it is an international reserve asset created by the IMF in 1969 to supplement its member countries official reserve. For more details, see International Monetary Fund, "Factsheet: Special Drawing Rights (SDR)", IMF, November 30, 2015.

⁴⁰Gold (J.), *Voting And Decisions In The International Monetary Fund: An Essay on the Law and Practice of the Fund*, Washington, 1972, p. 238

⁴¹Ayse (K.), *op.cit.* p.1.

⁴²International Monetary Fund, Factsheet, IMF Quotas, October 2017, p. 1, viewed <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/quotas.htm>, on November 2018.

⁴³ International Monetary Fund, IMF Members' Quotas and Voting Power, and IMF Board of Governors, April 16, 2021, viewed at <https://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.aspx>.

⁴⁴ See IMF Articles of Agreement *op. cit.* Art. III, sect. 2 (a).

if necessary and, in the process, modified to reflect changes in the member countries' relative position in the world economy. The IMF, in its regulatory capacity, may also undertake ad hoc quota adjustments at the request of individual members, both within and outside the context of a general review, although significant adjustments in quota shares have tended to take place in the context of general quota increases.⁴⁵ The essence of quotas increase is to boost the IMF's resources in the form of special drawing rights.

United States support is required for any change in IMF quotas or quota shares.⁴⁶ This power of the United States is as a result of its quota share as aforementioned. For any resolution as to quotas, an 85% majority of the total voting power is required.⁴⁷ However, a member's own quota cannot be changed without its consent.⁴⁸ Two main issues addressed in a general quota review are: the size of an overall quota increase and the distribution of the increase among the members.⁴⁹

This unequal distribution of votes is not favorable for developing countries who are the frequent users of IMF resources because it gives industrialized countries dominance in all aspects of decision making and most especially in the design of loan conditionality. An agreement made in 2010 to increase the voice and votes of developing countries was blocked by failure of the US to ratify them since 85% of Fund's voting power was required for the reforms to take effect.⁵⁰ This reform only took effect five years after it was intended, that is in 2015. Following serious criticism, the United States finally ratified the voting reforms.⁵¹ This quota reform at the end changed nothing as far as U.S position is concerned and even the position of other countries that had overwhelming majority of shares were maintained.

⁴⁵Fritz-Krockow (B.), *International Monetary Fund handbook: its functions, policies, and operations*, Washington, D.C., International Monetary Fund, 2007, p.6.

⁴⁶In December 2018, US Treasury under Secretary David Malpass stated that the United States opposes any change in quotas, arguing that "the IMF has ample resources to achieve its mission, countries have considerable alternative resources to draw upon in the event of a crisis, and the post-crisis financial reforms have helped strengthen the overall resiliency of the international monetary system." He added that the United States would nonetheless "ensure that the IMF is sufficiently and efficiently resourced to carry out its mission and role."

⁴⁷IMF Articles of Agreement *op. cit.*, Art. III, Sect. 2(c).

⁴⁸*Ibid*, Art. III, Sect. 4(a).

⁴⁹A general review allows for realignments in members' quota shares to reflect changes in their relative positions in the world economy. Review Permits the IMF to assess the adequacy of quotas in relation to both the members' balance of payments financing needs and the Fund's ability to help meet those needs.

⁵⁰Weisman (J.), "Senate Democrats Drop IMF Reforms from Ukraine Aid," *New York Times*, 2014, accessed on the 23 of October 2020.

⁵¹International Monetary Fund, Press Release No. 15/573 "IMF Managing Director Christine Lagarde Welcome U.S. Congressional Approval of the 2010 Quota Governance Reforms", *imf.org*, 18 December 2015, accessed on the 21 of October 2019.

The conditions for implementing the quotas increases agreed under the 14th General Quota Review⁵² were met on January 26, 2016.⁵³ As a result, the quotas of each of the 190 IMF's members have increased to a combined SDR477 billion (about US\$677 billion) from about SDR238.5 billion (about US\$339 billion)⁵⁴. On February 7, 2020 the Board of Governors of the Fund adopted a Resolution concluding the fifteenth General Review of Quotas with no increase in IMF quotas. The Resolution also provides guidance for the sixteenth General Review of quotas which will be completed no later than December 15, 2023⁵⁵.

Sorting out this criticism is an almost impossible task in that membership in reality is divided. From our studies, we realized that the IMF is made up of both developed and developing countries and a reflection of quotas contribution which is the main source of income from which the IMF finances lending, gives evidence that developed countries provide majority of the income compared to developing countries. It is as such not an over statement to say that developed countries play the role of creditors while developing countries do play the role of borrowers. Developed countries contribute more but rarely enter into IMF loan agreements. As long as the system of voting power distribution remains unchanged, the borrowers will remain subordinate while the creditors will remain domineering.

While the World Bank has a voting formula similar to that of the IMF, its affiliate, the International Development Association (IDA), does not.⁵⁶ In the IDA, each original member had 500 basic votes plus one additional vote for each US\$5000 (1960 dollars) of subscription.⁵⁷ The formula has since been changed six times; each member currently has 9,900 basic votes plus one vote for each US\$25 of subscription.⁵⁸ Furthermore, developing countries are permitted to make additional subscriptions payable in their own currencies to avoid a reduction in their voting

⁵² In the 14th review of IMF quotas, a substantial portion of NAB resources was shifted to quota resources. The shift however did not change the total US potential financial commitment to the IMF and increased total IMF resources by less than 10%.

⁵³ International Monetary Fund, *Where the IMF Gets Its Money*, Washington, D.C., IMF, March 2016, Factsheet URL: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/finfac.htm>, accessed on January 29, 2018.

⁵⁴ *Ibid*, paragraph 2.

⁵⁵ International Monetary Fund, Press Release No. 20/50: IMF Board of Governors Approves a Resolution on Quota Reviews, February 13, 2020, at: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/02/13/pr2050-imf-board-of-governors-approves-a-resolution-on-quota-reviews>, accessed on the 6 of March 2020.

⁵⁶ See International Development Association Articles of Agreement, September 24, 1960, art. VI, Section 3, 11 and also the International Bank for Reconstruction and Development Articles of Agreement of December 27, 1944, art. V, Sect. 3.

⁵⁷ Mason (E.) & Asher (R.), *The World Bank Since Bretton Woods*, Washington, D.C., The Brooking Institution, 1973, p. 392.

⁵⁸ World Bank Group, *IDA in Retrospect: The First Two Decades of the International Development Association*, Oxford University Press for the World Bank, 1982, p. 6-7.

power.⁵⁹ The industrial countries do not receive additional votes for each US\$25 of subscription until after they have made a contribution of US\$10,279.60.⁶⁰ The voting formula in the IDA is thus much more favorable towards developing countries than the formula in the IMF and the World Bank.

To improve efficiency and effectiveness in its regulation of lending, it is important for the IMF to move away from using quotas as a fundamental organizational building block.⁶¹ It is no coincidence that quotas have proved to be highly resistant to fundamental reform since they are trying to serve mutually inconsistent purposes. Improving their design in terms of serving one purpose, such as determining the distribution of voting rights, makes them less well equipped to serve another, such as the allocation of subscriptions. It is advisable for the IMF to step away from using one instrument to achieve multiple purposes and designing different formulas for the determination of voting rights, drawing rights and subscriptions.

B- Borrowing as an official means to Supplement IMF Resources

The Articles of Agreement allow the IMF to replenish its holdings of any member's currency through borrowing, when needed in connection with its transactions.⁶² However, one important restriction on this borrowing is that the IMF must obtain the consent of any member whose currency it wishes to borrow.⁶³ Following the 2008 financial crisis, the IMF began to consider the adequacy of its resources and the options to supplement them.⁶⁴ Such borrowing is undertaken on a temporary basis⁶⁵ and is subject to continuous monitoring and review of the IMF's

⁵⁹*Ibid*, p. 8.

⁶⁰*Loc. cit.*

⁶¹ Graham (B.) & Rowlands (D.), IMF quotas: constructing an international organization using inferior building blocks, *Review of International Organizations*, vol. 1, no. 2, 2006, pp. 153-171.

⁶² According to the IMF Articles of Agreement art VII Sect 1, the IMF may, if it deems such action appropriate to Replenish its holdings of any member's currency in the General Resources Account needed in connection with its transactions..... propose to the member that, on terms and conditions agreed between the Fund and the member, the later lend its currency from some other source either within or outside the territories of the member, but no member shall be under any obligation to make such loans to the Fund or to concur in the borrowing of its currency by the Fund from any other source.

⁶³Boyd (J.) et al., A Primer on the International Monetary Fund, Federal Reserve Bank of Minneapolis, Quarterly Review Vol. 7, No. 3, Summer 1983, p. 9.

