



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 2025



COMITE SCIENTIFIQUE

-Lecture-

Page | i

Pr. Victor – Emmanuel BOKALLI

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université d'Ebolowa ;

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. Guy Florent ATANGANA MVOGO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE

Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;

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

Professeur, 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. Nicolas Junior YEBEGA NDJANA

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Fred Jérémie MEDOU NGOA

Professeur, Université de Douala ;

Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse MBATONGA

Maître de Conférences, Université de Yaoundé II ;

Pr. DJONGA Pierre

Maître de Conférences, Université de Bertoua ;

M. Guy Bucumi Ph.D.

Professeur associé, Faculté de droit, Centre d'Etudes du Religieux contemporain-CERC, Université de Sherbrooke

M. Maxime KALDJONBE

Magistrat ;

M. SABABA MAGAZAN

Magistrat ;

M. David YINYANG

Magistrat ;

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

Coordonneurs 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. Waräi 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. Raissa PAYDI
Dr. Adama SALME
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. Bienvenu DOMBA
Dr. ALI BOUKOUN ABDOULAYE
Dr. ARI HAMADOU GUY
Dr. Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA
Mme MOUANGA MOUSSENOULA G.
M. Jacob Israël FIRINA
Dr. 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 XXI^e 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

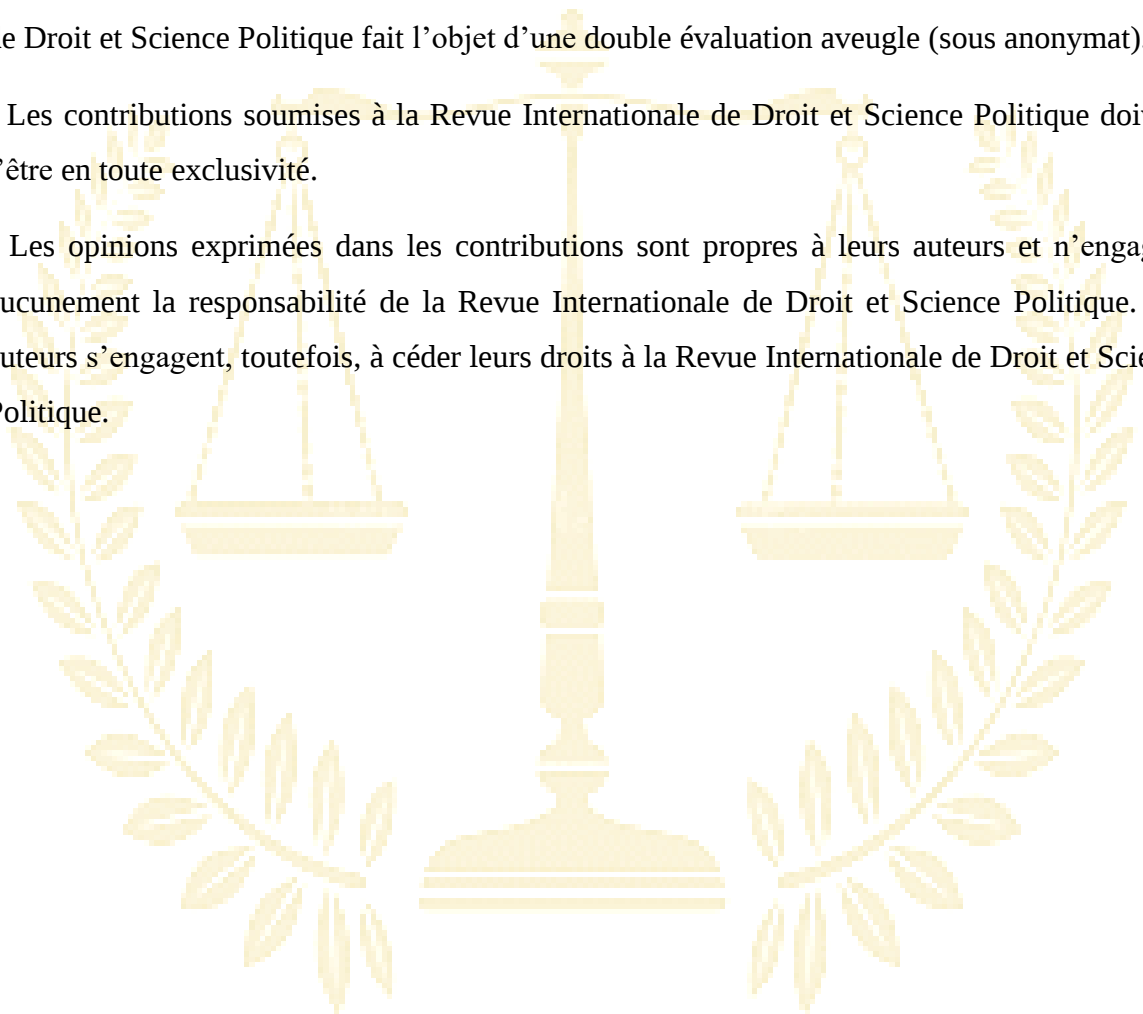
Langue et style de rédaction :

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

Page | vi

Soumission, examen des propositions et responsabilités :

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

**Le Rédacteur en Chef**

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

SOMMAIRE

Page | vii

❖ Droit Public

La COMIFAC et le défis de la gestion forestière pour le développement durable.....1
GARGA SADOU

❖ Droit Privé

Le tiers et les délais dans les voies d'exécution OHADA.....27
BOUBAKARI

L'accueil du rapport d'investigation privée dans le système de preuve.....51
Raphaël NDABTJE & Denis Thérèse BOMBA

La réception des jugements et des sentences "étrangers" dans l'espace OHADA.....86
NYANGON SOUA Winnie Angela

Réflexions critiques et prospectives sur le système pénal de L'OHADA.....115
AZIZ KOLADE ONIFADE

La pérennisation des canaux de distribution des produits financiers, un facteur de l'inclusion financière.....140
Ousmaila Aboubakar

❖ English Law

Trigger Mechanisms and Effective Prosecution of International Crimes by the International Criminal Court.....172
Fon Fielding Forsuh

❖ Science Politique

La démocratie réglée au Benin face à la gouvernance de lame au fond autoritaire.....195
Messanh Emmanuel AHLINVI & G. Angelo KPOTOUNOU

❖ **Varia**

La mise en valeur des terres et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun.....227

TCHEDELE HALALDA Gertrude





La COMIFAC et le défis de la gestion forestière pour le développement durable

COMIFAC and the challenges of forest management for sustainable development

Par: Page | 1

GARGA SADOU

Chargé de cours

Université de Ngaoundéré- Cameroun

Résumé :

La promotion du développement durable de ses Etats membres est l'un des défis prôné par la Commission des forets de l'Afrique Centrale, qui a mis sur pied un arsenal juridique multiforme, marquée par les législations nationales et par la mise en œuvre des différentes conventions régionales et internationales relatives à la protection de l'environnement. La production législative disparate témoigne certes du souci de prendre en compte la nécessité de protéger les ressources forestières, mais n'offre pas un cadre efficace pour atteindre le développement prôné. Pour y parvenir véritablement, il convient de promouvoir l'implication de la population locale et les partenaires au développement, présentés comme gage de l'amélioration des conditions de vie et de l'accroissement économique de la population.

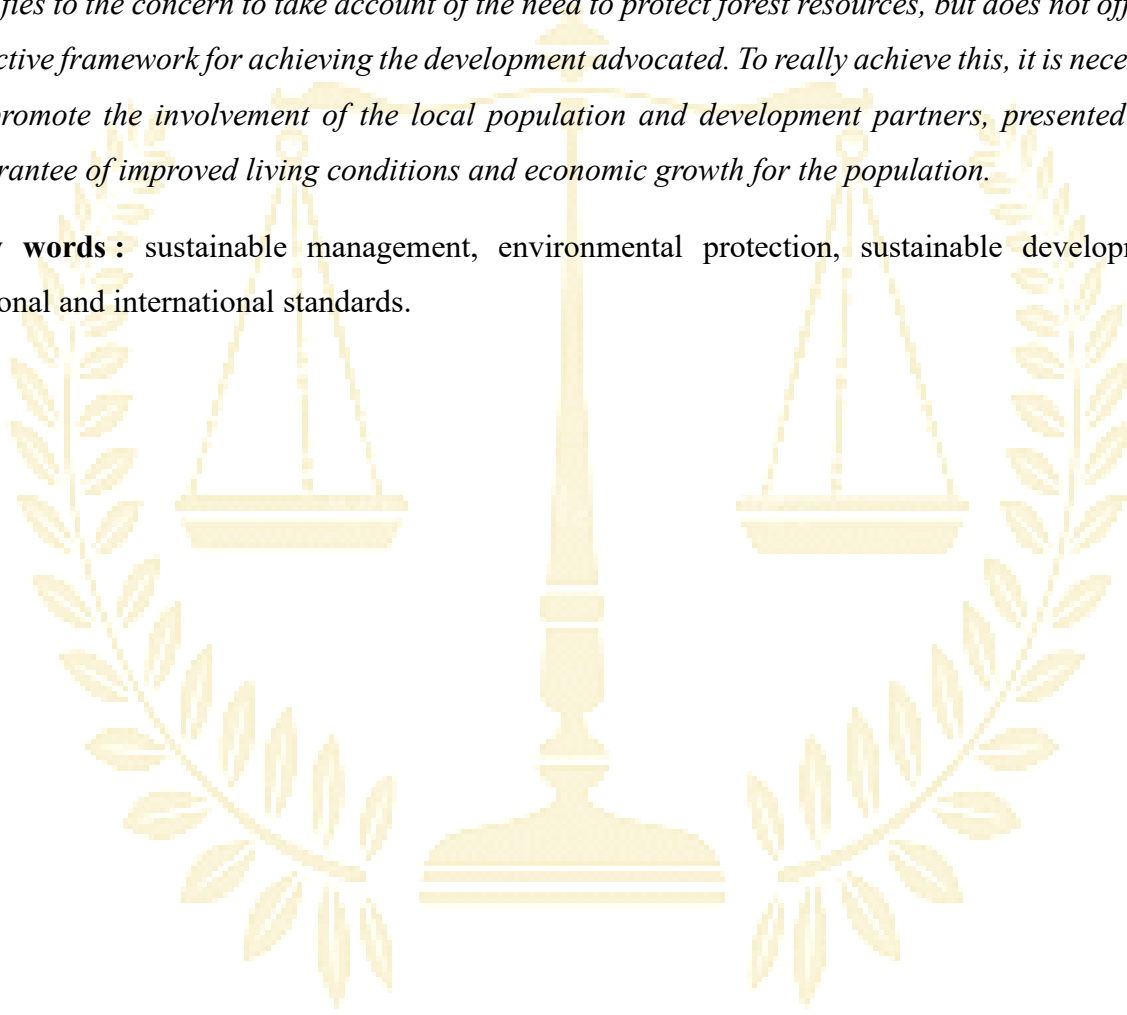
Mots clés : gestion durable, protection de l'environnement, développement durable, normes nationales et internationales.

Abstract:

Promoting the sustainable development of its member states is one of the challenges advocated by the Central African Forest Commission, which has set up a multifaceted legal arsenal, marked by national legislation and the implementation of various regional and international conventions on environmental protection. The disparate legislative output certainly testifies to the concern to take account of the need to protect forest resources, but does not offer an effective framework for achieving the development advocated. To really achieve this, it is necessary to promote the involvement of the local population and development partners, presented as a guarantee of improved living conditions and economic growth for the population.

Page | 2

Key words : sustainable management, environmental protection, sustainable development, national and international standards.



Introduction

Les relations internationales sont aujourd'hui dominées non seulement par le souci de protéger les droits de l'homme en général mais aussi de protéger l'environnement en particulier. Le droit à un environnement sain est l'un de principes des droits de l'homme de la troisième génération qui est consacré dans la plupart des constitutions des Etats membres de COMIFAC. Pour le doyen René DEGNI SEGUI « *Les principes universels auxquels les constitutions africaines font référence et dont elles proclament l'attachement sont puisés dans les constitutions des pays occidentaux et des divers actes des Nations Unies. Ces principes sont relatifs à la démocratie, à l'État de droit et aux droits de l'homme*¹. Ainsi, la consécration de ce principe dans les Etats industrialisés comme ceux en développement marque l'importance de protection des ressources naturelles disponibles. Les écosystèmes forestiers d'Afrique Centrale contiennent d'innombrables richesses². La superficie du Bassin du Congo est estimée à 520 millions d'hectares et la forêt représente 200 millions d'hectares, soit 38,4 % de la superficie du bassin. C'est 30% de la couverture végétale du continent africain et 19% des forêts tropicales du monde³. Le bassin du Congo sur les plans économique et écologique est incontestablement l'espace le plus riche d'Afrique. Selon la COMIFAC, la forêt est la principale source d'énergie et de nourriture pour ses habitants. Elle apporte du charbon, du bois pour la cuisson, des aliments, des protéines par la viande de brousse et des plantes médicinales⁴.

Les menaces écologiques dans le Bassin du Congo ont attiré l'attention des ONG, des populations locales, des Etats, des partenaires au développement qui ne se contentent plus de discours, mais acceptent de négocier, de coopérer, en vue de préserver efficacement la deuxième réserve forestière du monde. Le défi de la gestion durable des ressources forestières est parmi les missions assignées à la COMIFAC. Cette mission apparait comme une solution à la sonnette d'alarme tirée par les acteurs divers et les scientifiques sur les dangers que constitue la dégradation de la biosphère du bassin du Congo⁵. L'émergence d'une demande en matière de protection de

¹ DEGNI-SEGUI (R.), *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone. Théorie et réalités*. Abidjan, CEDA, 2e éd., 2001, p. 63.

² Bois, forêts humides, variétés d'espèces animales et 10000 espèces végétales, 100 millions des personnes dont 65 pour cent de la population dépend en grande partie de l'exploitation de la forêt.

³ Selon la FAO (2000).

⁴ Voir l'état d'avancement du processus d'harmonisation de politique forestière et fiscale en Afrique Centrale.

⁵ L'environnement s'était dégradé de manière considérable avec notamment une désertification galopante, l'exploitation abusive, le déboisement, les feux de brousse, le braconnage et les commerces illicites l'exploitation abusive des ressources forestière, et l'amincissement de la couche d'ozone, causé par les gaz à effet des serres sont autant de fléaux qui menacent la forêt d'Afrique centrale.

l'environnement est une exigence et un besoin nouveau. Une demande sociale réelle qui a été mise en relief par les conférences des Nations Unies⁶ qui ont permis une prise de conscience du public sur la protection de l'environnement⁷. Face aux débâcles écologiques, les Etats de l'Afrique centrale ont agi par la Déclaration de Yaoundé de s'organiser davantage pour arrêter une politique commune en matière forestière en vue d'une gestion pour un développement durable.⁸ Avec l'appui des organisations internationales et sous régionales, la politique de conservation durable pour un développement économique constitue une réponse de la communauté internationale par rapport à la philosophie de l'Agenda 21. Le cadre d'une concertation commune au niveau des organes de la COMIFAC se révèle comme un aspect primordial dans la politique poursuivie par les institutions internationales relatives à la protection de l'environnement. La forêt a des multiples aspects notamment écologiques, économiques et sociaux. Ainsi, comme le relève Alexandre KISS, la forêt est un bien économique et que dans certains pays et dans certaines situations son rôle peut être particulièrement important pour la vie de la collectivité nationale, régionale ou locale⁹. La forêt a de cet fait une fonction vitale pour la communauté internationale parce qu'elle procure une réserve d'oxygène pour lutter contre le gaz à l'effet de serre. C'est dans ce sens qu'affirme Luc BOUTHELLIER selon laquelle « *Les fonctions écologiques assurées par les écosystèmes n'ont généralement pas de substitut* »¹⁰.

L'Afrique Centrale regroupe l'ensemble des pays que sont : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Tchad, le Rwanda, le Burundi, le Sao Tome et Principe. La politique de préservation forestière permet de valoriser les ressources naturelles du bassin du Congo. La ressource forestière considérée aujourd'hui un aspect autour duquel se fonde tous les aspects de développement économique durable. Il est important de noter que le traité relatif à la Conservation et la Gestion Durable des Ecosystèmes Forestiers d'Afrique centrale instituant COMIFAC est le cadre juridique harmonisé en matière de la conservation durable des ressources forestières. Cette cadre juridique

⁶ Il s'agit de la Conférence de Stockholm en 1972, la Conférence de Rio en 1992, la Conférence de Johannesburg en 2000.

⁷ Voir le discours de l'ex- président français lors du sommet de Brazzaville le 5 février 2005 qui estime que le commerce illicite du bois tropical du bassin du Congo entraîne une perte de 10 à 15 millions d'Euro chaque année.

⁸ Voir résolution 54 /214 relative à la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestiers d'Afrique Centrale.