⁶⁴Brau (E.) & Stedman (L.), IMF Efforts to Increase the Resources Available to Support Member Countries, Independent Evaluation Office of the International Monetary Fund, Background Paper No. 14/10, p. 3, 2014, at <http://www.iew-imf.org/iew/files/completedevaluations/BP1410%20-%20Brau-Stedman2.pdf>, accessed on the 22 of October, 2019.

⁶⁵Truaman (E.), IMF Quota and Governance Reform Once Again, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief 18-9, Washington, D.C., 2018, p. 4.

liquidity by the Executive Board. Supplements can be made either through the New Agreement to Borrow or through Bilateral Agreements.⁶⁶

1- New Agreement to Borrow as a Supplement to Quota-Based Resources

New Agreement to Borrow (NAB) supplements the quota-based, non-concessional lending resources in the General Resource Account (GRA) to help the IMF anticipate or cope with an impairment of the international monetary system.⁶⁷ The NAB was set up following the Mexican financial crisis of December 1994, out of concern that more resources might be needed to respond to future financial crises. In practice, countries that participate in the NAB renew their commitments to participate every five years.⁶⁸ The NAB was developed to improve the scope of its predecessor the General Arrangements to Borrow (GAB), which was established in 1962 so that additional funding could be provided to the IMF by borrowing from the so-called 'G10' countries.⁶⁹ The New Arrangement to Borrow has 40 country participants with a total size of about SDR 182 billion.⁷⁰ Interestingly, the Executive Board recently approved a decision to double the resources under the NAB from SDR182.4 billion to SDR 364.7 billion to take effect from 2021 to 2025.⁷¹ The NAB has been activated severally and activation requires support from 85% of creditors eligible to vote.⁷² This repeated activation suggests that it is an efficient source of supplement when Quota access is low. However, a challenge is likely in the event where a participating state experiences a balance of payment difficulty; they may withdraw at short notice.⁷³ In addition, the requirement of 85% support from creditors for activation to be effected is not the best because this still gives the United States veto power. Refusal by the United States to give its support for the activation of the NAB is detrimental to the liquidity position of the IMF

⁶⁶International Monetary Fund, Guidelines for Borrowing by the Fund: As of August 2016, Washington, International Monetary Fund, 2016, Available at <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/061709a.pdf>, accessed on January 25, 2018.

⁶⁷International Monetary Fund, Selected Decisions and Documents of the IMF, fortieth issue: New Arrangement to Borrow, April 30, 2019.

⁶⁸ subject to creditors consent the Executive Board approved a doubling of the NAB resources to SDR 365 billion, for a new period from 2021-2025.

⁶⁹International Monetary Fund, Financial Statements for the quarters ended October 31, 2018, and 2017, Washington, D.C, IMF, 2019.

⁷⁰*Ibid*, paragraph 4.

⁷¹International Monetary Fund, Press Release No.20/10 IMF Executive Board Approves Decisions to Implement a Package on Resources and Governance Reform.

⁷² International Monetary Fund, Where the IMF gets its Money, *op. cit.* paragraph 3.

⁷³Birdsall (N.) et al., Expanding Global Liquidity Insurance: Myths and Realities of the IMF's Precautionary Credit Lines, *Centre for Development Economics and Policy*, Working Paper No. 449, 2017, p. 14.

considering that resources from NAB constitute a second main source of IMF resources. A review of certain provisions in the IMF law is necessary for the continuous existence of the IMF.

2- Bilateral Borrowing Agreements as a substitute to Finance Concessional Lending

A bilateral borrowing agreement can be defined as a loan agreement between a borrower and a single lender. In 2016, the IMF established bilateral borrowing arrangements as a third line of defense, after IMF quotas and the New Arrangement to Borrow. The 2016 agreements were established “in light of the ongoing uncertainty and structural shifts in the global economy”. Bilateral borrowing agreements thus represent an additional reinforcement of the IMF’s liquidity.⁷⁴ The IMF borrows from official bilateral sources to finance concessional lending to low-income countries under the Poverty Reduction and Growth Trust (PRGT). Borrowing for PRGT lending usually takes place at market interest rates. However, since these funds are on-lent to low-income borrowers at a concessional rate of 0.5 percent (or interest-free in the case of debt relief), the difference between the market borrowing rate and the concessional lending rate has to be subsidized. This subsidy is covered through bilateral grants or through IMF borrowing from official bilateral sources at below-market interest rates. In the latter case, the difference between the market interest rate and the below-market rate paid to the creditor is the creditor’s contribution to the interest subsidy.

The IMF can draw on the Bilateral agreements once its forward commitment capacity (resources readily available for lending) has dipped below SDR 100 billion (US\$ 139 billion).⁷⁵ Since the onset of the global financing crisis, the IMF has entered into several rounds of bilateral borrowing agreements to ensure that it can meet the financing needs of its members. Currently, forty countries committed resources including 16 European Union Member States (representing around 45% of the total bilateral resources).⁷⁶ It is worth noting that the US does not participate as a creditor in this framework and BBAs are activated when uncommitted NAB resources fall below SDR 100 billion.⁷⁷ The current BBAs, agreed in 2016, were extended in 2019 for one further year and run through end-2020.⁷⁸ To succeed these agreements, the Executive Board approved in March

⁷⁴*Ibid*, p. 14.

⁷⁵Brau (E.) & Stedman (L.), *op. cit.*, p.5.

⁷⁶International Monetary Fund, Financial Statements for the quarters ended October 31, *op. cit.*

⁷⁷Rakic (D.), *op. cit.*, p. 4.

⁷⁸International Monetary Fund, Press Release No. 19/395, 2016 Bilateral Borrowing Agreements (about US\$ 433 billion): Terms Extended by an Additional Year to End-2020, November 5, 2019.

2020, a framework for a new round of bilateral borrowing.⁷⁹ Borrowing as such is very important because it facilitates IMF lending ability by obviating the delays and uncertainties associated with having to obtain US approval for quota increases. In addition, this ability to borrow to complement its resources increases the zeal of transparency and accountability in the regulation of lending by the IMF. The new BBAs are to take effect as from January 1, 2021 and will have an initial term of three years through the end of 2023, which is extendable with creditors consent for one further year through the end of 2024.⁸⁰ These are critical steps to ensure that the IMF can support its membership through the global pandemic now unfolding and beyond. For effectiveness in the IMF regulation of lending, borrowing from members exposes the IMF to delays and to potential political influence.

C- Gold Sales

Monetary Gold is owned by the authorities (or by others who are subject to the effective control of the authorities) and held as reserve asset.⁸¹ In this light, the Fund may sell gold for the currency of any member after consulting the member for whose currency the gold is sold, provided that the Fund's holdings of a member's currency held in the General Resources Account shall not be increased by the sale above the level at which they would be subject to charges under Section 8(b)(ii)⁸² of Article V of the IMF Articles of Agreement, without the concurrence of the member, and provided that, at the request of the member.⁸³ The Fund at the time of sale shall exchange for the currency of another member such part of the currency received as would prevent such an increase. The exchange of a currency for the currency of another member shall be made after consultation with that member, and shall not increase the Fund's holdings of that member's currency above the level at which they would be subject to charges under Section 8(b) (ii) of this Article. The Fund shall adopt policies and procedures with regard to exchanges that considers the principles applied under Section 7(i) of this Article. Sales under this provision to a member shall be at a price agreed for each transaction on the basis of prices in the market.⁸⁴

⁷⁹International Monetary Fund, Press Release No. 20/10, IMF Executive Board Approves Decisions to Implement a package on Resources and Governance Reform, January 17, 2020.

⁸⁰International Monetary Fund, Press Release No.20/123 IMF Executive Board Approves Framework for New Bilateral Borrowing Agreements, March 31, 2020.

⁸¹ Organization for Economic Cooperation and Development, Glossary of Statistical Terms-Monetary gold, at Monetary%20Gold%20is%20a%20reserve, is%20no%20outstanding%20financial%20liability, accessed on the 6 of November 2020.

⁸² IMF Articles of Agreement, *op.cit.*, Sect. 8(b) (ii).

⁸³*Ibid*, Article V, section 12 (c).

⁸⁴*Ibid*, Art. V, section 12 (c).

The main reason for the sale of gold is to boost the Fund's capacity to provide concessional loans to low income countries. The IMF acquired virtually all of its holdings of gold prior to the Second Amendment of the Articles of Agreement in 1978.⁸⁵ Prior to this Amendment, gold played a central role in the functioning of the international monetary system. The first 25 percent of members' quota subscriptions and quota increases were normally paid in gold, interest on outstanding IMF credit was normally paid in gold, and members could also use gold to purchase reserve currencies or repay debt to the IMF.⁸⁶ The Second Amendment severely limited the use of gold in IMF transactions. The IMF may only sell gold at prevailing market prices and accept gold in the discharge of a member's obligations to the IMF; no other transactions in gold are permitted. To this effect, Art. IV, sec. 2 provided that "no member shall buy gold at a price above par value plus the prescribed margin, or sell gold at a price below par value minus the prescribed margin."⁸⁷

The IMF has sold gold on various occasions in the past to support its operations, mostly prior to 1980. Since gold is valued at historical cost in the IMF's accounts and the market value is usually substantially higher than the book value, the sale of gold results in a profit for the IMF.⁸⁸ These profits are placed in a Special Disbursement Account, from where they are transferred to other special-purpose accounts, in particular for financial assistance to low-income countries, including debt relief.⁸⁹ It is on this basis that profits from the sale of gold, supplement IMF resources. Additional sources of financing are fundamental in the efforts of the IMF to regulate lending to countries in need.