⁹ KISS (A.), « Quelques idées sur la forêt et le développement durable » in, *Le droit de la forêt au XXI e siècle, Aspects internationaux*, sous la direction de Marie CORNU et Jérôme FROMAGEAU, ed., Harmattan, 2004, p. 273

¹⁰ BOUTHELLIER (L.), « Les forêts : un riche champ d'application de développement durable », in, *Droit, forêt et développement durable, acte des 1ères journées scientifiques du Réseau « Droit de l'environnement »* de l'AUPELEF-UREF à Limoge, France, 7-8 novembre 1994, sous la direction de Michel PRIEUR et Stéphane DOUMBE – BILLE, éd., Bruylant, p.60.

met en relief dans son plan de convergence le rapprochement entre les législations nationales. Il prend en considération la coopération avec d'autres institutions relatives à la conservation de la forêt en vue de répondre aux exigences de développement durable. Ainsi, La COMIFAC constitue-t-elle un cadre de gestion forestière pour un développement durable en Afrique centrale ? Autrement dit la gestion forestière par la COMIFAC rentre-t-elle dans le cadre de processus de développement durable en Afrique centrale ?

La création d'une aire sous régionale, le renforcement des protections des aires, et des réserves, la lutte contre la déforestation, le changement climatique et la désertification sont des facteurs favorables au processus de développement durable¹¹ relative à la conservation forestière. Ceci a pour résultat la lutte contre la pauvreté, l'accroissement de niveau de vie de la population. La forêt d'Afrique Centrale constitue la deuxième réserve du Monde, nécessite une protection sur le plan universel dans la mesure où elle fait partie du patrimoine commun de l'humanité. La politique commune menée par les pays de la sous région revêt un intérêt capital dans la mesure où la charte mondiale de la nature proclame : « *L'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels qui sont la source d'énergie et la matière nutritive*¹² ». Par conséquent, la lutte contre le changement climatique, la réduction des gaz à effet de serre implique l'intervention de tous les acteurs. La gestion durable des ressources forestières est un aspect indéniable dans la sous-région en ce sens que les pays d'Afrique Centrale ont besoin de gérer durablement et d'une manière concertée leurs ressources forestières pour la conservation de la biodiversité et pour la sauvegarde de l'environnement ; mondial. La destruction de la forêt se traduit par une dégradation des conditions de vie des populations et met en danger la survie même des plus pauvres. Les Etats de la sous-région dispose chacun un code forestier signale une meilleure protection juridique de la forêt. L'implication des institutions sous régionales, régionales et internationales dans la mise en œuvre de gestion durable du bassin du Congo facilite la coopération environnementale. Celle-ci est considérée comme un socle de tout développement pouvant répondre aux défis environnementaux. A cet effet, la COMIFAC est une institution d'encadrement pour un développement durable des ressources forestières dans le bassin du Congo. Elle est également perçue comme une institution phare de la politique d'harmonisation législative

¹¹ Le développement durable est défini par Louis GALLOIS, président de la SNCF comme : « *c'est une certaine forme d'humanisme ; c'est ce qui nous permet de vérifier que ce que nous faisons dans le présent n'est pas contradictoire avec ce que nous voulons pour l'avenir, pour nous-mêmes et nos enfants. Cela veut dire que les choix économiques, sociaux, environnementaux que nous faisons aujourd'hui sont cohérents avec nos ambitions de moyen et de long terme* ».

¹² Voir charte mondiale de la nature de 1992.

en matière forestière autour de laquelle se greffe la coopération pour un développement durable. S'agissant du contexte spatial et compte tenu du caractère international de la matière, l'analyse que nous devons mener portera dans une première mesure sur le champ communautaire, notamment l'ensemble des pays du bassin du Congo. Elle englobera l'ensemble des conventions internationales relatives à la protection durable des écosystèmes d'Afrique centrale. En réalité, pour le défi d'une gestion forestière pour un développement durable en Afrique centrale, il est important qu'on démontre d'une part que la commission des forêts d'Afrique centrale est un cadre de gestion forestière pour un développement durable (I) et d'autre part comme un cadre de développement de la coopération environnementale en Afrique centrale (II).

I- LA COMIFAC : UN CADRE DE GESTION FORESTIERE POUR UN DEVELOPPEMENT DURABLE EN AFRIQUE CENTRALE

Les conférences organisées par les Nations Unies relatives à la protection de l'environnement ont su donner à la communauté internationale le premier fondement du droit de l'environnement. Elle interpelle à la communauté internationale, la nécessité de préserver les ressources naturelles de la planète. C'est ainsi que la communauté des Etats de l'Afrique centrale fut créée une institution dénommée COMIFAC chargée de veiller à la conservation durable du bassin de Congo. Elle assure la mise en œuvre des normes environnementales (A) et des institutions relatives à la conservation durable du bassin de Congo (B).

A- Le cadre normatif de la gestion forestière pour un développement durable

Le cadre normatif prévu d'une gestion durable du bassin de Congo repose sur les dispositions du traité régional relatif à la conservation durable des écosystèmes forestiers en Afrique centrale (1) et d'autre part dans les législations des Etats membres (2).

1- La gestion pour un développement durable par les normes communautaires peu contraignantes

Le bassin du Congo regorge une diversité naturelle innombrable. Il est la deuxième réserve forestière dans le monde après la réserve de l'Amazonie. L'importance de son encadrement juridique se justifie par son absorption des gaz à effet de serre et ses ressources naturelles. La CEEAC¹³ est une communauté régionale choisie par l'Union Africaine en charge d'appliquer la

¹³ La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

politique continentale au sein de la région de l'Afrique centrale. Elle a été choisie pour mettre en œuvre l'initiative environnementale du NEPAD¹⁴ sur toute l'étendue de la région. Elle a pour mission d'exécuter les décisions et activités des Conférences des ministres africains d'environnement (CMDE) au niveau de l'Afrique centrale. Le traité relatif à la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestier d'Afrique centrale dont l'un de ses objectifs est de « *renforcer la coordination et la coopération entre les organisations nationales et internationales impliquées dans les actions et réflexions sur l'utilisation durable et la conservation des ressources biologiques et des écosystèmes forestiers* »¹⁵.

Le plan de convergence constitue pour la CEEAC un plan d'action de l'initiative environnementale en matière forestière accepté par le NEPAD¹⁶. Son troisième chapitre consacre l'aménagement des écosystèmes et le reboisement forestier. L'Afrique centrale regroupe la forêt du bassin du Congo¹⁷. Par ailleurs, la question prioritaire en Afrique centrale concerne la dégradation des terres et la conservation des ressources forestières. Face à cette hypothèse, Narcisse MOUELLE KOUMBI suggère la coopération en vue d'harmoniser ou de coordonner les politiques de comportement et de réaliser les opérations collectives ou institutionnelles¹⁸. Les États membres de la CEEAC conviennent de collaborer pour la mise en œuvre des Conventions relatives à la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestiers d'Afrique Centrale. Le plan de convergence est une plateforme prévue par les membres de la COMIFAC en vue de mettre en œuvre des différentes conventions sous régionale relatives à la protection de l'environnement et particulièrement pour une gestion durable des écosystèmes durable en Afrique Centrale. La lecture de l'article 3 du plan de Convergence prévoit la récupération de terres dégradées, la régénération des terres dégradées, et la lutte contre la surexploitation des ressources naturelles.

La CEEAC mène ses actions dans la politique agricole et la sécurité alimentaire comme le souligne bien Emmanuel Delphine-Edith : « *Le plan de convergence tente de concilier les impératifs de convergence et le développement jusqu'à- là considérer comme antinomiques par les pays en voie de développement* »¹⁹. Pour un développement durable, les États de l'Afrique

¹⁴ Nouveau Partenariat pour le Développement en Afrique.

¹⁵ Voir article 1^{er} du traité relatif à la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestiers d'Afrique centrale.

¹⁶ Le plan de convergence est un plan de génération de la commission des forêts de l'Afrique centrale (COMIFAC) qui définit 10 priorités d'intervention de gestion forestière et de conservation à l'échelle des membres.

¹⁷ Le bassin du Congo conserve 520 hectares de km² ; donc il est la deuxième réserve forestière après celle de l'Amazonie.

¹⁸ KOUMBI MOUELLE (N.), « Entre interétatisme et supranationalisme » in *intégration régionale en Afrique centrale, bilan et perspective*, édition KATHALA 2003, p. 205.

¹⁹ EDITH Delphine (E.), « La commission des forêts d'Afrique centrale », *RJE* n° 2/2007, p. 211.

centrale doivent adopter la politique de régénération, de reboisement forestier et de la lutte contre la désertification. Celle-ci s'inscrit parmi les priorités des mécanismes de la conservation forestière des Etats membres. À l'opposé, le défrichement et la déforestation de grandes parcelles visant l'augmentation de surface agricole modifient la composition de l'humus et la formation du sol du fait du remplacement de la végétation primitive diversifiée par une végétation secondaire²⁰. Pour freiner cette débâcle écologique, un accord est signé entre la COMIFAC²¹ et la CEMAC en vue de développer les stratégies d'action nécessaires à la conservation et à la gestion durable de l'environnement en général et des forêts en particulier²². Cet accord prévoit les échanges d'informations, de documents, la coopération technique, l'action commune et la représentation réciproque²³. Il ne devrait pas se limiter entre ces deux institutions, il devrait s'élargir à toutes les organisations sous- régionales en matière de conservation forestière pour un développement durable. Si la CEFDHAC²⁴ encourage la conservation des écosystèmes forestiers de la sous-région et l'utilisation de façon durable et équitable des ressources²⁵, elle répond à la participation à la gestion durable et la lutte contre la pauvreté. La CEFDHAC et le RAPAC²⁶ constituent les maillons essentiels de la prise de décisions relatives à la gestion des ressources naturelles. Ils interviennent dans les diffusions de l'information environnementale, de l'échange et du partage des idées, des méthodes et des moyens en Afrique centrale²⁷. Le RAPAC par contre traduit la politique d'aménagement, de gestion efficace et participative des aires protégées existantes ou en voie de création et leur périphérie²⁸. Ces organismes travaillent en permanent en vue de mettre en place des stratégies nationales de contrôle de l'exploitation des produits forestiers et fauniques pour faire face au développement des activités illégaux²⁹.

Par ailleurs, la « Déclaration des principes, non juridiquement contraignant. » sur les forêts suscite des difficultés de contraindre les Etats forestiers à mettre en place une protection efficace. Cette difficulté de gestion forestière est soulevée par Maurice KAMTO en ces termes : « *les Etats forestiers veulent rester maître de leurs ressources et l'on ne peut faire autrement que d'attirer*

²⁰ V. <http://pourunmondequichange.com/> consulté le 26 mai 2013.

²¹ La Commission des Forêts d'Afrique Centrale.

²² Accord de coopération n°49/03- UEAC-114-CM-10 entre la COMIFAC et la CEMAC.

²³ V. art. 1^{er}, 2, 3,4 de l'accord précité.

²⁴ Conférence sur les Ecosystèmes de Forêts Denses et Humides d'Afrique Centrale.

²⁵ V. art. 20 de la CEFDHAC.

²⁶ Réseau des Aires Protégées d'Afrique Centrale, créé le 31 mai 2000 et révisé le 18 février 2007 au Gabon..

²⁷ MAKON (S.), *Bilan et analyse des partenariats dans la gestion forestière dans le bassin du Congo*, UICN, 2005, p. 62.

²⁸ V. art. 3 du statut de RAPAC.

²⁹ Voir le chapitre 5 sur la valorisation durable des ressources forestières du plan de convergence, p. 61.

leur attention sur l'intérêt écologique collectif desdites ressources et de les amener à les gérer dans l'intérêt de l'environnement mondial »³⁰. La COMIFAC, étant le cadre d'une gestion durable des forêts d'Afrique centrale doit mettre en place des stratégies efficaces contre les exploitations abusives des écosystèmes forestiers dans le bassin de Congo. Elle doit également coordonner tous les acquis nécessaires notamment à la surveillance de l'exploitation forestiers, le partage des informations et la collecte des données, l'utilisation des technologies nouvelles et de savoir-faire des populations en vue de pérenniser les ressources du bassin profitable pour la génération présente et future. Selon Alexandre KISS, la forêt joue un rôle économique et social, ajouté à leur importance pour l'environnement, les forêts peuvent être considérées non seulement comme un élément essentiel, mais comme le symbole même du développement durable³¹. POORE suggère que le développement durable en foresterie devienne une manière progressiste d'aménager les forêts afin de rencontrer des aspirations sociales changeantes³². En effet, l'encadrement normatif peu contraignant d'une gestion durable des écosystèmes forestier d'Afrique centrale est principalement l'œuvre des différentes conventions de la sous-région et aussi la réglementation par les Etats membres de la CAMIFAC.

2- Une gestion lacunaire pour un développement durable par des normes nationales

La constitution est le texte fondamental d'un Etat, un instrument à travers lequel on peut identifier la volonté d'un Etat à concrétiser une règle juridique. Ainsi, l'introduction dans la constitution des Etats membres du droit à un environnement sain et la mise en place d'un code forestier dans chaque Etat membre marquent la volonté de l'Etat d'une gestion durable des écosystèmes d'Afrique centrale en vue de parvenir au développement durable. Ces deux aspects sont indispensables à assurer une gestion des écosystèmes forestiers pour un développement durable dans le bassin de Congo. Les Etats du bassin du Congo face aux multiples causes qui menacent leurs écosystèmes, ont mis en place une sécurité juridique remarquable. C'est parce que lors de la Conférence de Stockholm en 1972, les Etats en ont pris conscience de sauvegarder durablement leurs ressources naturelles. Les textes juridiques permettent de limiter les causes de

³⁰ KAMTO (M.), « les forêts, patrimoine commun de l'humanité » et droit international » in, *Droit, forêt et développement durable*, op.cit., p.60.

p.87.

³¹ KISS (A.), « Quelques idées sur la forêt et le développement durable » in, *Le droit de la forêt au XXI^e siècle, Aspects internationaux*, sous la direction de Marie CORNU et Jérôme FROMAGEAU, ed., Harmattan, 2004, p.270.

³² BOURTHELLIER (L.), « Les forêts : un riche champ d'application du développement durable » in *Droit, Forêts et développement durable*, op.cit., p.62.

la destruction de la forêt (feux de brousse, incendie de forêt, coupes de forêt, agriculture)³³. C'est la raison pour laquelle l'édification du code forestier ou des lois dans bon nombre des pays réglemente la conservation forestière et sanctionne également les abus liés à l'exploitation abusive. L'on peut relever dans chacun des Etats membres de COMIFAC, l'exploitation des ressources naturelles se passe de manière peu rationnelle de nos jours.

En outre, les pays de la sous-région n'ont pas voulu élargir le débat doctrinal par rapport à la valeur juridique du préambule d'une constitution. Seul le Cameroun dans sa constitution du 18 janvier 1996 a prévu : « *toute personne a droit à un environnement sain. La protection de l'environnement est un devoir pour tous, l'Etat veille à la défense et à la promotion de l'environnement* »³⁴. Pour éviter ce débat doctrinal, le constituant Camerounais a prévu dans la constitution en son article 65 que le préambule fait partie intégrante de la constitution. A partir de cette énonciation, on peut relever plusieurs observations. D'abord, l'Etat doit veiller non seulement à la défense et à la promotion de l'environnement, mais aussi édifier les règles juridiques sectorielles par rapport à la protection de la forêt. C'est ainsi que la loi³⁵ cadre N° 96/12 du 05 Août 1996 et la loi N° 94/01 du 20 février 1994 portant régime des forêts et de la faune ont été votées et promulguées. En outre, la plupart des pays de l'Afrique centrale disposent d'une législation et d'une réglementation orientée vers le développement durable. La protection de l'environnement n'incombe pas seul à l'Etat et chaque citoyen selon KAM YOGO « **peut efficacement assurer son droit constitutionnel de protéger l'environnement** »³⁶ Selon le même auteur, les dispositions du préambule de la constitution de 1996 « **correspondent à la philosophie de Rio** »³⁷. La population bénéficie de l'accès à certaines informations environnementales³⁸, la participation aux décisions environnementales et le devoir de veiller à la sauvegarde de l'environnement. Il faut signaler la présence aussi de plusieurs décrets³⁹ et arrêtés relatifs à l'application de la nouvelle loi de 1994.

³³Voir thèse BAMBA Célestin Modeste soutenu à l'Université de Yaoundé I sur le thème « L'Afrique et son patrimoine forestier : Essais sur la problématique générale du droit forestier en Afrique de l'Ouest et du centre, page 12.

³⁴ Voir le préambule constitution Camerounaise de 1996, voir également l'article 35 de la constitution Congolaise du 21 janvier 2002, les articles 9,47, et 48 la constitution de la RCA.

³⁵ Loi N° 296/12 au 05 août 1996 portant loi cadre relative à la gestion de l'environnement. Art 5 dispose que « les lois et règlements doivent garantir le droit de chacun à un environnement sain et assurer un équilibre harmonieux au sein des écosystèmes et entre les zones urbaines et les zones rurales ».

³⁶ KAM YOGO, « l'influence du droit International des droits de l'homme sur la loi constitutionnelle de 1996 in *la Constitution Camerounaise de 1996 : Bilan et perspective* », Afrédit, octobre 2007, p.182.

³⁷ Ibid. p.185.

³⁸ Voir l'article 26 de la Convention de lutte contre la désertification.

³⁹ décret N°99/370 du 19 mars 1999 relatif au programme de sécurisation des recettes forestières au Cameroun.

L'Etat doit aussi veiller à ce que chaque citoyen ait le privilège de vivre dans un environnement sain, propice à son épanouissement intégral.