During 1976-80, the IMF sold gold to finance a Trust Fund that supported concessional lending by the IMF to low-income countries. When the Trust Fund ceased new lending in March 1981, its resources were used to finance concessional lending under the Structural Adjustment Facility (SAF) until 1987. Since 1987, repayments of Trust Fund and SAF loans have been accumulated to provide collateral for borrowing under the IMF's concessional lending operations. In 1993, the IMF pledged to sell up to 3 million ounces of gold if these accumulated reserves were

⁸⁵International Monetary Fund, Question and Answers: IMF Gold Sale, July 28, 2017, at: <https://www.imf.org/external/np/exr/faq/goldfaq.htm>, accessed on the 18 of October, 2020.

⁸⁶Lear Capital, The IMF's Long History with Gold, at: <https://www.learcapital.com/lear-learning-center/imf-long-history-with-gold/> accessed on the 7 of November 2020.

⁸⁷Art. IV, sec. 2 of the Articles of agreements of the IMF.

⁸⁸ Considering that the IMF is not authorize to use resources in the GRA nor profits from the sale of gold to provide subsidies for concessional lending to low income countries, these profits are shared to IMF members in proportion to their quota and the members can voluntarily transfer their share directly to the PRGT for the assistance of low-income countries.

⁸⁹IMF Articles of Agreement, *op. cit.* Art. V Sect.12 (f)(i)

insufficient to repay creditors who provided loans to enable members with protracted arrears to the IMF to clear these arrears under the rights accumulation approach. Also, to help finance its contribution to debt relief under the Heavily Indebted Poor Country Initiative, the IMF conducted a series of off-market transactions in gold in 1999-2000⁹⁰ that left its gold holdings unchanged. The first phase of Gold sales was exclusively off-market to interested central banks and other official holders, at market prices.⁹¹ For the reason of transparency in the sale of gold, the scope of sale was expanded to involve the common market.⁹²

The IMF holds around 90.5 million ounces (2,814.1 metric tons) of gold at designated depositories. Based on historical cost, the IMF gold holding are valued on its balance sheet at around SDR 3.2 (about \$4.4 billion using end-December 2019 exchange rates), but at current market prices, their value is about SDR99.6 billion (about \$137.8 billion, using end-December 2019 exchange rates).⁹³

D- Charges as a source of IMF income

Taking into consideration the high levels of IMF lending activities and the current low return on its investments, charges continue to be a source of IMF income. Charges at the same rate for all participants are paid to the Fund by each participant on the amount of its net cumulative allocation of special drawing rights plus any negative balance of the participant or unpaid charges.⁹⁴ However, the rate of charges as provided for by the IMF Articles of Agreement must be equal to the rate of interest. This is to be determined by a seventy percent majority of the total voting power.⁹⁵

This includes charges levied on outstanding use of IMF credit. The basic rate of charge on IMF financing includes the Special Drawing Right interest rate plus a fixed margin expressed in

⁹⁰International Monetary Fund, Debt Relief under the Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative, March 25, 2020, viewed at: <https://About/Factsheets/2016/08/01/16/11/Debt-Relief-Under-the-Heavily-Indebted-Poor-Countries-Initiative>, on October 14, 2020.

⁹¹ In October and November 2009, the Fund sold 212 metric tons of gold in separate off-market transactions to three central banks: the Reserve Bank of India; the Central Bank of Sri Lanka; and the Bank of Mauritius. See International Monetary Fund, Press Release No. 09/381, Press Release No. 09/431, and Press Release No. 09/413 respectively.

⁹² See International Monetary Fund, Press Release No. 10/44: IMF to begin on Market Sales of Gold, February 17, 2010, <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr1044>, accessed on the 14 of October 2020.

⁹³International Monetary Fund, Gold in the IMF, Factsheet, March 23, 2020, at <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/42/Gold-in-the-IMF>, accessed on the 25 of October 2020.

⁹⁴Article XX, section 2 of the IMF Articles of Agreement.

⁹⁵*Ibid*, Article XX section 2.

basic points.⁹⁶ As per the rule adopted by the Executive Board in December 2011, the margin is established for two years subject to review before the end of the first year, to cover the IMF's financing-related intermediation cost and allows for the buildup of IMF reserve. This rule equally cross-checks to ensure that the rate of charge maintains a reasonable alignment against long-term credit market conditions.

II- GENERAL ELIGIBILITY CRITERIA TO ACCESS FUND RESOURCES

This involves common preliminary requirements from any country that seek IMF financial assistance. The Fund is required to make its general resources available to members to assist them in resolving their balance of payment problems in a manner that is consistent with the Articles of Agreement and that establishes adequate safeguards for their temporary use.⁹⁷ It is thus evident, that the IMF will lend finances to its member who have a balance of payment need. The Executive Directors of the International Monetary Fund interpret the Articles of Agreement to mean: the authority to use the resources of the Fund is limited to use in accordance with its purposes to give temporary assistance in financing balance of payments deficits on current account for monetary stabilization operations.⁹⁸ Unlike the World Bank that provides financial assistance simply to very poor countries with low Gross Domestic Product, the IMF by virtue of its ground norm makes available its resources to all its members, be it rich or poor, as long as a balance of payment difficulty arises. It is the responsibility of every organization to define the rights and obligations of its members. To benefit from IMF financial assistance, a country must be a member of the IMF; and must respect the obligations of membership.

A- Membership as a pre-requisite to obtain loan from the Fund

The founders of the Fund intended it to be a universal institution, with membership open to all countries. Talking about membership in the IMF, it is worthy to note that there are two types of members: original members and other members. Original members are the founding members of the organization while any other country that later request membership and is admitted falls in the class of other members.⁹⁹ Cameroon became a member of the IMF on July 10, 1963 and as a result has been able to benefit from IMF lending severally and it is currently benefiting under the

⁹⁶ IMF 2019 Annual Report No. 73, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁷ See IMF Articles of Agreement *op. cit.* Art. V Sect. 3(a)

⁹⁸ See IMF Executive Board Decision No. 71-2, of September 26, 1946 in the IMF Selected Decisions and Selected Documents of the IMF, Fortieth Issue, and lastly updated April 30, 2019.

⁹⁹ Article II, section 1 and 2 of the IMF Articles of Agreement.

Extended Credit Facility as well as the Rapid Credit Facility. However, no additional favour can be obtained on the basis that a country is a founding member and another is not.

Membership of the IMF from an initial 40 has grown to about 190¹⁰⁰ and several advantages such as: access to information on economic policies of other members; opportunity to influence other member's policies; Technical Assistance; and Financial support through the IMF lending function, does accrue to members. From the provisions of the IMF Agreement,¹⁰¹ it is very clear that only countries and not individuals can become members of the IMF. Any state that has autonomy over its own foreign policy can be a member of the IMF¹⁰². A prospective member must also accede to the Articles of Agreement of the IMF to become a member as this detail the rights and responsibilities of membership.

1- Procedure for Membership

The procedure for handling membership applications were set out in 1946 in section 21 of the IMF By-Laws.¹⁰³ By virtue of this provision, any country can apply for membership in the Fund by filing an application to the Executive Board. In addition, Rule D-1¹⁰⁴ equally talks of membership procedure and it is restated by Horsefield.¹⁰⁵ It is worth noting that informal inquiries about the country seeking membership and discussions usually precede the formal membership process.

- An application is submitted to the managing director;
- The executive Board decides whether to proceed with formal investigation of an application for membership;
- A staff membership mission produces a report that contains quota recommendations;
- An ad hoc membership committee considers the staff report to determine the terms and conditions of membership and the quota;

¹⁰⁰The IMF at a Glance', International Monetary Fund Factsheet, <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>, viewed on the 19 November 2018. Rather than listing all 190 members, it's easier to list the countries that are not members. The seven countries (out of a total of 196 countries) that are not IMF members are Cuba, East Timor, North Korea, Liechtenstein, Monaco, Taiwan, and Vatican City. The IMF has 11 members that are not sovereign countries: Anguilla, Aruba, Barbados, Cabo Verde, Curacao, Hong Kong, Macao, Montserrat, Netherlands Antilles, Saint Maarten, and Timor-Leste

¹⁰¹See IMF Articles of Agreement, *op. cit.*, Art. II

¹⁰²*Ibid*, Article 1 of the IMF Articles of Agreement.

¹⁰³ By-Laws Rules and Regulations, 65TH Issue, Washington, D.C, IMF, November 2019, p. 17-18.

¹⁰⁴*Ibid*, Section D-1, p. 26.

¹⁰⁵Horsefield (K.), *The International Monetary Fund, 1945-1965*, vol. 3, Documents, Washington, DC, IMF, 1969b, p. 286 & 290.

- The chairman of the ad hoc committee ascertains whether the proposed terms and conditions, and quota are acceptable to the applicant;
- The executive Board considers the ad hoc committee's report and if the recommendations are acceptable, the draft membership resolution is submitted to the Board of governors for adoption; and
- The Board of Governors may adopt a membership resolution with a simple majority, provided the requisite quorum is achieved.¹⁰⁶

Most recent of such application for membership is that of the Principality of Andorra which was filed on the 9, January 2020.¹⁰⁷ Following the adoption of membership resolution for Andorra, the Principality of Andorra joined the International Monetary Fund on October 16, 2020, making the membership to move from 189 to 190, when Ambassador Elisenda Vives Balmana signed the IMF's Articles of Agreement at a ceremony in Washington D.C.¹⁰⁸ This membership will permit Andorra's government to benefit from IMF policy advice, especially as the country tackles the crisis caused by COVID-19 and it will also permit Andorra to develop policies for a sustained recovery. Of great importance is the fact that, the government of Andorra can now benefit from IMF technical assistance and can equally access IMF lending if needed. As seen, the procedure for membership is not a complicated one.

To become a member thus, the applicant must be a country; it must be in control of its foreign affairs; and it must be willing and able to fulfill the obligations of membership.¹⁰⁹ Generally, members retain the right to withdraw from the IMF at any time by transmitting a notice in writing to the IMF. One clearest example of willful withdrawal by a member is the case of Poland in the early years after the IMF became operational on grounds that the IMF had become "a submissive instrument of the Government of the United States."¹¹⁰ However, several years after, seeing the need and benefits attached to IMF membership, Poland re-applied to join the IMF and was re-admitted. In addition, there is compulsory withdrawal which

¹⁰⁶ See Section D-1 of the IMF By-Laws Rules and Regulations, 65TH Issue, Washington, D.C, IMF, November 2019, p. 26, for the above stated requirements for the membership procedure acquisition.

¹⁰⁷International Monetary Fund, Press Release No. 20/5 of 9 January 2020, Andorra Applies for IMF Membership.

¹⁰⁸International Monetary Fund, Press Release No. 20/315 of October 16, 2020, Principality of Andorra becomes IMF's 190TH Member.

¹⁰⁹Gold (J.), "The Institution," In the International Monetary Fund, 1945-1965, vol. 2, Analysis, edited by J. Keith Horsefield, 1969, p. 514

¹¹⁰Horsefield (K.), *The International Monetary Fund, 1945-1965*, vol. 1, Chronicle, Washington, DC, IMF, 1969a, p. 258.

is a last resort for members who fail to fulfill their obligations under the Articles of Agreement.¹¹¹ Relating to compulsory withdrawal resulting from breach of obligation to the IMF, we have countries such as Czechoslovakia and Taiwan. To prove its capability in enforcing its rules, the IMF terminated Czechoslovakia and Taiwan's membership; it refused to accept an ex-post request from Czechoslovakia to withdraw voluntarily.¹¹² Just like Poland, the need for the IMF was considered and Czechoslovakia re-applied for membership in January 1990.¹¹³

From the creation of the IMF, through the cold war and other economic crisis, it remains evident that membership decisions are often influenced by political considerations. This implies that countries that are not in friendly terms with powerful countries such as, the US and Japan, highly represented at the executive board are likely to face a longer membership process. Withdrawal, be it voluntarily or involuntarily, does not relieve a member of its overdue financial obligations towards the Fund. Cuba is an example of an original member that following its refusal to provide information requested by the IMF, withdrew voluntarily in 1964 and by 1969, it had settled its account in full.¹¹⁴

2- Responsibilities of IMF Members

As aforementioned, the responsibility to determine access to the general resources of the Fund according to the Articles of Agreement which is the ground norm rests on the institution. The IMF Articles of Agreement specify a small number of obligations on members that one would regard unambiguously as regulation. Most of the obligations are found in Article IV on exchange rate arrangements and policies, Article VIII on general obligations of members, and in Articles XV–XXV on special drawing rights (SDR). In regulating lending as such, a member state is entitled to purchase the currencies of other members from the Fund in exchange for an equivalent amount of its own currency subject to the following conditions:

a- Payment of Quotas

As seen above, quotas are the main source from which the International Monetary Fund lends out money to its members. On accession to the IMF, a new member is supposed to pay a

¹¹¹ See the IMF Articles of Agreement *op.cit.*, Art. XXVI.

¹¹² Horsefield (K.), 1969a, *op.cit.*, PP. 359-364.

¹¹³ Boughton (J.), *Tearing Down Walls: The International Monetary Fund 1990-1999*, Washington, DC, IMF, 2012, PP. 51-56.

¹¹⁴ Boughton (J.), *The Final Few: Completing the Universal Membership of the IMF*, *Centre for International Governance Innovation*, No. 89, February 2016, p. 5.

quota subscription. For all countries that joined the IMF after 1945, it is the responsibility of the Board of Governors to determine their quotas.¹¹⁵ The subscription of each member shall be equal to its quota and shall be paid in full to the Fund at the appropriate depository.¹¹⁶ This quota subscription is money paid to the Fund and it determines a member's voting rights and the amount a member can borrow or receive from the IMF on a periodic basis.¹¹⁷ This is known as the Special Drawing Rights¹¹⁸. Member countries that contribute more in terms of their quota subscriptions are also entitled to borrow more under the special drawing rights¹¹⁹.

b- Furnishing of Information

In the absence of quality data, the fund is hindered from providing useful and properly tailored policy advice to its members, and as well to regulate lending on solid grounds. On this basis, it is required of each member country, to provide the Fund with economic information related for example, to reserves, foreign investments, international trade and balance of payment, national income, and exchange rates.¹²⁰ For efficiency in carrying out the activities of the Fund in general, and regulation of lending in particular, a request for information must be done in a comprehensive and flexible manner.

Members undertake to provide this information in as detailed and accurate manner as possible, though at times some countries do lack this information. Still by virtue of the IMF Agreement members are restricted from discriminatory practices and restrictions on current payments, except where these were in place before membership.¹²¹ Provision of information is thus mandatory. The Executive Board of the IMF may require members or a particular member, to furnish a detailed list of information to discharge the duties assigned to the Fund, including designing lending arrangements and conducting its surveillance functions.¹²² Further, this section of the IMF charter expands the scope relating to data by recognizing the voluntary provision of

¹¹⁵ See IMF Articles of Agreement *Op. cit.* Art. III, Sect. 1.

¹¹⁶ *Ibid*, Article III, Section 1.

¹¹⁷ Ansong (A.), 2019, *op. cit.* P. 48.

¹¹⁸ Gardner (R.), 'The Political Setting', in A.L.K. Acheson et al (eds.), *Bretton Woods Revisited: Evaluations of the International Monetary Fund and the International Bank for Reconstruction and Development*, Toronto: University of Toronto Press, 1972.

¹¹⁹ *Financial Organization and Operations of the IMF*, 1998, *op cit.*, p. 44.

¹²⁰ IMF Articles of Agreement, *op. cit.*, art.viii, sect. 5(a-c) and Art. V, Sect. 3.

¹²¹ Timothy (K.), *Requirements for Participation in the International Monetary Fund and the World Bank*, Soviet and Eastern European Foreign Trade, vol. 26, *International Economic Organizations and Reform in the Planned Economies Part II*, Taylor & Francis, ltd, Summer 1990, p. 20.

¹²² Gianviti (G.), *The International Monetary Fund and External Debt*, in *Recueil des Cours* 209, 1989, p. 268

information which the Fund can obtain by agreement with members.¹²³ The list in Article VIII also includes information on official holdings at home and abroad of gold and foreign exchange. However, as reported by the Independent Evaluation Office of the IMF¹²⁴ countries sometimes fail or decline to provide required information. In some cases, the management and staff have been reluctant to press the issue and bring it to the attention of the executive board for enforcement. One reason is that the enforcement of even such a well-defined obligation is not self-executing.

Enforcement is by means of a peer-review process conducted by the executive board of the IMF, which may decide to overlook a particular contravention.¹²⁵ Under these circumstances it is hardly surprising that member countries holding almost 40 percent of reported total holdings of foreign exchange reserves decline voluntarily to provide the IMF staff information on the currency composition of their reserve holdings even when the IMF staff has promised to control tightly access to such apparently sensitive information and only to report it on a cumulative basis. Without such information the IMF is hampered in monitoring aggregate trends in the diversification of international reserve holdings and their effects on the stability of the international financial system as a whole. In their analysis, the staff can only extrapolate from the information they do have.