A cet égard, la volonté des Etats d'insérer les dispositions relatives au droit à un environnement sain dans leur constitution, marque une évolution considérable par rapport à leur position d'avant les années 1990. Durant cette date et selon KAMTO, les constitutions africaines ne contenaient pas les dispositions relatives à l'environnement dans le bassin du Congo⁴⁰. En effet, selon la FAO, la forêt du bassin du Congo constitue le deuxième poumon de la terre après la forêt amazonienne. Il faut néanmoins louer la volonté des hommes politiques de l'Afrique centrale qui ont essayé de donner des objectifs un peu plus proches de ceux de l'Union Européenne. La politique communautaire de l'Union Européenne a abouti à la coordination des accords environnementaux relatifs à l'harmonisation⁴¹. C'est précisément à partir de la conférence de STOCKHOLM de 1972 que les Etats du bassin du Congo ont mis sur leur programme respectif la nécessité de mettre en place le code forestier ou loi relative à la pollution de la forêt. D'une manière générale, la plupart des pays de l'Afrique Centrale ont donné une nouvelle orientation juridique après la Conférence de 1972, en vue d'une gestion durable de leur espace forestier. Les renouvellements des législations forestières orientées vers la gestion durable de l'écosystème forestier suivent les recommandations et directives de l'OIBT dont la majorité est membres à l'exception de quelques pays⁴². D'une part les politiques et les législations du secteur forestier bien qu'étant en quelque sorte spécifiques à chacun des pays, se caractérisent globalement par les objectifs de politique globale qui est suivie par des objectifs spécifiques réalisés à juste titre après la Conférence de Rio de 1992 et d'autre part, la participation des populations rurales, les secteurs privés et les ONG dans la gestion des ressources naturelles⁴³. Le processus d'une gestion forestière pour un développement durable ne peut se réaliser que par la mise en œuvre des différentes normes par l'intervention des institutions communautaires, qui sont le cadre idoine d'une réalisation.

-décret N) 2000/092 du 27 mars 2000 modifiant le décret N° 95/531 du 23 août 1995 fixant les modalités d'application du régime des forêts au Cameroun.

- arrêté N° 222/A/met ; 25 mars 2002 relatif à la procédure d'élaboration, d'approbation et de suivi et de contrôle de la mise en œuvre des plan d'aménagement des forêts et de production du domaine forestier permanent au Cameroun

40KAMTO (M.) , *Le droit de l'environnement en Afrique*, Édition EDICEF, 1996, p. 66 à 67

41 (940000 hectares selon Fao 2001).

42Les pays suivant ne sont pas membre de OIBT, il s'agit de Guinée Equatoriale, Burundi, Rwanda Tome et Principe.

43 Voir principe 22 sur la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

B- Le cadre institutionnel de la gestion forestière pour un développement durable

Les institutions de la mise œuvre des traités COMIFAC à la réalisation du plan de convergence s'articule autour des fora nationaux dans chaque Etats membres (1) et, le rôle des fora sous régionaux dans le cadre de l'exécution du plan de convergence (2).

Page | 12

1- Le rôle des fora nationaux pour un développement durable

Le forum national est une plate -forme de travail chargée de suivi, de l'évolution, de la mise en œuvre des directives et des résolutions du plan d'action prioritaire de la conférence des ministres au niveau national. En d'autres termes, c'est un atelier de travail et de réflexion concernant la conservation de la gestion durable des forêts. Le forum national est organisé par chaque Etat membre une à deux fois par an. Il regroupe plusieurs acteurs notamment les sociétés civiles, la population, les parlementaires, les ONG, l'administration, les partenaires aux développements, les bailleurs de fonds et les acteurs du secteur privé. La CEFDHAC est choisie par le traité COMIFAC pour la réalisation des mesures prises au sein des forums nationaux tel que prévu par l'article 31 du traité. Ce forum sert à arrêter les voies et moyens à prendre concernant à la gestion durable de l'écosystème forestier et adopter un code d'éthique définissant le « 4R »⁴⁴. Les Etats de l'Afrique centrale hésitent du fait de l'absence d'une convention internationale relative aux forêts tropicales dont la gestion est aujourd'hui est ténébreuse. Cette hésitation se justifie par le fait que, les pays développés en vertu de l'internationalisation de gestion forestière et leurs technologies inavouées peuvent de ce fait les exploiter en leurs faveurs. Les ressources forestières constituent selon Bernard GOURY, un maillon essentiel de l'aménagement du territoire, une possibilité nouvelle de développement économique, sociale voire culturelle⁴⁵. Il faut dès lors remarquer que le véritable défi de la gestion durable des écosystèmes forestiers du bassin du Congo devrait s'apparenter vers une bonne gestion nationale.

Ethique environnementale faudrait que l'implication de la population locale à la protection de l'environnement en générale doive être définie dans un texte juridique. Le code éthique permet d'éviter l'interprétation du rôle et des responsabilités respectives des différents acteurs du secteur forestier, car leur imprécision est souvent erronée et incomplète. Pour éviter l'incompréhension voire des conflits entre les parties prenantes, cette initiation permet aux institutions impliquées

44Expression tirée du document opérationnalisation du plan de convergence qui signifie right pour droit, responsabilité, revenu et relation entre parties prenantes, page 77.

45 GOURY (B.), « La forêt ou l'éternel défis » in, *Le droit de la forêt au XXI e siècle, Aspects internationaux*, op.cit, p.57.

d'assurer pleinement leur responsabilité pour une gestion stable des écosystèmes forestiers du bassin de Congo. En effet, à partir de cette mobilité, on parvient à la réalisation des objectifs de développement durable dans la sous-région.

Le forum national est le lieu de concertation nationale des différents acteurs du secteur forestier. Les acteurs locaux grâce à leur maîtrise parfaite du milieu constituent un signe de facilitation de gestion de ressources naturelles. Par conséquent, la mise en œuvre de la stratégie d'implication des populations locales et autochtones demande beaucoup de moyens techniques et financiers pour accompagner les populations et leurs représentants, afin qu'elles assument progressivement les tâches qui leur reviennent dans ce cadre. Il s'agit notamment d'assurer la formation des membres du comité de gestion et de faire en sorte que ce comité soit autonome. Dans une déclaration des ONG et population locale d'Afrique centrale lors de la conférence de CEFDHAC : « les ONG et les populations autochtones et locales invitent la communauté de bailleurs de fonds à soutenir la CEFDHAC institutionnalisée afin de présenter son statut actuel de plate-forme de concertation, lieu par excellence d'échange d'information et d'expériences en vue d'une gestion durable de l'ensemble des ressources biologiques en Afrique Centrale »⁴⁶. En fait, la COMIFAC est l'institution sous-régionale de référence en matière de l'harmonisation des politiques forestières⁴⁷. La gestion de l'environnement par une association peut faciliter l'intégration par la population comme par les collectivités locales, un impératif de protection et de développement durable. La participation du citoyen lui donne la possibilité de s'informer, pendant que l'information renforce ses capacités à participer.⁴⁸

En effet, la concertation régionale vise la mise en place d'un code éthique dans chaque pays membre. Les acteurs doivent débattre librement des problématiques liées à la gestion forestière afin de proposer des solutions adaptées à chaque contexte. Le forum national peut décider ensuite de se constituer en comités spécialisés par rapport aux problèmes spécifiques à étudier. Le forum est dirigé par un Président qui est assisté d'un Secrétaire nommé par le Ministre en charge des forêts⁴⁹. Le code éthique au niveau national implique le consensus commun à

46 Extrait de déclaration des ONG et des populations autochtones et locales d'Afrique Centrale lors de la 4ème conférence de CEFDHAC du 10 au 13 Juin 2002.

47 OUMBA (P.), « Le rôle des organisations sous régionales dans l'intégration et le développement du droit international de l'environnement en Afrique centrale » in *revue africaine de droit de l'environnement*, n° 00, 2013, p.46.

48 DONOUMASSOU (M.P.S.), « La démocratie environnementale pour une protection durable de l'environnement en Afrique » in *Revue africaine de droit de l'environnement*, n° 00, 2013, p.102.

49 Voir article 30 du traité COMIFAC.

l'ensemble des acteurs locaux, lequel facilitera l'instauration sur le plan sous régional du code éthique. Ainsi donc, cette initiative permet d'ores et déjà de former les citoyens écologiques qui répondent à l'aspiration de l'idée de conservation et du développement durable. La conservation forestière constitue une des conditions relatives à la survie de l'humanité et du développement durable. En d'autres termes, le développement durable est selon Jacques LIAGRE est « *la possibilité offerte aux hommes d'améliorer leurs sort, de développer leur niveau et leurs conditions de vie, leurs ressources, leurs moyens d'existences* »⁵⁰. L'idéal c'est exploiter rationnellement les ressources disponibles en tenant compte des besoins des générations présentes et futures. Les Etats membres de COMIFAC ont une double responsabilité. D'une part faciliter l'amélioration des conditions de vie de populations en leur donnant l'accessibilité aux ressources exploitées afin de satisfaire les besoins vitaux, d'autre part, assurer une transmission des richesses naturelles aux générations à venir pour qu'elle ne subissent pas les effets de l'exploitation des forêts du bassin du Congo. La volonté de gérer les forêts du bassin du Congo est beaucoup plus consacrée dans le cadre sous régionale.

2- Le rôle des fora sous régionaux dans la gestion durable des écosystèmes forestiers

Le rôle des fora sous régionaux est de plusieurs ordres. Ils assurent l'encadrement technique, l'élaboration d'un code éthique et l'implication des autres acteurs. En ce qui concerne l'encadrement technique, la présence des institutions, organismes du secteur forestier dans le forum national détermine le nouvel élan dans la politique de la conservation forestière. Ainsi par exemple la FAO a initié un projet d'appui à la COMIFAC dans la mise en œuvre d'un certain nombre d'activités du plan de convergence. Il s'agit d'une gestion durable des ressources forestières à travers ses différents instruments juridiques. Pour remplir efficacement ses missions de suivi et de coordination, le secrétariat exécutif a mis un point focal dans chaque Etat membre qui servira de relais avec l'appui de G I Z⁵¹. La rencontre puisse générer le minimum de sécurité et aborder les questions environnementales de manière constructives pour les biens être de la population.⁵²

50 LIAGRE (J.), « Développement durable ou des forêts et des hommes », *Le droit de la forêt au XXI e siècle, Aspects internationaux*, op.cit., p.289.

51 Voir bilan des activités de la COMIFAC 2004 -2006 p . 9.

52 BOURTHELLIER (L.), « les forêts : un riche champ d'application du développement durable » in *Droit, Forêts et développement durable*, op.cit., p.64.

Les pays du bassin du Congo sont actuellement engagés dans le processus de gestion durable des forêts. C'est pourquoi plusieurs organisations interviennent dans le domaine d'aménagement des gestions durables des forêts. C'est le cas du Cameroun⁵³, du Gabon⁵⁴ et du Congo⁵⁵ avec lesquels l'OIBT intervient dans la technique d'amélioration de la législation forestière ; la promotion du développement par l'utilisation durable des ressources forestières. La promotion de la reforestation et la restauration des forêts dégradées est l'une des mesures actuelles pour combattre la déforestation. Les organismes impliqués dans la gestion des ressources naturelles sont multiples. On peut citer le W.C.S qui intervient au Cameroun, au Congo, au Gabon et en RDC dans le développement des initiatives de protection de la faune dans les concessions forestières (cas du Congo et du Cameroun dans la protection de la biodiversité et la sensibilisation).

En plus, nous pouvons signaler aussi l'appui technique de l'AFD dans le cadre du projet de la conservation et de l'utilisation rationnelle des écosystèmes forestiers d'Afrique Centrale.⁵⁶ La réalisation des projets dans le bassin du Congo ne sera efficace qu'avec l'intervention des acteurs locaux. La forêt du bassin du Congo bien que localisée dans cet espace géographique de l'Afrique centrale mérite une attention particulière du fait de sa fonction vitale pour l'humanité en générale. Ainsi, comme le relève DUBRAVKA BOJIC, la forêt absorbe le gaz carbonique et dégage l'oxygène au cours du processus de photosynthèse, elle aide à contrôler la teneur en gaz responsable de l'effet de serre et crée l'atmosphère indispensable au maintien de la vie⁵⁷. La concertation régionale pour la gestion durable des écosystèmes forestiers est une solidarité environnementale de relever les défis de la conservation durable de la forêt. Elle constitue également la rencontre entre le comité villageoise, les partenaires nationaux et internationaux. Cette concertation constitue selon Stéphane DOUMBE-BILLE (s) « *l'approche pour les programmes d'actions nationaux, sous régionaux et régionaux, a pour but de faciliter la*

53 Gestion durable dans le projet :

- Gestion durable de la forêt de So'o Lala 1992- Aménagement durable de la réserve forestière Sud Ba kundu 1993
- Projet d'aménagement participatif de Sikop (Noun 1995).

54 Exemple du projet d'élaboration d'un plan directeur en matière d'industrialisation de la filière Droit au Gabon en 1996.

55 Etude des capacités des recherches forestières dans le bassin du Congo.

56 MAKON (W), Bilan et Analyse des expériences des partenariats en gestion forestière dans le Bassin du Congo, juin 2005, p. 59.

57 DUBRAVKA BOJIC « Aspects institutionnels et financiers de la protection des forêts en droit international », in *Droit, forêts et développement durable*, op.cit., p.433.

réalisation de l'objectif de la convention »⁵⁸. En outre, cette initiative freine la disparition alarmante de grandes forêts de la terre à raison de 11 millions d'hectares par an et à l'heure actuelle, affaiblit la capacité de la végétation d'absorber le gaz carbonique qui a pu assurer un certain équilibre de l'atmosphère pendant des millénaires⁵⁹. La mondialisation ne se limite pas à certains aspects, il faut dès lors percevoir la globalisation dans le domaine écologique parce que l'absorption des gaz à effet de serre a un impact planétaire. C'est la raison pour laquelle BLUM Roland voit la mise en place d'une norme communautaire comme une médiation. A cet effet, il déclare que : « *La régionalisation constitue une réponse à la mondialisation dès lors qu'elle n'apparaît pas comme une forteresse mais plutôt comme un filtre, une médiation entre un global trop abstrait et un local trop étroit* »⁶⁰.

Pour renforcer cette initiative, les pays de la COMIFAC doivent au préalable signer et ratifier les conventions et accords sous régionaux et internationaux relatifs à la protection de l'environnement en générale et la conservation de la forêt en particulier. On peut citer entre autres le traité COMIFAC, l'Accord OCFA, et l'ADIE, convention en biodiversité, la convention sur le changement climatique, la convention de BAMAKO, la convention d'Alger, la convention des CITES et la convention de lutte contre la désertification. Dans le cadre sous régional, la COMIFAC recommande les pays membres à signer une convention contre l'exploitation illicite de la forêt, contre le braconnage, et à élaborer un code éthique dans l'espace COMIFAC où tous les acteurs du domaine forestier seront impliqués pour la mise en œuvre des normes communautaires.

Sur le plan fiscal, le taux de taxation pour combler les besoins de la COMIFAC est estimé à 0,1% de la valeur déclarée à l'importation des produits originaires des pays tiers à l'espace CEEAC. Les normes de gestion de ce prélèvement seraient identiques à celles définies pour les prélèvements CEMAC et CEEAC⁶¹. A travers ces facteurs, on peut y voir la réalisation d'une gestion rationnelle durable des écosystèmes forestiers dans les pays membres de la COMIFAC. Les Etats membres doivent s'assurer que, la gestion forestière est une étape essentielle pour un développement durable. Pour la communauté locale, la conservation forestière est idéale pour voir leurs conditions de vie améliorées. Puisque l'homme fait partie de la nature comme la nature fait

58 DOUMBE- BILLE (S.) : « le droit de l'environnement et l'adaptation aux changements planétaires » in mélange M. PRIEUR, *Pour un droit commun de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2007, p. 93.

59 KISS (A.) protection de l'atmosphère : un exemple de mondialisation des problèmes, AFDI, N°34, 1988, p.706.

60 BLUM (R.), *Mondialisation : chances et risques*, Rapport de la commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, n°1963, 1999, p.47.

61 Voir bilan des activités de la COMIFAC septembre 2004 – Août 2006, page 9.

partie de l'homme. Autrement dit, cette conception est reprise par Jacques LIAGRE selon laquelle « *on était parti de la nature pour arriver à la nature et Homme étant hors jeu, on aboutissait inévitablement à une conclusion inhumaine* »⁶² Ainsi, elle constitue une source d'alimentation pour leur survie, elle permet l'accroissement économique en limitant l'exploitation forestières à leur profil c'est-à-dire développer une exploitation locale permettrait d'accroître l'emploi et le développement sociale et économique.

II- LA COMIFAC : UN CADRE DE DEVELOPPEMENT DURABLE DE LA COOPERATION ENVIRONNEMENTALE EN AFRIQUE CENTRALE

Le processus de la gestion forestière pour un développement durable se réalise dès lors que la COMIFAC prévoit une coopération pour un développement durable aussi bien dans le cadre régional (A) et universel (B).

A- La coopération régionale en faveur de la gestion pour un développement durable

La COMIFAC, en vue d'un développement durable nécessite d'une part l'intervention des organisations d'intégration sous régionales (1) et d'autre part les institutions de mise en œuvre de plan de convergence (2).

1- L'apport des institutions d'intégration sous régionale pour un développement durable

La CEMAC et la CEEAC sont deux institutions d'intégration nationale dans la mise en œuvre d'une politique forestière commune en vue d'instaurer une conservation pour un développement durable dans le bassin de Congo.

La CEEAC est une communauté régionale choisie par l'Union Africaine en charge d'appliquer la politique continentale au sein de la région d'Afrique Centrale. Elle a été choisie pour mettre en œuvre l'initiative environnementale du NEPAD sur toute l'étendue de la région. En fin, elle a pour mission d'exécuter les décisions et activités de la Conférence des Ministres Africains de l'Environnement (CMAE) au niveau de l'Afrique Centrale. Ainsi donc, le plan de convergence constitue pour la CEEAC, le plan d'action de l'initiative environnementale du NEPAD. La substance des articles 43 et 54 relatifs à la coopération en matière d'agriculture, alimentaire et en matière d'énergie et des ressources naturelles, constitue les arguments juridiques

⁶² LIAGRE (J.), « Développement durable ou des forêts et des hommes », *Le droit de la forêt au XXI^e siècle, Aspects internationaux*, op.cit., p. 289.

de la politique environnementale⁶³. Selon MOUELLE KOMBI, la coopération vise à harmoniser ou à coordonner des politiques, comportements et à la réalisation d'opérations collectives ou institutionnelles, c'est-à-dire elle n'est pas addition mais addition des acteurs⁶⁴. Les Etats membres de la CEEAC conviennent de collaborer pour la mise en application des 10 axes prévus en Avril 2004 à Brazzaville sur l'élaboration du plan d'action environnementale du NEPAD pour l'Afrique Centrale. Le développement durable garantit la gestion de la conservation forestière en mettant en place les éléments juridiques qui répondent à l'aspiration de la politique en environnement. Ce mécanisme juridique vaudrait que les Etats de la COMIFAC mettent en place un système juridique qui intègre les nouvelles données c'est-à-dire les enjeux environnementaux, accueil du public, éco certification. La nouvelle responsabilité de ces Etats de faire glisser une part de responsabilité vers les collectivités territoriales décentralisées en vue de parvenir à un développement local de proximité⁶⁵. Le transfert des compétences vers les entités décentralisées doit tenir compte des apports des populations dans la gestion des forêts pour un bon développement durable. La population doit être un acteur de développement durable car leur regroupement dans le cadre de leur comité de développement va faire en sorte que le volet de la conservation des ressources naturelles a une place de choix.

Il faut dès lors remarquer que la communauté des Etats de l'Afrique centrale a des peines à mettre en œuvre les objectifs de développement durable. Elle recouvre le bassin du Congo c'est-à-dire le deuxième réservoir forestière du monde dans laquelle les institutions étatiques sont fragiles à cause des guerres civiles, constantes depuis leur accession à l'indépendance. Il faut donc associer la population dans les projets de développement car « *un développement fondé sur des valeurs endogènes et, souvent, communautaire, peut devenir durable et reproductible* »⁶⁶. En effet, il faut joindre Etienne LE ROY dans sa conception selon laquelle les Etats doivent « *apprendre à conjurer le global et le local pour une meilleure compréhension des modes spécifiques d'articulation des rapports sociaux et juridiques dans chaque société* »⁶⁷. Ainsi, pour parvenir à

63 Voir article 43 et 54 du traité instituant la CEEAC.

64 MOUELLE KOMBI (N.), « entre interétatisme et supranationalisme » in intégration régionale en Afrique Centrale, op. cit., p. 205.

65 GOURY (B.), « La forêt ou l'éternel défi » in, *Le droit de la forêt au XXI^e siècle*, op.cit., 2004, p.60.

66 Ministère de la recherche et de l'espace, Environnement et Développement durable ; contribution de la recherche Française dans les pays en développement, Paris, 1991, p. 6.

67 LE ROY (E.), « rapport général sur « les droits des populations autochtones et les forêts » principalement dans certaines pays francophones d' »Afrique noire », in *Droit, forêts et développement durable*, op.cit., p.419.

une solution durable, il faut renforcer les mécanismes des gestions forestières dans le cadre de la COMIFAC, en leur octroyant des moyens suffisants.

Quant à la CEMAC, elle agit dans le domaine de l'environnement en Afrique Centrale, notamment dans le cadre de la politique agricole et la sécurité alimentaire. La CEMAC a ouvert le dialogue avec la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification. En plus, un accord de coopération est signé entre la COMIFAC et la CEMAC en vue de développer des stratégies d'action nécessaires à la conservation et à la gestion durable de l'environnement en général et de la forêt en particulier⁶⁸. Les deux organisations peuvent élaborer des programmes et des projets conjoints nécessaires à cette fin⁶⁹. Cet accord vise entre autres les échanges d'informations, de documents, la coopération technique, l'action commune et la représentation réciproque⁷⁰. En absence d'une convention internationale relative à la protection des forêts, et en vertu du caractère non contraignante de normes environnementales, les Etats membres de COMIFAC sont tenus à scruter au sens large les conventions dites des Rio (biodiversité, changement climatique et lutte contre la désertification). Ainsi les « Déclarations des principes » sont devenues des données juridiques générales auxquelles les Etats s'accrochent sur certaines dispositions pour affirmer leur souveraineté étatique. Selon Stéphane DOUMBE-BILLE, la Déclaration de principes constitue « *« une plateforme » d'une gestion nationale de caractère participatif fondée sur une conservation forestière solidairement assurée et orientée vers la valorisation économique et commerciale des produits forestiers dans le respect des droits et des savoirs des populations autochtones et locales* »⁷¹. La gestion durable de la forêt doit tenir absolument des enjeux économiques, sociaux et culturels de la localité. Pour cela la coopération dans le cadre de la COMIFAC nécessite la prise en compte du plan de convergence.

2- Les institutions de mise en œuvre de plan de convergence pour un développement durable

Les organisations de réalisation du plan de convergence de la COMIFAC est assurée par la CEFDHAC et le RAPAC. Ils participent à la gestion des ressources naturelles forestières dans le bassin du Congo. En effet, ce sont ces organismes qui sont les maillons essentiels de la prise de

68 Accord de coopération N° 49/03 - UEAC - 114 - CM -10 entre la COMIFAC et la CEMAC.

69 Voir article 1er dudit accord.

70 Voir articles 3,4, 5 et 6 de l'accord précité.

71 DOUMBE-BILLE (S.), « La forêt à l'aube du XXI^e siècle- Aspects politiques et juridiques » in, *Le droit de la forêt au XXI^e siècle*, op. cit., p.132.

décisions relatives à la gestion des ressources naturelles. Ils interviennent dans la diffusion de l'information environnementale, de l'échange, de partage des idées, des méthodes et des moyens en Afrique Centrale⁷².

La CEFDHAC regroupe l'ensemble des parties prenantes qui participent dans la conservation et l'utilisation des écosystèmes des forêts denses et humides de la sous-région. Selon MAKON, la CEFDHAC constitue aussi un cadre de compréhension des principes de gestion et des pratiques forestières durables, des enjeux politique, économique et sociale. Elle se rattache sur le plan international à la COMIFAC par le biais de l'article 34 al 5 qui dispose que « la conférence sur les écosystèmes des forêts denses et humides d'Afrique Centrale (CEFDHAC) prend en charge la gestion des ressources, de concertation au sein des fora nationaux et sous régionaux et de leurs commissions spécialisées sur l'économie forestière, la biodiversité et le renforcement des capacités, la gouvernance, l'institution »⁷³.

En outre, l'objectif de la CEFDHAC est d'encourager les acteurs de la gestion des forêts d'Afrique Centrale, à conserver leur écosystème forestier et à veiller à une utilisation durable et équitable des ressources naturelles. Elle est en collaboration avec l'agence de facilitation⁷⁴. La gestion durable du bassin du Congo est un patrimoine commun de l'humanité, la forte absorption des gaz à l'effet de serre est un atout pour la communauté internationale. L'encadrement normatif et institutionnel est limité en droit international, le financement peu disponible fait interroger la communauté internationale de faire face aux défis planétaires de la gestion forestière pour un développement durable et le changement climatique. La conservation du bassin du Congo va dans ce que pensent Alexandre Charles KISS et DUBRAVKA « *certaines biens se trouvant sous la souveraineté des Etats ont un intérêt qui concerne toute l'Humanité et doivent de ce fait être conservés par les soins de la communauté internationales toute entière* »⁷⁵.

Le réseau des aires protégées d'Afrique Centrale (RAPAC) regroupe les administrateurs en charge des aires protégées de sept pays d'Afrique Centrale⁷⁶. Son siège est à Libreville au Gabon, regroupe les directeurs en charge des aires protégées dont 8 réserves sont conservées. Il

72 Voir MAKON (S.), bilan et analyse des partenariats ...op. cit. , page 62.

73 Voir article 34 et 5 de statuts de COMIFAC.

74 Il s'agit de l'UICN qui est l'agence de facilitation de la CEFDHAC.

75 KISS(A.C) et DUBRAVKA (B.), « aspects institutionnels et financiers de la protection des forêts en droit international », in Droit, forets et développement durable, Acte des 1^{eres} journées scientifiques du réseau « Droit de développement », op.,cit., p.440.

76 Parmi les pays membres de la COMIFAC, seuls la RDC, le RWANDA et le BURUNDI ne sont pas encore membres du RAPAC.

est né de l'exigence de l'ECOFAC et de la volonté de maintenir une structure technique pour poursuivre la mise en place d'une stratégie concertée et globale de la gestion rationnelle des forêts dans le bassin du Congo pour un développement durable.

Parmi les réserves, on peut citer la réserve de faune de Dja au Cameroun ; le parc National de Birungu (12760 ha) au Gabon. Le handicap de cette association est qu'elle ne regroupe pas tous les Etats de la COMIFAC. Or en prenant l'exemple de la RDC qui a la plus grande réserve de forêt de l'Afrique Centrale avec ses parcs des Virunga situés dans la province du Nord Kivu, le long des bordures frontalières du Rwanda et de l'Ouganda ; il est mieux placé pour constituer avec ses voisins une grande aire protégée comme Tri Nation Sangha (TNS) et le TRIDON⁷⁷. Face à la surpopulation et l'extension de l'agriculture, les réserves et les aires protégées sont des modes de conservation pour la génération futures. Dès lors, le développement durable passe par une gestion rationnelle des ressources naturelles disponibles, tout en préservant les potentielles naturelles des matières pour les aspirations des générations futures.⁷⁸

Page | 21

La COMIFAC vecteur du processus de développement durable du secteur forestier dans le bassin du Congo est facilitée par des coopérations et diverses autres initiatives régionales et internationales. Ce processus sera effectif lorsque certaines techniques de développement durables feront sans doute l'objet d'une application totale ainsi que la nécessité d'une réforme de ses institutions.

B- Une coopération internationale peu propice en faveur de la gestion pour un développement durable en Afrique centrale

Le soutien des institutions internationales pour la conservation des forêts en Afrique Centrale s'analyse sur deux facettes. D'une part la présence peu propice des institutions des Nations Unies (1) et d'autre part une aide insuffisante aux institutions et d'assistance au développement du secteur forestier (2).

⁷⁷ TNS regroupe le Cameroun à la RCA et le Congo ;

TRIDON : Tri - Nationale Dja - ODZALA - MINKEBE créé par la coopération entre le Cameroun, le Gabon et le Congo est signé le 04 février 2005 à Brazzaville.

⁷⁸ SAURA (B.) « Entre coopération incitative et ingérence écologique : les prémisses de la protection internationale des forêts tropicales » in *Droit, forêts et développement durable*, op.cit., p.461.

1- Une présence des institutions des Nations Unies peu propice à la Gestion de la Forêt

La mission des Nations Unies est d'assurer la paix et la sécurité internationale. Parmi ces organes, le conseil économique et social de l'ONU joue un rôle primordial dans le domaine de la protection de l'environnement pour un développement durable. C'est à cet organe que sont rattachés le PNUE⁷⁹ et le CCD⁸⁰.

Page | 22

Les deux conférences mondiales sur l'environnement ont entraîné la création du programme des Nations Unies pour l'environnement et de la commission de développement durable. Elle a pour mission de montrer la voie et d'encourager le partenariat dans la protection de l'environnement en permettant aux nations et aux peuples d'améliorer leur qualité de vie sans compromettre celle des générations futures. Selon Maurice KAMTO, « *ce sont les institutions d'aides et d'assistances au développement qui manifestent le plus d'intérêt à la protection de l'environnement, notamment dans leur coopération avec les pays en développement et en particulier avec l'Afrique* »⁸¹.

Par ailleurs, sous la pression des opinions publiques des pays développés, principaux bailleurs de l'aide sur les ressources publiques, les dirigeants des pays riches et les signataires de la déclaration de Paris (Février 2005), ont exprimé une véritable volonté politique de rendre plus efficace l'aide accordée aux pays en développement. C'est ainsi que les membres du partenariat pour les forêts du bassin du Congo (PFBC) se sont engagés dès leur première réunion à améliorer la coopération dans la région notamment le transfert de technologie, la transparence, la prise en compte des préoccupations des acteurs locaux et la gestion de l'après-projet. Tous ces paramètres doivent tenir compte de la nécessité d'une loi sur le développement durable. Ces lois devraient en premier lieu consacrer de manière expresse l'obligation de durabilité dans toutes les actions publiques et/ou privées⁸².

Quant au programme des Nations Unies pour le développement examine le rapport de tous les organes, organismes, programmes et institutions des Nations Unies qui s'occupent de divers

⁷⁹ Le PNUE est créé le 15 décembre 1972 à la suite de la conférence de Stockholm. C'est une institution inter-Etat comprenant d'un conseil d'administration composé de 58 membres et d'un secrétariat dont le siège est à Nairobi au Kenya.

⁸⁰ La commission du développement durable créée le 22 décembre 1992, elle a pour mission de contrôler les progrès réalisés dans l'application de l'agenda 21 et intègre les objectifs relatifs à l'environnement et au développement dans l'ensemble du système des Nations Unies.

⁸¹ KAMTO (M.), droit de l'environnement en Afrique, op. cit., page 363.

⁸² GARANE (A.), « Plaidoyer pour l'adoption de lois sur le développement durable en Afrique », in *Revue africaine de droit de l'environnement*, n° 00, 2013, p.82.

aspects de l'environnement et du développement qu'ils jugent pertinents. Selon KAMTO, le PNUD avait mis en place un fonctionnement spécial appelé « facilité global pour l'environnement ». Il a assisté la plupart des pays en développement, dont pratiquement tous les pays Africain ; dans l'élaboration de leurs rapports nationaux en vue de la conférence de Rio.

Le danger que représente la dégradation des forêts dans le bassin du Congo a fait en sorte que certaines institutions spécialisées des Nations Unies fassent de la protection de la forêt, un cheval de bataille. Les institutions d'assistance ou de financement des projets de l'ONU dans la gestion de la forêt possèdent des compétences en matière de la protection de la forêt. C'est le cas de FEM qui est chargé de financer la protection de l'environnement conjointement avec la Banque Mondiale, le PNUD et la PNUE. Il est destiné à venir en aide aux pays en développement dans les secteurs de réchauffement climatique et la diversité Biologique et la pollution des eaux internationales.

Par ailleurs, la convention sur la diversité biologique de 1992, a pour objectif la protection et la préservation d'espèces animales et végétales et de leur habitat. En effet, la protection de la forêt implique donc la conservation des faunes qui est indispensable pour le maintien de la diversité biologique, facteur du processus de développement durable. Cette convention oblige les signataires à préserver la biodiversité, à assurer son développement durable et à prévoir une exploitation rationnelle profitable aux générations présentes et futures.

Quant à l'UNESCO, elle veille à la sauvegarde du patrimoine culturel. La convention de 1972 a inscrit la protection de l'environnement naturel. C'est le cas de la forêt du bassin du Congo. D'après KOFFI ANAN, « de nos jours tous les secteurs des Nations Unies ou presque reflètent cette prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement. »⁸³. En plus, KAMTO Maurice ajoute la convention de RAMSAR de 1971 relatives aux zones humides et la convention de 1972 sur la protection du patrimoine mondial veille à la sauvegarde de la biosphère qui a besoin d'être conservée et surtout une utilisation durable⁸⁴. C'est dans la même considération que Renaud GOUILLOUD parle d'une « solidarité obligée »⁸⁵ qui interpelle tous les Etats et organisations à sauvegarder la forêt du Bassin du Congo considérée de nos jours comme patrimoine commun de l'humanité. Stéphane DOUMBE-BILLE ajoute à cet effet que « le régionalisme forestier pouvait dès lors apparaître comme le bon compromis entre l'inacceptable patrimonialisation internationale

83 ABC nation Unies, page 217.

84 KAMTO (M), droit de l'environnement en Afrique, op ,cit. , page 33.

85 Ibid, p. 336.

et la nécessité d'une coopération internationale »⁸⁶. Ainsi donc, la coopération en faveur des Etats membre de la COMIFAC mérite une attention particulière du fait de leur volonté de protéger durablement le bassin du Congo. L'absorption des gaz à effet des serres par la forêt du bassin du Congo doit avoir une contrepartie du fait son importance mondiale. Les pays industrialisés doivent en réalité convertir leur quota de CO2 au profil des Etats membres de COMIFAC .Le fonds de conversion peuvent servir le financement des projets de conservation des forêts pour un développement durable. Malgré la présence des institutions des Nations Unies pour la gestion durable du bassin du Congo, n'a pas véritablement empêchée la dégradation des ressources forestières dans les pays membres de COMIFAC.