Even in the few areas where the Articles establish explicit and implicit obligations on member countries, enforcement is not automatic. Moreover, aside from naming and shaming a member for its transgressions, the IMF has only a limited number of enforcement tools, such as denying access to IMF credit, limiting voting rights, and at the extreme expulsion from membership in the Fund.¹²⁶ These sanctions do not provide an effective remedy that ensures that the problems encountered with reporting by a member will not be repeated.¹²⁷ This means that IMF members not only must: (1) agree in advance that they will individually benefit if all members abide by their explicit and implicit obligations; but (2) they must also, in effect, renew their agreement as part of an ongoing peer-review process including at times when economic and

¹²³ See IMF Articles of Agreement *op. cit.*, art. VIII, Sect. 5(c).

¹²⁴ International Monetary Fund, Independent Evaluation Office Report, October 2008, p. 52.

¹²⁵ Alternatively, IMF management and staff may decide not to bring the issue to the executive board because they suspect that the board will not support them in their view that the country in question has failed in its obligation to cooperate with the IMF.

¹²⁶ Czechoslovakia, which became an original member of the International Monetary Fund in 1945 was expelled to withdraw in 1954 on grounds that it had change it exchange rate without consulting the Fund as required by the AoA. However, Czechoslovakia reapplied for membership in 1990 and was re-admitted. See James Boughton, The Final Few Completing the Universal Membership of the IMF, Center for International Governance Innovation, Papers No. 89, February 2016.

¹²⁷ Strengthening the Effectiveness of Article VIII, section 5, IMF Board Paper No. 05/02/03, p 26, Viewed at <http://www.imf.org/external/np/a8/eng/2003/050203.htm>.

financial conditions and perceptions of national self-interest have changed relative to when the obligations were established.

c- The obligation to collaborate with the Fund

For a country to gain access to Fund's general resources, it must be willing and ready to collaborate with the Fund and with other members. The IMF can only achieve success in its responsibility to regulate lending if its members collaborate with it. In the absence of collaboration, the mandatory and voluntary responsibility to provide information to the IMF by members will rarely be achieved. Collaboration in the Articles of Agreement is related to policies on reserve assets and, is meant to ensure that the policies of members with respect to reserve assets are consistent with the objectives of promoting better international surveillance of international liquidity.¹²⁸

d- Avoidance of discriminatory currency practices

To benefit financial assistance from the IMF, a member country is forbidden, inclusive, agencies such as its treasury, central bank, stabilization fund, or other similar agencies from engaging in discriminatory currency arrangements or multiple currency practices, unless it is approved by the Fund. Where such arrangements or practices were engaged at a date before membership, it is expected of the concerned country to consult with the Fund as to their progressive removal unless they are maintained or imposed under Article XIV, Section 2.

B- Presentation of a Balance of Payment Need

As aforementioned, only members may use the Fund's general resources. Consistent with the conceptual framework that defines the Fund's oversight authority, a member may use the Fund's general resources only to the extent that it has a balance of payments need;¹²⁹ i.e., a need arising from "its balance of payments or its reserve position or developments in its reserves."¹³⁰ These three elements are regarded as separate and a representation of need can be based on any one of them. An operational framework has been developed over the years to serve as the basis for

¹²⁸IMF Articles of Agreement, *op. cit.*, Art. VIII, Sect. 7.

¹²⁹ To explain the possibility of a balance of payment difficulty, a good illustration will be to look at a situation of a country whose currency is overvalued. A country currency is overvalued in the sense that, the domestic currency is peg to a convertible currency for the purpose of facilitating international trade. When this happens, imports become cheap while exports become expensive. In effect, the country earns less and spends more; this gradually pushes the country into debts.

¹³⁰*Ibid*, art. V, Section 3(b) (ii).

judgments on the magnitude of balance of payments deficits and the adequacy of foreign reserves. In the implementation of this framework, the circumstances of members are considered.

Once an arrangement has been approved by the IMF, a member's representation of balance of payments need to make a purchase is not subject to challenge.¹³¹ However, the country is subject only to meeting conditions specified in the arrangement. It is worthy of note that, the IMF may take remedial action after a purchase under an arrangement or a reserve tranche purchase if it finds that the conditions for the purchase were not met, including that of balance of payments need.¹³² The IMF's policies under particular facilities may also stipulate requirements concerning the origins and nature of the underlying balance of payments disequilibrium. Depending on the type of balance of payment difficulty, whether it is short-term or long-term, will determine the choice of facility and conditions.

It is of essence to mentioned that the IMF can as well extend its hand to members in the advent of natural disasters or pandemics like the recent COVID-19. The IMF responded to the COVID-19 pandemic with unprecedented speed and magnitude, through emergency financing, program lending, and debt relief to its poorest members.¹³³

Also, the IMF will not wait till there is a balance of payment need before its steps in to assist. Through the IMF, precautionary financing to countries with sound economic policies is possible to help prevent against future crisis. With this, we can say that the scope of IMF financing with time is broaden with the intentions of meeting and bailing out their members.

Conclusion

The International Monetary Fund needs a huge sum of money to adequately regulate lending to its membership of about 190, given that the common challenges facing many countries is related to balance of payment difficulties, demanding huge sums to advert. Quotas subscriptions by member countries as seen, is the principal source of income for the IMF and added to it the IMF is able to borrow to complement the quotas at any time when a need arises. The sale of gold which is rarely done by the IMF and charges that are imposed on overdue financial obligations to

¹³¹Treasurer's Department of the IMF, Financial Organization and Operations of the IMF, Pamphlet Series No. 45, 6th ed., IMF, Washington, D.C., 2001, p. 28.

¹³²*Ibid*, p. 28.

¹³³ Including pre-pandemic commitments, as of April 30, 2022, total disbursed lending commitments and credit outstanding under the GRA were about SDR 195.6 billion; the corresponding total under the PRGT was about SDR 18.7 billion. IMF Annual Report 2022 at <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2022/what-we-do/lending/>

the Fund, equally constitute part of the pool of IMF resources. The liquidity of the IMF is very important to maintain its survival considering the emergence of other regional and multilateral financial institutions. Unlike other lending institutions, only members can benefit from IMF financial assistance provided they respect the obligations as spelt out by the IMF with the evidence of a balance of payment need as prime. Without the required information, and the willingness to respect the provisions of the Articles of Agreement, even as a member, such a country is likely not to be eligible to benefit from IMF lending.





**COMMENTAIRE DES
DECISIONS DE JUSTICE**

**Une approche énonciative des décisions de justice du
Droit romano-civiliste***An enunciative approach of Romano-Civiliste Law Judicial Decisions**Par :* Page | 453**Edgard ABESSO ZAMBO, Ph.D**

Jurilinguiste, Chargé de Cours

ENS, Université de Yaoundé 1

Résumé :

L'énonciation occupe une place prépondérante dans la communication sociale. En réalité, toute prise de parole, qu'elle soit orale ou écrite, est un acte individuel d'utilisation du système de signes qu'est la langue. Or, il existe, à côté du répertoire général de ces signes, des systèmes particuliers de leur utilisation. C'est ce qui fait distinguer les langages généraux des langages spécialisés. Les décisions de justice font partie d'une communication particulière : la communication judiciaire. De ce fait, elles constituent un modèle particulier d'énonciation ayant des caractéristiques assez complexes qui en font un système d'énonciation particulier. Le présent article propose une approche énonciative d'étude et de compréhension de ce type particulier d'énoncé pour en ressortir des spécificités. Il prendra appui sur les décisions de justice du système de droit romano-civiliste, notamment camerounais.