Ainsi, toutes les institutions internationales qui se rapportent au financement ou au suivi de la politique d'une gestion durable du secteur forestier dans le bassin du Congo sont créées soit par les Nations Unies soit rattachées à celles-ci. Mais il existe d'autres institutions qui financent la conservation du bassin du Congo.

2- Une aide insuffisante aux institutions d'aides et d'assistances au développement du secteur forestier

Le partenariat entre le bassin du Congo et les institutions d'aides au développement sont de plusieurs ordres. Il peut être conclu avec les institutions d'aides à caractère universel ou avec les agences d'aides bilatérales impliquées.

La FAO de par sa mission d'appui, accompagne les pays membres dans la formulation de leur politique de gestion durable des ressources naturelles renouvelables en général et des forêts en particulier, c'est dans ce cadre que la FAO apporte depuis 2005 un appui à la COMIFAC à travers le projet PFNL « appui à la mise en œuvre du plan de convergence ». En outre, on peut citer l'harmonisation des politiques forestières et fiscales⁸⁷ la valorisation durable des ressources forestières⁸⁸, le renforcement de capacité, la formation⁸⁹. A l'exemple d'un atelier à mi- parcours organisé par la FAO et la COMIFAC qui a permis d'évaluer l'état d'avancement du projet et en particulier les rapports nationaux⁹⁰. En ce qui concerne l'Agence Française de Développement,

⁸⁶ DOUMBE-BILLE (S.), « La forêt à l'aube du XXI^e siècle- Aspects politiques et juridiques » in, *Le droit de la forêt au XXI^e siècle, Aspects internationaux*, op.cit., p.128.

⁸⁷ Axe I du plan de convergence, page 5.

⁸⁸ Axe V du même plan, page 49.

⁸⁹ Axe VII du plan de convergence, page 76, Opérationnalisation du plan de convergence de la COMIFAC.

⁹⁰ Cet atelier s'est tenu du 08 au 10 octobre 2005 à Yaoundé.

elle intervient comme partenaire dans les pays du bassin du Congo concernés par cette étude dans la gestion durable des ressources forestières⁹¹. Ainsi au Cameroun, l'AFD a loué un fonds de crédit des aménagements forestiers, c'est-à-dire un fonds d'aide aux concessionnaires à couvrir les charges dues à l'aménagement forestier⁹². Quant à l'Union Mondiale pour la Nature, elle vise à sauvegarder les ressources naturelles aux plans locaux, régional et mondial⁹³. Elle s'appuie sur ses membres, réseaux et partenaires, en renforçant leur capacité et en soutenant les alliances mondiales. Ainsi, le programme Afrique centrale constitue au plan régional, la réalisation de la mission de l'IUCN.

Le partenariat entre les Etats du bassin du Congo et WWF se manifeste plus particulièrement en matière de conservation et de gestion de la biodiversité. Au Cameroun, elle intervient dans le projet de conservation comme agence d'exécution sur le financement des différents bailleurs de fonds bilatéraux et multilatéraux.⁹⁴

Par ailleurs, la CARPE est une initiative régionale de l'USAID démarrée en 1995 pour une durée de 20 ans. Elle intervient au départ au Gabon, en RCA et en RDC, WWF intervient conjointement avec WCS, dans le projet sur l'évaluation des aires protégées. Au Congo, il finance la protection de la faune dans les concessions forestières notamment les gestions de la réserve communautaire du lac Télé LIKOUALA, la gestion du parc National de NOUABALE NDOTI. Il intervient au départ dans la lutte contre la déforestation et la biodiversité en Afrique Centrale. Il est aujourd'hui le canal de transaction des fonds des USA pour les programmes forestiers du bassin du Congo⁹⁵.

Les Etats membres doivent amplifier leur relation bilatérale afin de parvenir à restaurer une coopération gagnante, capable de prévenir tout genre d'attaque lié à la destruction de la forêt. Les partenaires au développement peuvent injecter les moyens financiers importants visant les secteurs complémentaires notamment l'industrie et le social. Autrement dit, Le développement

91 MAKON (W), bilan et analyse des expériences et partenariat en gestion forestières dans le bassin du Congo, page 59.

92 Cet appui financier s'étend dans d'autres pays (Gabon, Congo, RCA et du RDC).

93 UICN est créée en 1948, ayant plus 900 membres dans 138 pays.

94 C'est le cas de l'accord don N° 032/CD/94 du 22/12/1994 Cameroun □ France. Et l'accord du FEM « Get Coran,t N° TF 28673 CM du 22 Mai 1995 N° 00418/MINIFI DCET/E/EU du 17 février 1995 respectivement dans Campo Ma'an, Mont Kouké, GET Sud-Est et l'écosystème savanes dans les provinces de l'Est, Nord-Ouest, Sud, Sud-Ouest et Nord.

95 Pour plus de détails, voir Samuel MAKON W , bilan et analyse, page 64

durable oblige donc à mettre en œuvre l'emphase sur les complémentarités qui existe entre le capital nature et les autres formes de capital⁹⁶.

En définitive, le défi de la COMIFAC relative à la gestion durable du bassin du Congo rentre dans les objectifs d'un encadrement global des ressources naturelles dans les pays membres. La finalité d'une gestion durable de la forêt se résume par l'existence des règles juridiques, par la nécessité d'encadrer les individus pour rendre possible la vie en société⁹⁷. Les Etats de la COMIFAC ne sauraient aujourd'hui prévaloir aucun argument juridique pour déroger à la préservation du bassin du Congo. L'objectif de la COMIFAC relatif à la gestion durable est un impératif social car elle est un passage pour améliorer les conditions de vie de la population dans la sous-région. Il renforce les capacités des structures sociales notamment la sensibilisation et la participation de la population aux décisions d'une gestion durable. Sur le plan juridico-politique, elle influence les dirigeants à bâtir leurs programmes politiques sur les problèmes de l'environnement en générale dans le cadre de l'espace COMIFAC. Celle-ci est un champ d'expérimentation de mise en œuvre des différentes conventions environnementales auquel la communauté internationale fait face surtout à la lutte contre la désertification et le changement climatique.

Page | 26

⁹⁶ BOUTHELLIER (L.), « les forêts : un riche champ d'application du développement durable » in *Droit, Forêts et développement durable*, op.cit., p.60.

⁹⁷ MANDAOUE (G.), « Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation », *RJ.E*, N° spécial 2007, p.46.



Le tiers et les délais dans les voies d'exécution OHADA

Third parties and time limits in OHADA enforcement procedures

Par :

BOUBAKARI

Page | 27

Doctorant en droit des affaires et des entreprises à la Faculté des Sciences

Juridiques et Politiques de l'Université de N'Gaoundéré

boubakari733@gmail.com

Résumé :

La présente étude a pour objet d'identifier la fonction que le législateur attache au délai à l'égard du tiers dans les voies d'exécution. Il en résulte un double constat. D'une part, lorsqu'il s'agit d'un tiers détenteur, le délai joue une fonction contraignante qui se manifeste par la brièveté des délais à l'égard du tiers et, le manquement à cette contrainte temporelle est susceptible des sanctions sévères. D'autre part, cette fonction du délai est protectrice lorsqu'il s'agit du tiers absolu, compte tenu de ce que, ce tiers dispose des délais pour agir afin de soustraire ses biens saisis malencontreusement aussi devant les juridictions nationales que devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

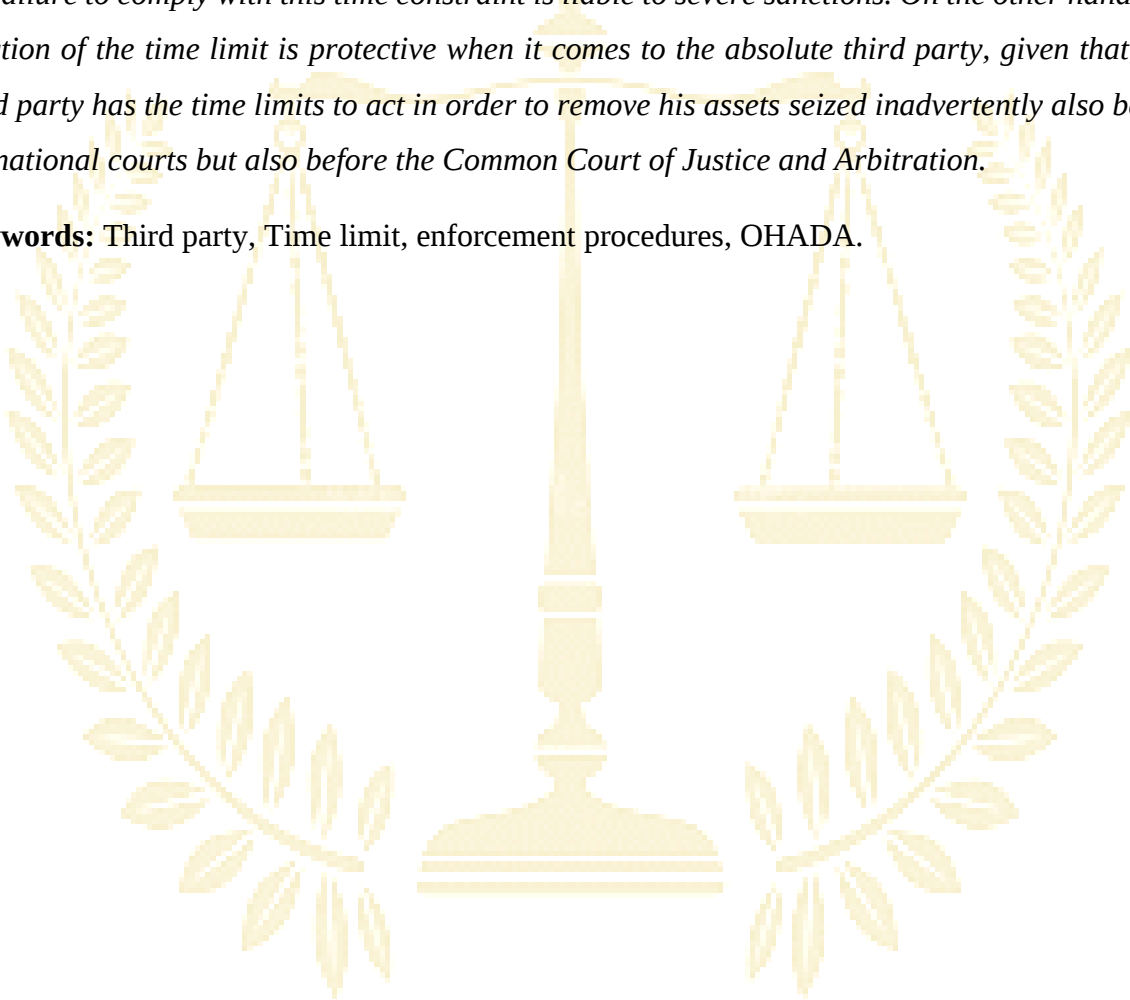
Mots clés : Tiers, Délai, Voies d'exécution, OHADA.

Abstract:

The purpose of this study is to find what function the legislator attaches to the time limit with regard to the third party in the enforcement procedures in. This results in a double observation. On the one hand, when it comes to a third party holder, the time limit plays a binding function which is manifested by the brevity of the time limits with regard to the third party and, the failure to comply with this time constraint is liable to severe sanctions. On the other hand, this function of the time limit is protective when it comes to the absolute third party, given that, this third party has the time limits to act in order to remove his assets seized inadvertently also before the national courts but also before the Common Court of Justice and Arbitration.

Page | 28

Keywords: Third party, Time limit, enforcement procedures, OHADA.



Introduction

En vertu de la relativité des conventions, la relation entre parties ne devrait pas importuner le tiers¹. Ainsi, le rapport d'exécution ne concerne normalement que les parties identifiées dans le titre exécutoire à savoir le créancier et le débiteur. Cependant, en droit de l'exécution, la prise en compte de la situation des personnes étrangères au rapport d'exécution s'est aujourd'hui banalisée au nom de l'objectif de l'efficacité assigné aux nouvelles procédures d'exécution². Pour cela, le législateur OHADA s'est doté d'un système permettant de faire intervenir toute personne susceptible de faciliter la mise en œuvre des procédures de saisie y compris le tiers³. Afin de ne pas faire du créancier un ogre, le législateur communautaire a établi certaines règles qui ne peuvent se justifier que par le souci de protection des personnes susceptibles d'être impliquées lors de la conduite de la procédure d'exécution⁴. Par conséquent, la nécessité d'un certain encadrement de la participation du tiers s'impose, dans les procédures d'exécution forcée. Cela se traduirait par la préservation de ses droits qui peuvent être menacés par l'exercice de la saisie.

Avant de poursuivre la réflexion, il importe de préciser au préalable le sens des termes tiers, délai, et les voies d'exécution, « dans une vision pragmatique du langage, c'est-à-dire leur affecter un sens pour non seulement ne pas s'égarer, mais encore pour renvoyer à un ensemble de règles cohérentes »⁵.

D'abord, pour le cas du tiers, dans sa rédaction de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE)⁶ du 10 juillet 1998, le législateur OHADA n'avait pas daigné définir le « tiers ». Subséquemment à ce silence sur la notion du « tiers » et, pour se rattraper de cette omission, il a donc prévu dans sa réforme de l'AUE du 17 octobre 2023 à l'article 1-1 qu'« en matière de saisie sur une créance : le tiers saisi est toute personne tenue, au jour de la saisie, d'une obligation portant sur une créance de somme

¹ C'est la résultante du principe de l'effet relatif du contrat de l'article 1165 du code civil applicable dans la plupart des Etats membre de l'OHADA. Selon ce texte, « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractées ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 ».

² LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2016, p. 1.

³ C'est l'article 38 de l'AUE qui consacre l'implication des tiers. Ainsi, ils « ...doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis [...] ».

⁴ FOMETEU (J.), « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », in Pougoué (P. G.), (dir) *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, n°53, p. 2074.

⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », Recueil Dalloz, Doctrine, 2004, n° 2, p. 126.

⁶ Acte uniforme portant organisations des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, JO OHADA n° 6 du 1^{er} juin 1998, tel que modifié le 17 octobre 2023.

d'argent née d'un rapport de droit qui implique un pouvoir propre et indépendant à l'égard du débiteur. En matière de saisie sur un bien autre qu'une créance : le tiers saisi est toute personne détenant au jour de la saisie, pour le compte du débiteur, un bien sur lequel porte la saisie ». A l'analyse, la nouvelle réforme innove certes, mais cette disposition risque d'être conçue à titre exclusif et peut se révéler parcellaire. En effet, il apparaît clairement de cette disposition que le tiers visé dans les voies d'exécution est un tiers à « obligations » ou tiers « détenteur ». Ainsi, selon cette conception, le tiers est une personne autre que le débiteur et qui se retrouve dans un lien de droit avec le débiteur, à qui la mesure pratiquée impose des obligations.

Cependant, comme cela a très justement été souligné par un auteur, le vocable tiers est un « mot à sens multiples »⁷. De même, pour un autre auteur, le tiers n'est pas « une notion homogène et n'a pas un sens univoque »⁸. En droit de l'exécution forcée, on peut identifier d'autres variétés de tiers qui peuvent être regroupées dans deux catégories différentes. Dans la première catégorie, le Vocabulaire juridique de Gérard CORNU⁹ définit le tiers comme « toute personne étrangère à une situation juridique ». Il peut s'agir des vrais tiers par opposition au faux tiers¹⁰, c'est-à-dire les *penitus extranei*¹¹. Il peut être toute personne qui n'est ni créancière, ni débitrice, ni celle entre les mains de laquelle la saisie est pratiquée¹². Cette approche permet de qualifier la notion de tiers, comme tiers absolus. Pour la deuxième catégorie, le tiers « regroupe toutes les personnes et autorités habituellement visées dans les formules exécutoires prévues par les droits nationaux. Il s'agit des huissiers de justice et agents d'exécution, des Procureurs généraux et des Procureurs de la République, des Commandants et officiers de la force publique et toute autre autorité publique désignée par le droit interne »¹³. Il faut indiquer que ce groupe de personnes constituent des instruments ou institutions juridiques qui servent à la mise en œuvre et à la réalisation du droit de manière générale et, par extension, des opérations d'exécution¹⁴. Pour cette raison, il faut tout de suite préciser que la présente étude envisage exclure cette catégorie de tiers. Il s'agira de s'intéresser

⁷ EVANO (F.), *Les tiers dans le droit de l'exécution*, Thèse, Université de Rennes 1, 2003, p. 19.

⁸ DJONGA (P.), *Le contrôle juridictionnel des procédures civiles d'exécution dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de N'Gaoundéré, 2015, p. 80.

⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association CAPITANT, Paris, PUF, 11^e éd., 2018, p 1016, V. Tiers.

¹⁰ LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, op. cit. p. 14.

¹¹ C'est l'expression par laquelle il est désigné les tiers, c'est-à-dire des personnes demeurées étrangères à une convention.

¹² FOMETEU (J.), « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », in Pougoué (P. G.), (dir) *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 2071, n°49.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ BERGEL (J. L.), *Théorie générale du droit*, LDGJ, 4^e éd., n°97, 2003, p. 120.

qu'au tiers détenteur qui intervient obligatoirement dans la procédure d'exécution et, au tiers absolu qui intervient volontairement pour soustraire son bien ayant fait l'objet de la saisie.

Ensuite, selon le dictionnaire Le Robert¹⁵, le délai est un temps accordé pour faire quelque chose, une prolongation, un temps à l'inspiration duquel une personne sera tenue de faire. Le Petit Larousse¹⁶ souscrit à cette définition en indiquant que le délai est un temps supplémentaire octroyé pour l'exécution, l'accomplissement de quelque chose. Selon CORNU¹⁷, le délai est un espace de temps à l'écoulement duquel s'attache un effet de droit. Par exemple le délai de prescription (acquisitive). Plus spécialement, c'est un laps de temps fixé par la loi, le juge ou la convention soit pour interdire, soit pour imposer d'agir avant l'expiration de ce temps¹⁸.

Page | 31

Enfin, pour les « voies d'exécution », ce sont l'ensemble des moyens de droit permettant aux créanciers non payés amiablement par leurs débiteurs, de contraindre ceux-ci à s'exécuter, au besoin, en ayant recours à la force publique et de répartir entre eux les sommes ainsi obtenues¹⁹. Selon la doctrine, les voies d'exécution sont une branche du droit judiciaire privé²⁰ qui étudie l'ensemble des procédures légales permettant à un créancier impayé soit de saisir les biens de son débiteur et, au besoin, les vendre et se faire payer, soit de procéder à une saisie de créance en vue de se la faire payer, soit enfin de se faire délivrer ou restituer un bien mobilier corporel. C'est cette définition qui a été retenue par la CCJA²¹.

Dès lors, le présent thème soulève la problématique de la place des délais dans les voies d'exécution en général et plus particulièrement à l'égard du tiers. Plus simplement, on peut se poser la question de savoir quelle est la fonction que le législateur attache aux délais à l'égard du tiers dans les voies d'exécution ? Au regard de l'enjeu de son implication volontaire ou involontaire, le tiers doit maîtriser les différents délais au même titre que les autres parties afin d'apporter son concours lorsqu'il en est légalement requis, s'il est détenteur du bien du débiteur.

¹⁵ www.dictionnaire.lerobert.com, consulté le 15 novembre 2024, 00h 28mn.

¹⁶ Le Petit Larousse, 10^e éd, 2002, p. 998 ou sur www.larousse.fr, consulté le 15 novembre 2024, 00h 34mn.

¹⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 688, V. délai.

¹⁸ Force est de constater que les concepts de « temps » et de « délai » sont deux notions presque identiques. Toutefois, ceux-ci ne doivent pas être confondus ; car si tout délai est un temps, et peut être assimilable à ce dernier, tout temps n'est pas nécessairement un délai.

¹⁹ ASSI-ESSO (A.-M.) et DIOUF (N.), *OHADA. Recouvrement des créances*, Coll. D.U., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 31.

²⁰ DONNIER (M.) et DONNIER (J.-B.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7^e éd., Litec, 2003, p. 2.

²¹ CCJA dans son Arrêt n°010/2005 du 29 juin 2005, Aff. : *Société d'Etudes et de Représentation en Afrique centrale (SERAC) c/ Bureau de Recherche, d'Etudes et de Contrôle géotechnique SARL (BRECG)*, RJCCJA N°7, janvier-juin, p. 16.

Cette maîtrise des délais est également nécessaire pour le tiers absolu dans la mesure où, il doit connaître les délais légaux requis pour agir toutes les fois qu'un de ses biens se trouve être impliqué dans l'opération de la saisie sans son consentement.

À l'évidence, il ressort qu'il y a une double fonction des délais à l'égard du tiers. Cette fonction peut se justifier dans l'esprit même de l'article 38 de l'AUVE²². En réalité, cette disposition envisage et englobe deux catégories de tiers à savoir la catégorie de tiers détenteur et celle dite de tiers absolu. Dès lors, on peut dire que la fonction des délais à l'égard du tiers varie selon que ce dernier soit détenteur ou non du bien à saisir. Lorsqu'il s'agit d'un tiers détenteur, le délai joue une fonction contraignante (I) parce que ce dernier est appelé à apporter son concours légalement requis dans un délai bien défini. En ce qui concerne le tiers absolu, le délai a plutôt une fonction protectrice (II) compte tenu du fait que ce tiers a la faculté d'agir ou non pour soustraire ses biens saisis malencontreusement.

Page | 32

I- LA FONCTION CONTRAIGNANTE DES DÉLAIS À L'ÉGARD DU TIERS DÉTENTEUR

Deux types des détentions sont possibles par le tiers : une détention matérielle ou intellectuelle. Elle est matérielle toutes les fois que le patrimoine est détenu par un tiers et que celui-ci y exerce une emprise matérielle et, intellectuelle, lorsque le tiers en question dispose des connaissances susceptibles de permettre la conservation ou la réalisation du bien, objet de la saisie. Pour parer à toute possible complicité entre tiers détenteur et débiteur, le législateur institue des délais brefs à l'égard du tiers détenteur pour son concours pendant l'exécution forcée (A), et le manquement à cette contrainte temporelle est susceptible des sanctions (B).

A- La brièveté des délais imposés au tiers détenteur

Pour obtenir le concours immédiat du tiers détenteur, le législateur OHADA a soigneusement édicté des brefs délais imposables à ce dernier aussi bien en ce qui concerne les biens corporels (1) que les biens incorporels (2).

²² Selon ce texte, « Les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis [...] »

1- Le bref délai imposé au tiers en cas de détention d'un bien corporel

Il existe deux types des biens corporels en matière de saisie : les biens meubles²³ et les biens immeubles²⁴. Relativement aux biens meubles, en matière de saisie-vente²⁵, plusieurs délais sont édictés par le législateur communautaire à l'égard du tiers détenteur pour fournir les renseignements demandés par l'huissier de justice ou l'autorité chargée de l'exécution. Ces délais varient en fonction de la présence ou non du tiers aux opérations de saisie. Lorsque le tiers est présent aux opérations de saisie-vente, l'huissier de justice ou l'autorité chargée de l'exécution peut saisir, entre ses mains, les biens qu'il détient pour le compte du débiteur après présentation du commandement de payer signifié au débiteur²⁶. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 107 de l'AUVE, l'huissier de justice ou l'autorité chargée de l'exécution l'invite à déclarer les biens qu'il détient pour le compte du débiteur et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure. Pour un auteur²⁷, le tiers doit déférer à la réquisition de l'officier ministériel « *sur le champ* » comme précisé à l'article 156 alinéas 2 relative à la saisie-attribution des créances de l'AUVE du 10 avril 1998. L'auteur conclut que « *le législateur OHADA pose le principe d'une déclaration spontanée ou immédiate ...* ».

Lorsque le tiers détenteur n'a pas été signifié à personne, c'est-à-dire qu'il n'a pas assisté aux opérations de saisie, le législateur admet l'hypothèse d'une déclaration différée²⁸. En conséquence, selon l'article 110 alinéa 2 de l'AUVE, une copie lui sera signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour fournir les informations relatives au bien saisi qu'il détient pour le compte du débiteur saisi. En outre, la combinaison des articles 224 alinéa 2 et 232 alinéa 3, permet de constater que ce délai de huitaine est commun à d'autres saisies de biens meubles corporels notamment dans le cas de saisie-appréhension et de saisie-revendication.

²³ Pour les biens meubles corporels, il s'agit de la saisie conservatoire des meubles corporels, de la saisie-vent, de la saisie-appréhension et de la saisie revendication.

²⁴ S'agissant des biens corporels immobiliers, il faut préciser qu'à la différence de la saisie mobilière, la saisie immobilière peut aussi être dirigée contre un tiers acquéreur ou contre un tiers qui s'est porté caution (caution réelle).

²⁵ Cette exigence vaut pour l'ensemble des procédures d'exécution dans lesquelles la saisie des biens meubles corporels (la saisie-vente des biens meuble corporel, la saisie-appréhension, et la saisie-revendication) est pratiquée entre les mains d'un tiers.

²⁶ V. l'article 106 de l'AUVE.

²⁷ BIBOUM BIKAY (F.), *Le tiers dans le droit des voies d'exécution de l'OHADA*, op cit, p. 189.

²⁸ La déclaration différée est une faculté faite au tiers détenteur de se prononcer après un temps plus ou moins long entre la demande adressée par l'officier ministériel à lui et la réponse à fournir.

Par ailleurs, s'agissant des biens corporels immobiliers²⁹, lorsqu'il s'agit de la saisie entre les mains d'un tiers détenteur, le commandement doit lui être signifié et contenir l'avertissement que, faute de payer dans les vingt jours, ce commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication³⁰. De la même sorte, des brefs délais sont exigés à l'égard du tiers détenteur pour la saisie des biens incorporels.

2- Le bref délai du tiers en cas de détention d'un bien incorporel

Les biens meubles incorporels peuvent être saisis par voies de saisie attribution des créances, saisie et cession des rémunérations, et saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières. S'agissant de la saisie attribution des créances, le délai est accordé en fonction de la présence ou non du tiers détenteur lors des opérations de saisie. S'il est signifié personnellement, contrairement à l'Acte uniforme du 10 avril 1998 qui imposait une déclaration qui devrait être faite sur-le-champ³¹, l'Acte uniforme du 17 octobre 2023 innove en accordant une déclaration différée³² à toute demande des officiers ministériels aux tiers détenteurs. Ainsi, il peut valablement le faire dans les deux jours à l'huissier ou à l'autorité chargée de l'exécution³³. Lorsque le tiers détenteur n'a pas assisté aux opérations de saisie, il lui est impartit un délai de cinq jours pour déclarer les informations relatives au bien, objet de la saisie³⁴.

Par contre, lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un établissement de crédit ou assimilé, d'un établissement de microfinance ou d'un établissement émetteur de monnaie électronique, il faut déclarer les informations sur la nature du ou des comptes du débiteur au jour de la saisie³⁵. Plus loin, l'alinéa 2 de l'article 161 l'AUVE accorde un délai de quinze jours

²⁹ Selon l'alinéa 2 de l'article 256 AUVE, « lorsque l'immeuble est détenu par un tiers contre lequel le poursuivant n'a pas de titre exécutoire, l'huissier de justice ou l'autorité chargée de l'exécution doit solliciter une autorisation de la juridiction compétente ».

³⁰ Cependant, selon l'alinéa 1 et 2 de l'article 254 de l'AUVE, le tiers détenteur peut : soit payer l'intégralité de la dette en capital, intérêts et frais, en désintéressant le créancier poursuivant ; soit délaisser l'immeuble hypothéqué ; soit subir la procédure dans son intégralité avec tous ses effets y afférent.

³¹ Aux termes de l'article 156, alinéa, 2 de l'AUVE du 10 avril 1998, la déclaration et communication doivent être faites sur le champ à l'huissier ou l'agent d'exécution. Pour la CCJA, l'expression « sur le champ » signifiait au moment de la signification de l'acte de saisie (Arrêt n°015/2009 du 16 avril 2009).

³² La déclaration différée est toute déclaration faite après un temps plus ou moins long entre la demande adressée au tiers par l'huissier de justice ou l'autorité chargée d'exécution et la réponse fournie par ce tiers détenteur.

³³ V. l'alinéa 2 de l'article 156 de l'AUVE révisé. Il faut préciser que c'est suite à une critique abondante de la doctrine et une interprétation rigoureuse de la CCJA que le législateur OHADA a fini par abroger le principe de la déclaration immédiate qui pesait sur le tiers détenteur. Pour cette critique voir notamment DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « L'obligation de renseignement du tiers saisi dans la saisie attribution », *JCPG.*, 1998, p. 106, n°15 et sv.

³⁴ V. l'article 156 alinéa 2 de l'AUVE.

³⁵ V. l'article 161 alinéa 1 de l'AUVE.

ouvrables au tiers détenteur, pour la mise à jour du compte du débiteur, avant l'affectation du solde rendu indisponible soit, à l'avantage ou au préjudice du saisissant. Peuvent aussi être contrepassés dans le délai d'un mois qui suit la saisie, les effets de commerce remis à l'escompte et non payés à leur présentation ou à leur échéance lorsqu'elle est postérieure à la saisie³⁶. Lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un établissement de crédit, en cas de diminution des sommes rendues indisponibles, un délai de huit jours lui est également accordé conformément à l'alinéa 5 de l'article 161 de l'AUVE, pour fournir un relevé de toutes les opérations qui ont affecté les comptes depuis le jour de la saisie inclusivement.

Concernant la saisie des rémunérations, elle est diligentée par le greffier de la juridiction compétente et non par un officier ministériel. Selon l'article 184-4 de l'AUVE, le tiers saisi (employeur), doit fournir dans les quinze jours, les informations concernant la situation de droit existant entre lui et le débiteur saisi, après notification du greffier. En cas des modifications de ses relations juridiques avec le saisi, de nature à influencer sur la procédure en cours, l'employeur est tenu d'informer le greffe et le saisissant, dans un délai de huit jours³⁷.

Pour la cession des rémunérations, selon l'article 207 de l'AUVE, l'employeur verse directement au cessionnaire le montant des retenues sur production d'une copie de la déclaration de cession. Pour le cas de la procédure simplifiée pour les créances d'aliments³⁸, conformément à l'article 214, alinéa 2 de l'AUVE, il est impartit au tiers détenteur après notification de la demande, un délai de huit jours pour accuser réception et indiquer s'il est ou non en mesure d'y donner suite.

S'agissant de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, l'article 237 de l'AUVE permet au créancier de procéder à la saisie avec la sommation au tiers détenteur de *« faire connaître, dans un délai de huit jours, l'existence d'éventuels nantissements ou saisies et d'avoir à communiquer au saisissant copie des statuts s'il y a lieu, les informations relatives aux titres ainsi que le relevé de compte titre »*.

Tout compte fait, on note que le législateur accorde des délais en fonction de ce que le bien soit corporel ou incorporel. Parlant des biens incorporels particulièrement, il y a une

³⁶ V. l'article 161 alinéa 3 de l'AUVE.

³⁷ V. l'article 186 de l'AUVE.

³⁸ Appelée saisie-arrêt entre les époux dans les législations antérieures de certains Etats parties de l'OHADA, les créances d'aliments sont des procédures qui permettent à un conjoint de contraindre l'autre en justice, à contribuer aux charges du mariage ou à verser une pension alimentaire au titre d'une séparation (divorce ou séparation de corps).

pluralité de délais par rapport aux autres mesures d'exécution. Etant donné qu'on tend de plus en plus vers la numérisation du patrimoine, on risque d'inciter les créanciers à introduire que des mesures relatives aux biens incorporels avec la rapidité procédurale qui les caractérisent au détriment des biens corporels. Pour remédier au problème de multiplicité de délais qui est source d'insécurité juridique, il serait judicieux d'harmoniser le délai de huit jours de la saisie vente des biens corporels à celui de cinq jours de la saisie-attribution. Dès lors, toute déclaration tardive du tiers détenteur, l'expose inexorablement aux sévères sanctions.

B- La sévérité des sanctions au manquement des délais

La loi fait peser un certain nombre d'obligations sur le tiers toutes les fois que son implication est justifiée par la détention du bien, objet de la saisie. En cas de manquement aux obligations que la loi lui impose dans la mise en œuvre des procédures civiles d'exécution, il engage sa responsabilité qui peut être pénale³⁹ ou civile. Parlant de la responsabilité civile, les principales sanctions qui ont été prévues par l'AUVE à l'encontre du tiers détenteur lors des opérations de saisie en cas d'une déclaration tardive sont la condamnation aux dommages et intérêts (2) et aux causes de la saisie (1).

1- La condamnation au paiement des causes de la saisie

Les causes de la saisie sont une sanction qui vise uniquement le tiers détenteur du bien, objet de la saisie. En d'autres termes, c'est une sanction qui engage la responsabilité du tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie. Ainsi, lorsque son implication est justifiée par la détention du bien, il doit y apporter son concours. Partant de la logique du législateur OHADA, le tiers détenteur peut être condamné aux causes de la saisie pour défaut d'information ou encore pour défaut de prestations matérielles. Pour qu'il y ait une telle condamnation relative au délai, il faut une faute liée au manquement temporel du tiers détenteur qui se manifeste par une déclaration tardive. Réellement, une déclaration est dite tardive c'est lorsqu'elle est faite hors délai. Suivant que la signification de l'acte de saisie est faite à personne ou non, au tiers

³⁹ Le législateur OHADA n'a pas pour ambition de légiférer en matière pénale. Mais il a incriminé quelques comportements relatifs à la garde des biens saisis (article 36, alinéa 1 de l'AUVE). Le nouvel Acte Uniforme de 2023 insère également des articles 335-1, 335-2, 335-3, 335-4, 335-5, 335-6, 335-7, 335-8, 335-9, qui incriminent quelques comportements qui ne se conforment pas aux obligations attachées en leurs qualités respectives : le débiteur saisi ou le tiers détenteur, l'huissier de justice ou l'autorité chargée de l'exécution, le propriétaire d'un fonds de commerce ou l'autorité habilitée à procéder à la vente aux enchères publiques.

détenteur⁴⁰. Faut-il le rappeler, dans le cadre de la saisie-attribution, le tiers détenteur est tenu de faire la déclaration au plus tard dans un délai de deux jours lorsque la signification de l'acte est faite à personne ou dans les cinq jours lorsqu'elle ne lui est pas faite à personne. Dès lors, toute déclaration tardive peut entraîner la violation de l'obligation d'apporter son concours mise à la charge du tiers détenteur dans les délais légaux fixés. A la lumière de l'alinéa 2 de l'article 156 de l'AUVE, lors d'une saisie attribution, le législateur communautaire souligne que toute déclaration tardive exposera le tiers détenteur à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts. La déclaration tardive, consiste dès lors à fournir les renseignements sollicités hors délai.