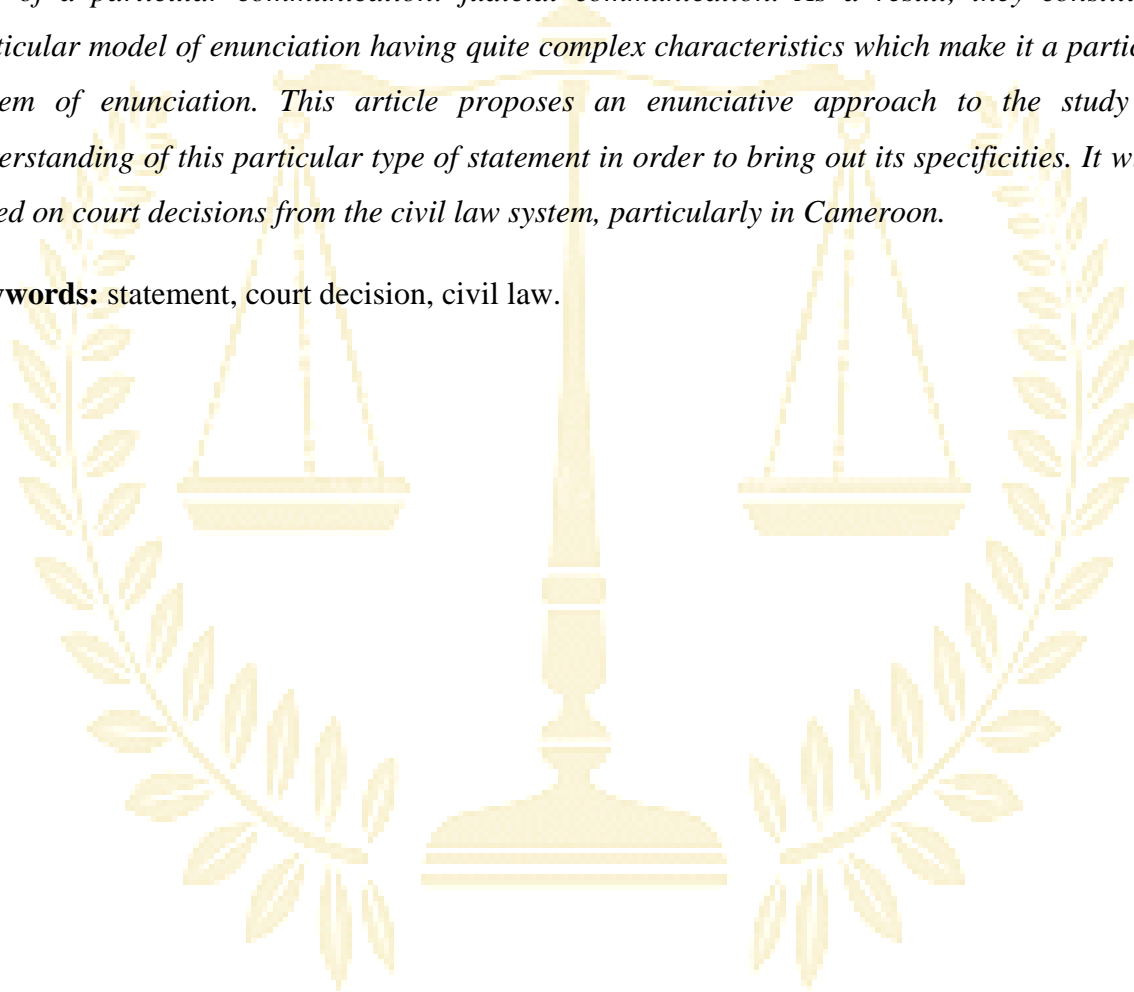
Mots-clés : énonciation, décision de justice, droit romano-civiliste.

Abstract:

Enunciation occupies a preponderant place in social communication. In reality, all speaking, whether oral or written, is an individual act of using the system of signs that is language. However, there exist, alongside the general repertoire of these signs, particular systems of their use. This is what distinguishes general languages from specialized languages. Court decisions are part of a particular communication: judicial communication. As a result, they constitute a particular model of enunciation having quite complex characteristics which make it a particular system of enunciation. This article proposes an enunciative approach to the study and understanding of this particular type of statement in order to bring out its specificities. It will be based on court decisions from the civil law system, particularly in Cameroon.

Page | 454

Keywords: statement, court decision, civil law.



Introduction

La communication juridique est multiforme. Elle est fonction des contextes et des matières d'expression du droit. D'où l'on distinguera autant de domaines d'expression du droit que des discours. Les décisions de justice font partie de la communication juridictionnelle ou jurisprudentielle. C'est le mode d'expression du juge qui dit le droit dans un raisonnement juridique logique : le syllogisme juridique. C'est dire que les décisions de justice, notamment du droit romano-civiliste, obéissent à une structure imposée par ce raisonnement. Autrement dit, si l'énonciation demeure libre en tant que acte individuel d'utilisation de la langue, il est imposé au juge, principal énonciateur, des normes qu'il se doit de respecter. Dès lors, la décision de justice n'est plus un énoncé au sens large ; le juge, non plus, n'est un énonciateur au sens de la situation d'énonciation qui fait nécessairement appel au « Je, tu, ici et maintenant », mais des entités énonciatives assez particulières.

En appliquant l'approche énonciative telle développée par Emile Benveniste sur ces décisions de justice, l'objectif du présent article est de démontrer que la communication juridictionnelle est un mode d'énonciation particulier qu'il convient de comprendre grâce à l'analyse de certains outils linguistiques, notamment discursifs.

1.Des théories structuralistes à la théorie énonciative**1.1.Les théories structuralistes**

L'histoire de l'étude de la langue est loin d'être linéaire. De la linguistique descriptive à la linguistique générale en passant par la linguistique historique, la langue aura constitué un objet d'étude, différemment perçu d'un courant à un autre.

Au départ la linguistique descriptive s'était fixée pour objet la description de tous les langages que la recherche pouvait atteindre. Selon ce courant, une langue est un système dont il convient de saisir l'économie, en même temps qu'elle se veut une institution dont il faut définir le cadre de fonctionnement. Ainsi, qu'on l'envisage d'un point de vue historique ou typologique, il s'impose que cette dernière soit préalablement décrite avec exactitude. La description d'une langue avait ainsi été envisagée comme l'étude synchronique portant sur un état de langue donné à un moment donné, étant défini par des caractères externes et internes.

La linguistique historique part du principe selon lequel chaque langue prise en particulier a son histoire. Les conditions extérieures, sociales, de son existence évoluent, et la langue elle-

même, dans son système et dans son aspect matériel, se transforme, passe par des états divers. Ainsi, chaque langue peut faire l'objet d'une monographie historique. Cependant, les possibilités de la réalisation d'une telle monographie sont limitées plus ou moins étroitement, notre connaissance de l'histoire d'une langue s'arrêtant à un certain moment, plus ou moins reculé du passé.

Au départ, la linguistique générale est précédée par la grammaire générale dont l'objet était la justification des règles du langage en partant par des lois universelles de l'esprit humain. Dans son ensemble, l'ancienne grammaire générale s'oppose à l'actuelle linguistique générale en ce qu'elle part de l'esprit, dont on croit déterminer des lois universelles, pour trouver dans la langue les manifestations de ces lois. La linguistique générale, au contraire, par des faits de langue pour essayer de reconnaître des traits communs à des langues historiquement diverses et d'en dégager des lois, lois de fonctionnement et d'évolution, qui aient une portée générale. Ainsi, la linguistique moderne va représenter la somme des divers ordres de recherches qui ont marqué son développement : description de toutes les langues connues ; histoire des langues dont une partie importante est la grammaire comparée, qui, fondée sur la méthode comparative, établit des parentés et affinités entre les langues ; étude générale des conditions de fonctionnement, de la structure et de l'évolution des langues, étude qui fait l'objet de la linguistique générale. Elle sera donc le lieu de l'étude de la langue comme un système de signes n'ayant pas besoin d'éléments externes à lui-même. C'est cette façon de voir qui sera dépassée par les approches poststructuralistes qui mettront l'accent sur le contexte d'utilisation de la langue et la nécessaire prise en considération des déterminations extralinguistiques : l'un des objets de l'approche énonciative.

1.2. Les théories énonciatives

Le volet énonciatif, comme nous l'avons montré plus haut, n'a pas fait l'objet d'une attention particulière de la part des tenants de la linguistique structurale. Il surviendra entre les deux guerres avec les travaux de Roman Jakobson (1963)¹ et ceux d'Emile Benveniste (1966)². L'énonciation sera ainsi définie comme la mise en fonctionnement de la langue par un acte individuel d'utilisation. (Emile Benveniste, *op.cit.*).

¹ Roman Jakobson, *Essais de linguistique générale*, trad.fr.N.Ruwet, Paris, Ed. de Minuit, 1963.

² Emile Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966.

Au regard de cette définition, tout acte d'énonciation est utilisation de la langue par un locuteur qui la transforme en discours du fait de la marque particulière qu'il imprime en utilisant ce code. Autrement dit, toute énonciation appelle deux principaux pôles : un système linguistique et un utilisateur, un usager dudit système. Allant dans le même sens, Oswald Ducrot (1984 :179) relève que l'énonciation est « l'évènement constitué par l'apparition d'un énoncé »³

Ainsi, les théories linguistiques de l'énonciation distinguent deux aspects dans l'évènement énonciatif : d'une part, ce qu'il y a de particulier dans chaque énonciation, qui demeure extérieur au champs d'investigation de la linguistique, et d'autre part le schéma général de l'énonciation, les règles qui dans le système de la langue permettent qu'il y ait des actes d'énonciation toujours uniques, que la langue, comme réseaux de règles disponibles pour tout locuteur, se convertissent en énonciation de tel ou tel sujet (Maingueneau, 2005 :8)⁴. Ces règles se déploient dans une situation : la situation d'énonciation.

La situation d'énonciation est une notion qui se trouve au cœur même de toute énonciation. Il est ici question d'un ensemble de coordonnées identifiées comme points de repères à partir desquels doit se construire une énonciation. La situation d'énonciation intègre ainsi trois principaux acteurs : un énonciateur, un co-énonciateur et une non personne.

L'énonciateur prend toute la charge de production de l'énoncé. C'est un « Je » qui se pose en énonçant et qui assume son acte par des indicateurs précis ; le co-énonciateur décode l'énoncé et est perceptible par le « Tu » qui est une corrélation de « Je ». L'énonciateur et le co-énonciateur œuvrent dans le cas de l'énoncé dit embrayé, c'est-à-dire celui à l'intérieur duquel l'acte d'énonciation est assumé par l'énonciateur : c'est le plan discours de l'énonciation. Quant à la non-personne, elle ne prend pas activement part à la situation d'énonciation. Elle intervient dans le système non-embrayé qu'est le récit. L'énonciation intègre enfin les temps et lieu d'énonciation, fonction de la position de l'énonciateur : « Ici et maintenant ». Une approche énonciative des décisions de justice consiste donc à s'interroger sur le « Je, tu, ici et maintenant » dans le cadre de l'énonciation juridictionnelle, notamment du Droit romano-civiliste.

³ Oswald Ducrot, *Le Dire et le Dit*, Ed. de Minuit, 1984, p. 179.

⁴ Dominique Maingueneau, *Linguistique pour le texte littéraire*, Armand Colin, 2005, p.8

2. Le Droit germano-civiliste

Le droit germano-civiliste, à opposer ici au système Common Law, également appelé droit romano-germanique, est un système juridique dont l'origine est à chercher dans le droit romain applicable dans les Etats qui admettent que le droit issu de l'expression législative constitue la principale source du droit. C'est ce système juridique qui est appliqué au Cameroun, dans huit régions sur 10 qu'il compte. Nous l'avons précisé, ce sont ces décisions de justice qui nous intéressent ici, et non celle de la Common Law, applicable dans les deux régions anglophones du Cameroun. Le cadre intellectuel juridique de la Common Law provient, quant à lui, historiquement de la jurisprudence non codifiée, créée par les juges et dont l'objectif est d'attribuer une autorité de précédents aux décisions de justice antérieures.

2.1. Structure des décisions de justice du Droit romano-civiliste

2.1.1. Les jugements de tribunaux

Par jugement, on entend la « décision des tribunaux de première instance (on disait naguère des tribunaux inférieurs par rapport aux cours) par opposition à d'autres décisions nommées arrêts (...). Par extension, l'écrit qui contient la décision et toutes les mentions requises ». (Cornu, 1987 : 525)⁵. Un jugement est aussi un acte par lequel l'institution étatique exprime son autorité en s'adressant aux justiciables. C'est dans ce sens que Cornu (1987: 333)⁶ précise que « comme la loi, le jugement est un acte d'autorité. Il émane d'un organe étatique investi du pouvoir (et du devoir) de juger : acte officiel par lequel l'État rend justice aux justiciables ». On peut donc retenir que le terme jugement est réservé aux décisions rendues par des tribunaux de premier degré.

2.1.2. Les arrêts de cours

Les arrêts sont des décisions rendues par des juridictions de second degré que l'on désigne par le terme « cours ». Au Cameroun, les arrêts sont des jugements (au sens large) des Cours d'Appel et Suprême. Les jugements et les arrêts ont chacun une structure qui lui est propre.

2.2. Structure des décisions de justice

Les arrêts et les jugements sont tous des décisions de justice. Comme telles ils obéissent presque à une même structure car « un jugement est la réponse du juge à la demande des parties »

⁵ CORNU G. (1987), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 525.

⁶ CORNU G., *op. cit.* p. 333.

(Cornu, 2005: 336)⁷. Sur le plan du fond, tous les arrêts et jugements sont motivés en fait et en droit. L'article 7 de la loi sur l'organisation judiciaire au Cameroun dispose : « Toute décision judiciaire est motivée en fait et en droit ». Sur le plan de la forme ou de la configuration, les jugements, tout comme les arrêts, 93 comprennent deux parties essentielles : l'en-tête et le corps du jugement. Cette nomenclature formelle leur permet d'exposer les faits constants de la cause, la procédure suivie, les demandes des parties, les moyens soutenus à l'appui de ce demandes, les motifs propres à la décision et enfin, la décision elle-même, au sens strict du terme, formulée dans le « dispositif » (Cornu, 2005).

- L'en-tête

L'en-tête est la première partie dont le but est de renseigner sur la juridiction et les acteurs ayant participé au procès et à la décision. L'en-tête comprend : l'indication du Tribunal qui a statué, l'identité des parties et leur qualité, les noms de leurs avocats ou représentants, la composition du tribunal, l'indication du secrétaire – greffier [...], la date des débats et l'arrestation du caractère public ou non de l'audience, la date à laquelle la décision a été rendue [...], l'attestation qu'elle a été prononcée publiquement ou hors la présence du public par un des juges qui ont délibéré de la cause. Enfin, dans le souci élémentaire d'authenticité, le jugement doit être signé par le président ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par un des juges qui ont délibéré ainsi que par le secrétaire – greffier.

- Le corps du jugement

Le corps du jugement est la partie essentielle d'une décision de justice. C'est le lieu où le juge fait l'examen général du litige et tire des conclusions qui conduisent à la sentence finale. Un corps de jugement se trouve ainsi subdivisé en trois principales articulations : l'exposé du litige ou de l'infraction, les motifs et le dispositif.

a- L'exposé du litige

Cette partie relate les faits qui sont à l'origine du litige. Ici, Le rédacteur expose les faits constants (non contestés) qui sont à l'origine du différend et l'objet du litige, à savoir les prétentions respectives des parties. Il contient des raisons de fait et de droit invoquées par le plaideur à l'appui de leur demande (...). Cet exposé est le récit de la genèse de l'instance ; le juge

⁷ CORNU G. (2005), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 336.

ne prend pas encore parti, mais en réalité il exerce un premier choix, celui des faits susceptibles d'incidence sur la décision (...), et des sources juridiques à invoquer afin de fonder le jugement. (Chiara Prête, 2005 : 78)⁸ En plus de cette valeur argumentative de « l'exposé du litige », l'on note, du point de vue linguistique, un emploi particulier des termes et une construction tout aussi particulière des énoncés. La notion de phrase mérite d'être redéfinie ici, ainsi que toutes les règles liées à la syntaxe du français. L'emploi particulier de la langue est remarquable aussi bien dans la démonstration en fait que dans la démonstration en droit. Dans le premier cas, le juge use du « vocabulaire technique de la preuve juridique : pièces, documents, actes titres, modes de preuve, mesures d'instruction, constat, rapport, avis, déclaration, attestations, témoin, enquête, expertise, aveu, etc. ». (Cornu, 2005 :345). La démonstration en droit, quant à elle, proche du discours législatif, associe le langage technique aux références de la loi avec la reprise anaphorique des locutions adverbiales en attaque de phrase « attendu », « vu » ou « advenu », suivies des renvois aux articles des codes de lois en application : Vu l'Ordonnance de référé No 1138 rendue le 16 août 2001 par le tribunal... Dans le cadre des arrêts des cours d'appel, l'exposé des litiges implique également, en les citant, les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de premier degré. C'est le lieu où s'exprime de manière explicite l'interdiscursivité juridique: un souci pour le juge de réunir toutes les conditions pour atteindre la vérité par la preuve.

b- Les motifs

Les motifs ou motivations suivent l'exposé du litige. Le juge établit un lien entre les faits et les dispositions de la loi. Les motifs sont introduits par les formules : LA COUR, ou LE TRIBUNAL, ils « reflètent le raisonnement des juges. La structure de l'exposé des motifs dépend de la présence de plusieurs prétentions et d'une éventuelle exception d'irrecevabilité ». (Chiara, 2005 :78). Les paragraphes qui constituent les motifs sont liés entre eux à travers un rapport logique. Le raisonnement ainsi tenu repose sur des aspects bien précis, pris comme des angles sous lesquels le litige est examiné. On note alors l'emploi des prépositions « sur », « en », « au ». Cornu (1987 : 342)⁹ relève que : Ces outils grammaticaux sont d'autres signaux codifiés. Ils indiquent, en tête d'un développement, le moyen ou le point dont la juridiction aborde l'examen : « sur le premier moyen », « sur le deuxième moyen », « sur la recevabilité », « sur la compétence », « sur le fond », « en fait », « en droit ». La valeur interprétative des textes est une partie importante dans

⁸ PREITE C., *Langage du droit et linguistique : Étude de l'organisation textuelle, énonciative et argumentative des arrêts de la Cour (et du tribunal) de justice des communautés européennes*, Roma, Aracne, 2005, p. 78.