Dans une telle circonstance, lorsque le tiers détenteur n'a pas fait sa déclaration positive pour le compte du créancier saisissant, dans les délais impartis par le législateur communautaire, sa responsabilité personnelle est automatiquement engagée. Il peut être condamné solidairement avec le débiteur au paiement des causes de la saisie. Selon la doctrine, l'article 156, alinéa 2, de l'AUVE, en l'occurrence, laisse entendre que dès lors qu'il y a manquement de la part du tiers détenteur, la sanction de condamnation au paiement des causes de la saisie devient automatique sans qu'il y ait lieu de prouver un quelconque préjudice⁴¹. Se rangeant du côté des juridictions nationales, la Cour Communautaire a jugé que quand les obligations mises à la charge de tiers détenteur par l'article 156, alinéa 2, de l'AUVE n'ont pas été accomplies, le juge communautaire n'aura pas besoin de chercher une quelconque interprétation et peut par conséquent apprécier les circonstances de la défaillance de ce tiers. En l'espèce, dans un arrêt du 16 avril 2009, au lieu de faire une déclaration sur-le-champ⁴², le tiers saisi avait plutôt retardé la déclaration à l'huissier de justice. Selon la Haute cour communautaire, il ressort de l'esprit de l'article 156 de l'AUVE « *qu'il s'agit bien de la condamnation du tiers saisi, la CBT, au paiement des causes de la saisie-attribution de créances pratiquée pour déclaration tardive par application de l'article 156, alinéa 2, de l'Acte Uniforme susvisé* »⁴³.

⁴⁰ABAYA KOY (P.), « Les limites à la condamnation du tiers saisi au paiement des causes de la saisie en droit OHADA », *LegalRDC*, mars 2021, www.ohada.com.

⁴¹WAMBO (J.), « Saisie attribution de créances : Réflexions sur l'article 156 de l'AUPSRVE et ses applications jurisprudentielles », www.ohada.com.

⁴²Il faut le préciser, cette déclaration sur-le-champ qui était obligatoire dans l'Acte uniforme de 1998, est désormais remplacée par une déclaration différée pour un délai de deux jours pour l'acte de saisie signifié à personne.

⁴³Dans le même sens, la CCJA avait confirmé la décision de la Cour d'Appel d'Abidjan ayant condamné le tiers détenteur qui avait fait sa déclaration trois jours après la réception de la signification de l'acte de saisie à payer les causes de la saisie, dans un arrêt civil contradictoire n° 142, Audience du vendredi 23 avril 2010, Affaire BFA contre REMA ; *Ohadata* J-11-23.

Cependant, bien que le législateur OHADA n'ait pas prévu d'une manière explicite une cause d'exonération pour le tiers détenteur, il n'empêche que ce dernier puisse se voir exonérer de sa responsabilité. C'est notamment le cas lorsqu'il justifie d'un motif légitime ou de sa bonne foi⁴⁴ qui sont constitutifs des causes de sa déclaration tardive. Conformément à l'article 81 alinéa 1^{er} de l'AUE, « *le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée* ». Dès lors, en cas des poursuites visant la condamnation au paiement des causes de la saisie, le motif légitime peut exonérer le tiers détenteur de sa responsabilité. Malgré cette possibilité d'exonération la sanction au paiement des causes de la saisie s'avère être très sévère à l'égard du tiers.

Par conséquent, le tiers détenteur ne devrait pas se retrouver en train de payer plus du montant des sommes qu'il détient pour le compte du débiteur saisi, la doctrine préconise la limitation de la condamnation aux causes de la saisie entre « *un plancher et un plafond* »⁴⁵. Pour l'auteur, « *cela signifie que lorsque la somme détenue par le tiers est inférieure au montant de la créance, cause de la saisie, la condamnation du tiers doit se limiter à ce montant. En revanche, lorsque le montant est supérieur à celui de la créance, la condamnation se fait à concurrence de ce dernier* »⁴⁶. D'ailleurs, le législateur OHADA semble suivre cette logique dans l'Acte uniforme portant voies d'exécution révisé le 17 octobre 2023. Conformément à cette réforme, en cas de condamnations au paiement des causes de la saisie dirigée contre plusieurs tiers à propos d'une seule saisie, le montant cumulé des condamnations ne peut être supérieur aux causes de la saisie, en vertu de l'alinéa 2 révisé de l'article 38 de l'AUE du 17 octobre 2023. Il est néanmoins regrettable que cette précision n'ait pu être faite pour le cas du tiers unique et lorsque la somme qu'il détiendrait serait inférieure à la somme de la créance cause de la saisie. En plus de la condamnation au paiement des causes de la saisie, il peut y avoir la condamnation du tiers détenteur au paiement des dommages et intérêts.

2- La condamnation au paiement des dommages et intérêts

En droit civil, les dommages et intérêts peuvent être une somme d'argent destinée à réparer le dommage subi par une personne en raison de l'inexécution, de l'exécution tardive, ou de

⁴⁴ Pour le cas spécifique de la bonne foi, il se peut que le tiers détenteur ne puisse disposer suffisamment de temps pour faire sa déclaration, car une déclaration hâtive peut occasionner des erreurs substantielles pour la bonne conduite de la procédure d'exécution forcée.

⁴⁵ LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, op cit, p. 323.

⁴⁶ *Ibidem*.

l'exécution défectueuse d'une obligation ou d'un devoir juridique par le cocontractant ou un tiers⁴⁷. Faut-il le rappeler, tout comme la condamnation au paiement des causes de la saisie, le manquement par un tiers détenteur à l'obligation de déclaration et de communication lors de la saisie entre ses mains peut entraîner sa condamnation aux dommages et intérêts⁴⁸. Ceci étant, en étant une déclinaison de la responsabilité civile délictuelle des articles 1382 et suivants du code civil, la condamnation aux dommages intérêts a toujours pour fondement, un comportement fautif du civilement responsable. Pour cela, le créancier saisissant doit pouvoir prouver que le tiers détenteur a commis une faute d'une déclaration tardive et, qui l'aurait empêché de recouvrer sa créance. En principe, le créancier a généralement une faculté d'action entre préjudice moral (dommage portant atteinte à la considération, à l'honneur, à l'affection ou à un élément de la joie de vivre d'une personne) et matériel (dommage portant atteinte au patrimoine d'une personne). Cependant, compte tenu du fait qu'il s'agisse ici d'une faute de déclaration tardive, seul le préjudice matériel (perte de gain) résultant de la perte de temps peut être pris en compte. Il s'agit alors de toute faute liée à l'obligation par le tiers légalement requis à apporter son concours dans les délais légaux⁴⁹.

En droit civil, normalement, le caractère intentionnel de l'acte est indifférent et n'a aucune conséquence sur la responsabilité civile de son auteur. Dès lors, l'étendue de la responsabilité est déterminée en fonction de l'importance du préjudice causé (principe de la réparation intégrale du préjudice) et non pas sur la gravité de la faute. Mais, la jurisprudence rappelle que le droit aux dommages et intérêts ne peut être ouvert qu'en cas d'intention de nuire⁵⁰. En l'espèce, Monsieur Hie HALIDOU avait fait pratiquer une saisie-attribution des créances sur les comptes de la société Fabrication Ivoirienne de Mousse et ameublement, « FIMA », ouverts dans les livres de la BICICI. Ayant contesté la saisie pratiquée afin de voir ordonner la mainlevée, la FIMA avait saisi la juridiction de l'exécution du Tribunal de première instance de Yopougon laquelle a, par ordonnance n° 916 R rendue le 9 octobre 2015, rejeté la demande de cette dernière. Insatisfaite de ce rejet, la FIMA a interjeté appel auprès de la Cour d'appel Abidjan contre la demande de Monsieur Hie HALIDOU qui avait sollicité sa condamnation au paiement de la somme d'un million FCFA à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive

⁴⁷ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique de termes juridiques*, op cit, p. 344.

⁴⁸ Contrairement à son homologue français qui a adopté une position qui préconise l'alternative, le législateur OHADA semble préconiser un cumul de sanctions.

⁴⁹ V. l'article 38 de l'AUVE qui fait allusion à tout manquement du tiers dans le cadre des dispositions générales sur les saisies.

⁵⁰ CCJA, Arrêt n°090/2018 du 26 avril 2018 Affaire Société Fabrication Ivoirienne de Mousse et ameublement contre Hie Halidou.

et trois cent mille FCFA d'astreinte comminatoire par jour de retard de paiement d'exécution provisoire. Ayant succombé à la Cour d'appel, la FIMA s'est pourvu en cassation au motif de la nullité de l'exploit de dénonciation de la saisie attribution de créances qui aurait pour effet la mainlevée de la saisie. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, après avoir cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan en a décidé que : « *l'exercice d'une action en justice ne dégénère en un abus ouvrant droit à dommages et intérêts qu'en cas d'intention de nuire. Ainsi, dès lors que l'action de la demanderesse ayant abouti à la mainlevée sollicitée, la demande de la défenderesse en paiement de dommages et intérêts ne peut prospérer et que l'astreinte ne peut donc être prononcée* ».

Il faut noter que contrairement à la condamnation au paiement des causes de la saisie où le législateur communautaire permet la possibilité au tiers détenteur de faire son recours contre le débiteur pour tout ce qu'il a payé à sa place, pour la condamnation au paiement des dommages et intérêts, il y a l'absence de recours contre le débiteur. Il n'y a donc pas d'action en répétition⁵¹. Pour cela, compte tenu de la lourdeur de cette sanction de paiement de dommages et intérêts, l'article 38 du nouvel acte uniforme révisé exige la proportionnalité du montant condamnable à l'encontre du tiers sans qu'il soit supérieur au montant global des causes de la saisie. En effet, lorsque le tiers détenteur aura manqué à une obligation d'apporter son concours notamment par une manifestation tardive (le temps opportun et légalement requis), la fixation du montant des dommages-intérêts par le juge devra désormais être faite en fonction de la gravité du préjudice causé au créancier poursuivant, sans toutefois dépasser le montant global des causes de la saisie. Cela reflète la volonté manifeste du législateur communautaire à vouloir persuader tout en dissuadant le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie.

La solution de la double sanction du tiers détenteur est certes louable dans la mesure où il serait injuste de ne pas condamner une personne qui a un rapport avec le débiteur et refuse d'apporter son concours légalement requis dans les délais légaux. Cependant, ces sanctions peuvent s'avérer être « *extrêmement sévères et énergiques* »⁵². Dans cette logique, le tiers perdrait sa qualité de « tiers » et deviendrait un « débiteur forcé » en lieu et place du véritable débiteur. Or, malgré, son implication dans la procédure d'exécution, il n'est que détenteur du bien qui fait objet

⁵¹ Cela peut se justifier par la nature de la responsabilité civile délictuelle de paiement de dommages et intérêts qui se trouve être une faute personnelle du tiers détenteur ayant causé un préjudice au créancier saisissant.

⁵² DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « L'obligation de renseignement du tiers saisi dans la saisie-attribution », *JCP.*, I, 1998, p. 28, cité par DJONGA (P.), *Le contrôle juridictionnel des procédures civiles d'exécution dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de N'Gaoundéré, 2015, p. 82.

de la saisie. C'est pour cette raison que le législateur communautaire a fini par prévoir des délais en faveur du tiers absolu pour sa protection.

II-LA FONCTION PROTECTRICE DU DELAI EN FAVEUR DU TIERS ABSOLU

Page | 41

Le tiers absolu ou *penitus extranei* est une personne qui est totalement étrangère à une procédure d'exécution forcée. Il est alors tenu de s'abstenir d'accomplir tout acte⁵³ de nature à perturber l'opération d'exécution engagée par le saisissant contre le débiteur saisi. Cependant, il se peut qu'un bien, objet de saisie, ne soit pas de la propriété du débiteur et qu'il appartienne alors au tiers. Dans une telle hypothèse, le tiers absolu doit en retour être protégé contre tout acte d'exécution susceptible de porter atteinte à ses droits de propriété. Son intervention volontaire se justifie aisément dans la mesure où, il faut bien soustraire les biens lui appartenant, qui ont été inventoriés malencontreusement dans l'assiette de la saisie⁵⁴. Pour cette raison, le législateur OHADA permet au tiers absolu de soulever des contestations pour la propriété de son bien en lui consacrant des délais pour exercer ses droits aussi bien devant les juridictions nationales (A) qu'auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (B).

A- L'octroi des délais devant les juridictions nationales

Dans la mise en œuvre du droit OHADA, les juridictions nationales se voient reconnaître un rôle essentiel⁵⁵. Assez souvent, les biens appartenant aux personnes autres que le débiteur poursuivi, peuvent faire l'objet d'une mesure de saisie. Le législateur communautaire permet au tiers d'intervenir pour soustraire son bien, dans un délai plus ou moins consacré, soit avant la vente, par l'action en distraction (1), soit après la vente, par l'action en revendication (2)

1- Le délai de l'action en distraction

En principe, toute action judiciaire doit être exercée dans un laps de temps bien déterminé, sous peine de prescription ou forclusion⁵⁶. Demande qui doit être introduite avant la vente ou la distribution du prix résultant de la vente du bien saisi, l'action en distraction⁵⁷ est une procédure qui permet au tiers dont les droits ont été méconnus dans une mesure d'exécution de soustraire ses

⁵³ FOMETEU (J.), « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », *op cit.*, p. 2080, n°71.

⁵⁴ LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, *op. cit.* p. 52.

⁵⁵ MBOSSO (J.), « Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé », *RNAI*, n° 2, 2000, p. 219.

⁵⁶ LUPETU SIDIBE (C.), « La demande en distraction dans l'espace Ohada », *LegalRDC*, 23 juillet 2021, www.ohada.com.

⁵⁷ DIOUF (N.), *Le recouvrement des créances et les voies d'exécutions*, Coll. Droit Uniforme Africain, Juriscope-Bruylant, 2000, p. 37 et svt.

biens de ladite exécution. Cette demande doit préciser, à peine d'irrecevabilité les éléments⁵⁸ sur lesquels se fonde le droit de propriété invoqué⁵⁹. De ce fait, la seule personne habilitée à exercer l'action en distraction est le tiers. Les personnes les plus susceptibles d'être intéressées par cette action sont notamment, le copropriétaire, le conjoint du saisi lorsqu'il estime que la saisie a inclus ses biens, ou le titulaire d'un droit réel quelconque⁶⁰. Le tiers peut alors présenter la demande de l'action en distraction dans un certain délai bien déterminé. Cette exigence temporelle est fonction de la nature du bien litigieux, mobilier ou immobilier.

En matière mobilière, selon l'alinéa 1^{er} de l'article 142 de l'AUVE, l'action en distraction doit être initiée au plus tard jusqu'à la vente des objets saisis sous peine d'irrecevabilité. Cependant, l'alinéa 2 du même article dispose que, jusqu'à la distribution des sommes produites par la vente, le tiers reconnu propriétaire d'un bien déjà vendu peut, en distraire le prix non diminué des frais. Dans l'hypothèse où la vente a déjà eu lieu sans que le tiers puisse introduire sa demande en distraction, selon la CCJA, cette demande devient inéluctablement superflète en se soldant par un échec, compte tenu du fait que, le juge ne pouvant ordonner la restitution d'objets déjà vendus⁶¹.

En matière immobilière, aux termes de l'article 308 alinéa 1^{er} de AUVE, « *le tiers qui se prétend propriétaire d'un immeuble saisi et qui n'est tenu ni personnellement de la dette, ni réellement sur l'immeuble, peut, pour le soustraire à la saisie, former une demande en distraction avant l'adjudication dans le délai prévu par l'article 299 alinéa 2 du présent acte uniforme* ». Ici, le législateur a opéré un renvoi à l'article 299 alinéa 2 du même Acte uniforme qui dispose que : « *Toutefois, les demandes fondées sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à cette audience et celles tendant à faire prononcer la distraction de tout ou partie des biens saisis, [...] peuvent encore être présentées après l'audience éventuelle, mais seulement, à peine de déchéance, jusqu'au huitième jour avant l'adjudication* ». La demande en distraction de tout ou partie des biens saisis peut être formée soit contre le créancier saisissant soit contre le débiteur

⁵⁸ Ces éléments exigés sont notamment la preuve de la qualité de tiers par rapport à la procédure d'exécution et la preuve de la qualité de propriétaire du bien, objet de saisie.

⁵⁹ ASSI-ESSO (A. M.H.) et DIOUF (N.), *OHADA Recouvrement des Créances*, op cit., p. 141.

⁶⁰ FOMETEU (J.), « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », op. cit., n° 74, p. 2081, cité par DJONGA (P.), *Le contrôle juridictionnel des procédures civiles d'exécution dans l'espace OHADA*, op cit, p. 58.