⁹ CORNU G. *op. cit.* p.342.

ce raisonnement. Ce souci d'interprétation de la loi par le juge occasionne une manipulation du langage. Cornu (2005 :345)¹⁰ souligne que dans ce cas, « c'est toute la science de l'interprétation qui descend dans la motivation avec son langage : sens des mots, clarté, équivoque, ambiguïté, intention du législateur, ratio legis, travaux préparatoires, données comparatives, conséquence des règles, données sociales, économiques, humanitaires ». C'est dire que le discours jurisprudentiel peut faire appel à plusieurs facteurs aussi bien linguistiques qu'extralinguistiques.

c- Le dispositif

Encore considéré comme la solution au litige, cette partie finale associe sur le plan de la forme des marques linguistiques de la décision du juge, ainsi que celles de la réalisation du droit. Le dispositif est introduit par la formule « PAR CES MOTIFS », écrite en majuscules et soulignée. « C'est le « verdict » que les parties attendent. Ce n'est plus, ni le « sur quoi » ni le pourquoi de la réponse, mais la réponse même à leurs prétentions ; celle qui accueille ou rejette ; celle qui dit ce que chacun gagne ou perd, obtient ou doit » (Cornu, 2005 : 347)¹¹. Il y également rappel des dispositions légales qui sous-tendent la sentence. Le discours légal fait corps avec le discours jurisprudentiel proprement dit. Parce qu'il s'agit du libellé du verdict, le dispositif est dominé par une série de verbes d'action généralement à valeur performative qui montrent que le juge exerce l'autorité qu'il doit de l'État et de la loi : « Déclare », « donne », « sépare », « condamne ». Ces verbes ont la propriété de transformer les mots en actes.

2.3. Analyse énonciative des décisions de justice

Dans son ensemble, la décision de justice est un discours dans le sens où elle représente un énoncé libellé issu d'une locution directe. Cependant, elle est un énoncé tout particulier dans ce sens qu'elle ne laisse pas clairement transparaître les indicateurs nécessaires d'une situation d'énonciation « je, tu, ici et maintenant ».

Le juge, cela ne fait aucun doute, est l'énonciateur principal, celui qui rend compte de tout ce que nous avons vu dans la structure des décisions de justice. Mais ce dernier ne doit laisser transparaître aucun déictique personnel dans son discours. Nous avons là un cas de discours global sans marque de l'énonciateur. L'effacement du jeu est une exigence est une exigence légale de neutralité du juge dans son jugement. Il manipule des variables selon le raisonnement logique, le

¹⁰ CORNU G. *op. cit.* p. 345.

¹¹ CORNU G, *op. cit.* p. 347.

sylogisme juridique où il doit, de manière distancielle, présenter la règle générale applicable (majeure), qu'il confronte aux faits (mineure), afin d'aboutir à une solution (conclusion) qui ne doit être que le résultat de l'analyse logique faits-droit.

2.3.1. La décision de justice : un plan discours ?

L'on distingue principalement deux plans d'énonciation : le discours et le récit.

Le discours est un plan d'énonciation écrit ou oral qui est rapporté à sa situation d'énonciation (Je, tu, ici, maintenant). Il implique par conséquent un embrayage, c'est-à-dire un lien étroit entre l'énonciateur et l'énoncé à travers des déictiques. Il est donc modalisé et s'exprime au passé composé, à l'imparfait, au futur simple et au présent de l'indicatif.

La décision a une certitude : c'est un énoncé discours dans son ensemble. Il est rapporté à sa situation d'énonciation, mais est donc un discours particulier dépouillé de tout embrayeur relatif aux co-énonciateurs.

L'exposé du litige, tout comme les motifs, est dominé par le passé composé, temps du discours : « la cause a été enrôlée », « puis elle a connu deux revois pour débats », « le président s'est rassuré de la présence ou de l'absence de toutes les parties, puis, a vérifié l'identité du prévenu », « le Ministère public a pris ses réquisitions », le président a tenu note de tout ce qui précède », « sur quoi il a déclaré les débats clos » « il a mis l'affaire en délibéré », « le Tribunal, par l'organe de son président a rendu et lu en audience publique le jugement dont la teneur suit ».

En revanche, dans le dispositif, le juge use du présent de l'indicatif, temps par excellence également du discours. C'est le lieu de l'énonciation spontanée. Le juge fait parler le tribunal :

« Statuant publiquement, contradictoirement par défaut à l'égard de la victime et du prévenus en matière correctionnelle et en premier ressort après en avoir délibéré conformément à la loi,

- Déclare D non coupable ;
- Le relaxe de ces chefs pour défaut de preuves
- Met les dépens à la charge du trésor public
- Avertit les parties de leur droit d'interjeter appel ou de faire opposition du présent jugement dans les délais légaux ».

Au regard de ces éléments, il est indéniable que la décision de justice appartient au plan du discours dans le cadre de l'énonciation.

Il convient cependant de relever, ainsi que le signale Maingueneau¹² que « récit et discours sont des concepts linguistiques qui permettent d'analyser des énoncés ; ce ne sont pas des ensembles de textes. Rien n'interdit à une même texte de mêler ces deux plans énonciatifs ».

2.3.2. Les décisions de justice et le plan énonciatif du récit.

Le récit est un mode d'énonciation narrative dissocié de la situation d'énonciation. Autrement dit, bien que le récit soit également le produit d'une énonciation, il fait intervenir des co-énonciateurs, le moment et le lieu de l'énonciation, mais seulement, les traces de leur présence sont effacées dans l'énoncé. Les faits sont racontés, rapportés en eux-mêmes. Le récit ne fait pas seulement intervenir cet effacement des repérages personnels et déictiques, il interpelle aussi l'aspect modal de l'énonciation. Les principaux temps du récit sont le passé simple et l'imparfait de l'indicatif.

Il est une exigence légale que toute décision de justice soit motivée en fait et en droit. La motivation en fait se réfère à la narration des faits de la cause. Ces faits constituent, dans le raisonnement juridique, la majeure du syllogisme juridique :

- « Attendu qu'il résulte du dossier d'information judiciaire que le 25 octobre 2020, le proviseur du lycée bilingue d'Ekounou a sollicité les services du commandement central du groupement mobile d'intervention aux fins de procéder à l'interpellation de certains élèves de son établissement surpris en possession des stupéfiants ;
- Que pendant que le proviseur exposait les faits aux parents convoqués pour la circonstance, le prévenu, après s'être frauduleusement introduit dans l'enceinte de l'établissement, a allégué qu'il serait le grand frère d'un élève impliqué ;
- Que vu son accoutrement car arborant une culotte, il s'est vu interdire l'accès dans la salle des travaux et le gardien de la paix E. tenu à la porte a été désigné par sa hiérarchie pour éconduire le prévenu ;
- Que le prévenu va opposer une résistance farouche au gardien de la paix susnommé jusqu'à le cravater, toute chose qui a permis son interpellation... »

¹² MAINGUENEAU D., *Linguistique pour le texte littéraire*, Armand Colin, 2003, p.11

Le juge qui est l'énonciateur général de la décision de justice se trouve, en interne, narrateur des faits de la cause. Autrement dit, il n'existe pas de décision de justice du droit romano-civiliste sans récit.

La décision de justice est donc un type d'énonciation complet qui mêle discours en hyperdiscursivité, et fait intervenir le récit en interne, notamment dans l'exposé des motifs. Page | 464

Conclusion

L'approche énonciative est un modèle d'analyse de discours consistant à faire un rapprochement entre les co-énonciateurs et leur énoncé en ce qui concerne notamment leur degré d'implication linguistique dans la situation d'énonciation. Le présent article s'est proposé d'appliquer l'approche énonciative à un type particulier de discours, celui contenu dans les décisions de justices, notamment du droit romano-civiliste appliqué au Cameroun. Il en ressort que la décision de justice est une situation d'énonciation particulière, car appartenant à un discours spécialisé, le discours jurisprudentiel. Le juge y est présenté comme principal énonciateur. Dans ce sens, la décision de justice se présente comme un énoncé appartenant au système énonciatif du discours. Seulement, s'il est vrai que le plan discours est défini comme un plan énonciatif embrayé, l'on devrait retrouver, dans les décisions de justice, les marques de subjectivité du juge. Il n'en est rien. C'est une énonciation discours mais non embrayée en raison de l'exigence de neutralité que dire le droit impose au juge. Ce dernier construit une énonciation spécifique calquée du modèle d'un raisonnement juridique alliant une majeure, une mineure et une conclusion. Par conséquent, la décision de justice est un type particulier de discours non embrayé. Il associe également le plan énonciatif du récit, car, il est une exigence légale que toute décision de justice soit motivée en fait et en droit. Il y a par conséquent lieu de procéder à une relecture de la théorie de l'énonciation, notamment en ce qui concerne l'exposé sur les plans d'énonciation, des discours particuliers pouvant offrir des cas spécifique n'obéissant pas au modèle défini par Emile Benveniste.

R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