⁶¹ Selon l'Arrêt n° 060/2005 de la CCJA, du 22 décembre 2005, Affaire DIRABOU Yves Joël et 3 autre c/ Sté « Les Terres nobles ». En substance, c'est l'exception du principe posé par l'article 1599 du Code civil selon lequel « *la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque l'acheteur a ignoré la chose fût à autrui* ».

saisi⁶². La CCJA s'inscrit dans cette même logique dans une jurisprudence⁶³ en rappelant que « *le propriétaire qui formule son action huit (8) jours avant la date de l'audience d'adjudication, est dans le délai légal* ». Cependant, si la distraction porte sur une partie seulement des biens, le poursuivant c'est-à-dire le tiers absolu, est admis aux termes de l'article 310 de l'AUVE, à changer la mise à prix et il est procédé à l'adjudication pour le surplus⁶⁴. Dans ces conditions, le juge règle le contentieux dans deux sens. Dans le sens de la disparition des saisies pour les biens distraits, mais également dans le sens de la continuation des saisies pour le surplus⁶⁵. Dans tous les cas, une fois la vente effectuée, le prix distribué ou l'adjudication ayant eu lieu, le tiers ne peut plus agir qu'en la demande en revendication.

2- Le délai de l'action en revendication

Il faut souligner au préalable que lorsque le tiers n'introduit pas la demande en distraction jusqu'à la vente et la distribution du prix, l'action en distraction cesse d'être recevable. Ainsi, seule peut alors être exercée, l'action en revendication⁶⁶. En effet, l'action en revendication est une procédure qui permet au tiers de revendiquer son bien après la vente. C'est une action réelle, dite pétitoire, donnée au propriétaire contre qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. Elle aboutit, en cas de succès, à la reconnaissance du droit de propriété et à la restitution du bien en cause⁶⁷.

Il faut cependant noter pour le regretter que ni l'Acte uniforme de 1998 ni celui révisé en 2023 ne donnent des précisions sur la mise en œuvre de l'action en revendication. Ce qui montre que le législateur communautaire a renvoyé implicitement aux règles applicables dans les États parties⁶⁸. Pour remédier à ce silence du législateur OHADA, un auteur⁶⁹ a suggéré d'emprunter

⁶² V. l'article 309 de l'AUVE. Le non-respect de ce délai imparti par le tiers absolu peut l'exposer à la forclusion.

⁶³ CCJA, Arrêt n° 049/2009 du 26 novembre 2009, Affaire Daouda Sidibé contre Dionke Yaranangoré.

⁶⁴ ASSONTSA (R.), *Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de L'OHADA*, Thèse, Université de Strasbourg, 2009, p. 387.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ V. l'article 142 de l'AUVE. Cette position a été suivie très tôt par la jurisprudence nationale des États-parties de l'OHADA et, qui est constante sur le moment de la recevabilité de l'action en revendication. C'est notamment le cas de l'Arrêt n° 829, du 11/07/2000, Affaire Coulibaly Khadt Touré, Guibado G. Guillaume C/ Yrokpa Agbodo Séraphin de la Cour d'Appel d'Abidjan. Cette position est réaffirmée par la cour d'Appel de Bangui dans l'Arrêt civil n° 179, du 10/06/2011, Affaire BPMC C/ Consorts MEYA.

⁶⁷ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique de termes juridiques*, op cit, p. 52.

⁶⁸ Ce renvoi peut se justifier en toute rigueur, dans la mesure où l'action en revendication n'intervient qu'à la fin de la procédure de saisie, c'est-à-dire après la vente et la distribution du prix du bien saisi. D'où la difficulté à qualifier cette action d'un incident de procédure d'exécution forcée.

⁶⁹ BIBOUM BIKAY (F.), *Le tiers dans le droit des voies d'exécution de l'OHADA*, op cit, p. 234.

en droit commun, les détails de la revendication pour les deux catégories de biens mobiliers et immobiliers. Pour lui, le tiers absolu peut se servir des procédures dites exclusivement simplifiées de recouvrement en matière de la revendication mobilière et, en matière immobilière, l'action possessoire⁷⁰ ou l'action pétitoire⁷¹.

Page | 44

Cette position de l'auteur⁷² n'a pas reçu un écho favorable et une unanimité doctrinale. Cette position contestatrice de la doctrine peut également se justifier par le risque de la violation de l'esprit du législateur OHADA⁷³. En effet, s'agissant surtout des procédures simplifiées de recouvrement en matière de la revendication mobilière et de la saisie appréhension, si telle était la volonté du législateur communautaire, il aurait pu opter pour un renvoi explicite pour l'application des dispositions relatives à ces procédures. Au lieu de cela, le législateur communautaire a plutôt opté pour un renvoi aux règles applicables dans les États parties notamment à l'alinéa 2 de l'article 308 de l'AUE⁷⁴.

En tout état de cause, le tiers absolu, propriétaire d'une chose qui en a été dépossédé contre son gré est fondé à la réclamer à son détenteur, conformément au droit de suite qui découle du droit de la propriété⁷⁵. Ainsi, à titre de droit commun dans l'espace OHADA, il faut noter que le code civil⁷⁶ applicable dans la plupart des Etats-parties de l'OHADA a requis un temps pour prescrire pour toutes actions pour la revendication. Dès lors, en règle générale, toute personne dépossédée de son bien dispose de la faculté de revendiquer ledit bien par le biais des actions, tant réelles que personnelles, et qui ne se prescrivent que par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi⁷⁷. Dans ce sens, le Code civil a apporté des mécanismes temporels qui

⁷⁰ En droit civil, Action en justice tendant à protéger un fait juridique, la possession et même la détention paisible d'un immeuble. L'action possessoire relève de la compétence exclusive du TGI, comme l'action pétitoire. Elle est une action par laquelle une personne demande que soit prise une mesure pour défendre la possession qu'elle exerce sur un bien immobilier.

⁷¹ En procédure civile l'action pétitoire est une action en justice mettant en cause l'existence d'un droit réel immobilier, notamment le droit de propriété immobilière.

⁷² BIBOUM BIKAY (F.), *Le tiers dans le droit des voies d'exécution de l'OHADA*, op cit, p. 243 et svt.

⁷³ LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, op cit, p. 64.

⁷⁴ Selon ce texte, « Toutefois, la demande en distraction n'est recevable que si le droit foncier de l'État partie dans lequel est situé l'immeuble consacre l'action en revendication ou toute autre action tendant aux mêmes fins ».

⁷⁵ Sur le droit de la propriété, V. l'article 544 et suivant du Code civil.

⁷⁶ Il s'agit bien évidemment du code civil de 1804.

⁷⁷ V. article 2262 du Code civil.

permettent au tiers absolu dont les biens ont été vendus dans le cadre d'une opération d'exécution de récupérer lesdits biens, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers.

Lorsqu'il s'agit d'un bien mobilier, malgré les obstacles de la présomption de propriété à l'égard d'un possesseur de bonne foi d'un bien meuble⁷⁸, l'article 2279 alinéa 2 du Code civil octroie un délai de trois ans à compter de la perte ou du vol du bien au tiers dépossédé (absolu) pour ouvrir l'action en revendication⁷⁹. Néanmoins, ce délai de trois ans ne s'applique qu'en cas de la bonne foi du possesseur défendeur à la revendication. Réellement, s'il se trouve qu'il est de mauvaise foi, la prescription trentenaire se substitue au délai de trois ans⁸⁰. De même, lorsque le détenteur a acheté le bien à une vente aux enchères ou une vente amiable, il y a présomption de bonne foi. Cette dernière néanmoins n'empêche pas la revendication par le tiers absolu. Par contre, elle permet au possesseur actuel du bien de contraindre le tiers revendiquant de lui rembourser le prix qu'il a dépensé pour acheter ce bien, conformément à l'article 2280 du Code civil⁸¹. Le tiers absolu doit pour ainsi dire, racheter ledit bien d'entre les mains de l'acquéreur l'ayant obtenu par une vente amiable ou de la vente forcée qui s'est effectuée aux enchères publiques, quitte à se retourner contre le débiteur ou le créancier.

Lorsqu'il s'agit d'un bien immobilier, il faut noter que compte tenu du caractère d'ordre public⁸² des règles applicables en la matière, le législateur OHADA a prévu un formalisme strict, dans l'optique de protéger les intérêts en jeu. Ainsi, pour la doctrine, l'action en revendication d'un immeuble ayant fait l'objet d'une adjudication à la suite d'une procédure de saisie immobilière relève de l'utopie⁸³. Cependant, la bonne foi est toujours considérée même en matière immobilière. Ainsi, en cas d'acquisition de bonne foi et par juste titre d'un immeuble par un tiers acquéreur, le Code civil octroi au tiers absolu un délai de dix ans pour la revendication, s'il habite dans le ressort

⁷⁸ V. article 2279 alinéa 1^{er} du Code civil ainsi libellé « *En fait de meubles, possession vaut titre* ».

⁷⁹ NGNINTEDEM (J.-C.), *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises en droit camerounais*, éd. ANRT, Lille, 2005, p. 233. Il faut noter que l'auteur soutient qu'il s'agit là non d'un délai de prescription, mais d'un délai préfix qu'il serait « *plus exact de nommer délais de forclusion, lesquels s'apparentent véritablement aux délais de procédure qui, comme eux, ont pour effet d'entraîner l'irrecevabilité de l'action et surtout sont soumis à un régime très strict qui ne tolère aucune cause de suspension et d'interruption* », cité par LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, op cit, p. 67.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Ce texte dispose que : « *Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté* ».

⁸² DIOUF (N.), *Le recouvrement des créances et les voies d'exécutions*, op. cit, p. 46. L'auteur justifie l'intervention de la notion d'ordre public par l'interdiction des conventions ayant pour objet ou pour effet d'affranchir le créancier du respect des formes prescrites ou d'imposer au débiteur de renoncer à la protection qui lui est assurée.

⁸³ LEMO (L.), *Le titre exécutoire et les tiers*, op cit, p. 66.

de la Cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort⁸⁴. Plus loin, conformément à l'article 2266 du même code, lorsque le tiers « absolu », a eu son domicile en différents temps, dans le ressort et hors du ressort de ladite Cour d'appel, « *il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence, un nombre d'années d'absence double de celui qui manque, pour compléter les dix ans de présence* ». De même, à titre de droit comparé, la jurisprudence française rappelle que la revendication immobilière est imprescriptible toutes les fois où le possesseur est de mauvaise foi. Dans ce cas, la revendication est possible sans condition de délai⁸⁵. Lorsqu'il s'agit d'une détention frauduleuse et que le détenteur est de mauvaise foi, sur le fondement de l'article 2236 du Code civil, « *Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelques laps de temps que ce soit* ». Au-delà des juridictions nationales, le législateur communautaire permet à toutes personnes intéressées d'agir en cassation. Pour le cas du tiers absolu, il lui octroie des délais en sa faveur pour agir devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA.

B- L'octroi des délais devant la Cour commune de justice et d'arbitrage

En matière de procédures civiles d'exécution, les juridictions nationales sont placées sous la supervision de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ainsi, au même titre que les autres parties, le tiers absolu dispose des délais soit pour intervenir (1), soit pour s'opposer (2) lors de la procédure d'exécution forcée devant la CCJA.

1- Le délai de la demande de l'action en intervention

En procédure civile, la demande en intervention peut être une demande incidente dirigée par l'une des parties contre un tiers, un garant par exemple (intervention forcée), ou une demande formée spontanément par un tiers contre l'un des plaideurs (intervention volontaire⁸⁶). Lorsque la demande émane du tiers, l'intervention est dite volontaire. Elle est qualifiée de forcée lorsque le tiers est mis en cause par l'une des parties ou par le juge. Ainsi, l'intervention du tiers absolu

⁸⁴ V. article l'article 2265 du Code civil.

⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère} 15 janvier 1965, Bull. civ., I, n° 30 ; CA Paris, 22 mars 1983, Gaz. Pal., 1983, 1, somm. p. 207, citée par BIBOUM BIKAY (F.), *Le tiers dans le droit des voies d'exécution de l'OHADA*, op cit, p. 242.

⁸⁶ Le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 tel que modifié par le Règlement N° 001/2014/ CMdu 30 janvier 2014 est celui utilisé dans la zone OHADA pour la saisine de la CCJA, in *Journal officiel de l'OHADA*, n° spécial du 4 février 2014, p. 228 et s. Ce règlement est entré en vigueur le 4 février 2014. Il faut noter que dans un procès, le respect des formes de même que celui des délais comptent, en effet, autant que le fond du litige. L'irrecevabilité relative au délai peut être relevée d'office par la Cour elle-même (CCJA, 3^e ch. 30 juillet 2020, no284/2020).

dans une procédure se matérialise par l'implication volontaire ou forcée d'un tiers dans un procès déjà ouvert. En principe, pour être recevable à former pourvoi devant la CCJA, il faut avoir été partie ou représentée à la procédure devant les juges du fond et que la décision en cause ait été rendue par une Cour d'appel ou par une autre juridiction statuant en dernier ressort⁸⁷. La procédure étant une succession cohérente d'actes accomplis dans un temps déterminé, le délai de recours en cassation devant la CCJA est d'ordre public et son inobservation entraîne l'irrecevabilité de la demande⁸⁸.

Prévue par l'article 45-1 du Règlement de procédure, la demande de l'intervenant doit être présentée dans les trois mois de la publication prévue au paragraphe 6 de l'article 13 du même Règlement. Autrement dit, ce délai court de la parution au Journal Officiel de l'OHADA de l'avis indiquant la date d'inscription de la requête introductive d'instance, les noms et domiciles des parties et l'objet du litige⁸⁹. En tout état de cause, les Etats Parties au Traité peuvent intervenir aux litiges soumis à ladite Cour. Ce même droit appartient également à toute personne ayant intérêt, pour la conservation de ses droits ; à soutenir les prétentions de l'une des parties.

Le tiers absolu revendiquant doit également indiquer dans sa demande l'affaire sur laquelle porte le litige. L'indication des parties principales au litige ainsi que l'élection de domicile de l'intervenant au lieu où la Cour a son siège est obligatoire ; de même que les conclusions au soutien desquelles l'intervenant demande d'intervenir. Dans le cas des demandes d'intervention autres que celles d'Etats membres, l'exposé des raisons justifiant l'intérêt à intervenir est aussi obligatoire. La demande d'intervention du tiers absolu doit être signifiée aux parties. Dans ce cas, le Président de la CCJA met les parties en mesure de présenter leurs observations écrites ou orales avant de statuer sur la demande d'intervention. Le tiers absolu doit accepter le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention. Le président de la Haute Cour fixe le délai dans lequel le tiers absolu peut présenter un mémoire en intervention. Il fixe également le délai dans lequel les parties pourront répondre à ce mémoire. Cette possibilité d'intervenir par le tiers absolu pendant la

⁸⁷ SOSSA (C.D.), « La recevabilité du pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *Ohadata D-22-22*, p. 4.

⁸⁸ Le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 tel que modifié par le Règlement n° 001/2014/ CM du 30 janvier 2014 est celui utilisé dans la zone OHADA pour la saisine de la CCJA.

⁸⁹ SOSSA (C.D.), « La recevabilité du pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *op cit*, p. 12.

procédure devant la CCJA est également admise par le mécanisme de la demande de la tierce opposition.

2- Le délai de la demande de l'action en tierce opposition

Au niveau de la CCJA, afin de protéger les intérêts du tiers absolu pendant la procédure d'exécution forcée, le législateur communautaire a prévu des voies particulières permettant à toute personne justifiant d'un intérêt d'attaquer une décision de justice qui lui porte préjudice par le biais de la tierce opposition, conformément l'article 47 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁹⁰. C'est un moyen ouvert par la loi à une personne qui n'a pas figuré à une instance pour attaquer le jugement rendu à la suite de cette instance en tant que ce jugement porte préjudice à ses droits et pour en demander la rétractation ou la reformation⁹¹. Dans cet ordre d'idées, la Haute juridiction communautaire réitère sa position constante en déclarant que « *le recours en tierce opposition est irrecevable lorsque la demanderesse ne justifie d'aucun droit légitimement établi, susceptible d'avoir été lésé par la décision attaquée* »⁹².

En ce qui concerne le délai de la tierce opposition, il faut noter pour le regretter que le législateur communautaire n'a prévu aucun délai relatif à l'action en tierce opposition, contrairement aux autres procédures contentieuse⁹³. Ainsi, à titre de droit comparé, le législateur français a bien précisé le délai qu'il faut au tiers absolu dans le cadre de la demande de tierce opposition. Ce délai est institué en fonction de la forme de l'action en tierce opposition qui peut

⁹⁰ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique de termes juridiques*, op cit, p. 918. En effet, la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire, de rétractation ou de réformation, ouverte aux personnes qui n'ont été ni parties ni représentées dans une instance, leur permettant d'attaquer une décision qui leur fait grief et de faire déclarer qu'elle leur est inopposable.

⁹¹ KATUALA KABA KASHALA et MUKADI BONYI, *Procédure civile*, Kinshasa, Editions Batena Ntambua, 1999, p.152, cités par KALUKANDA MASHATA (H.), « La tierce opposition en droit judiciaire congolais », *Réflexions Juridiques Africaines*, Vol. 1, N°3, 2024, p. 347.

⁹² CCJA 1ère ch., 25 octobre 2018, Aff. n° 170/2018, Veuve GARBA Aoudou née Hawa contre AFRILAND FIRST BANK SA. (Ex. C.C.E.I. BANK) et CACIC SA. & EL HADJ GARBA AOUDOU.

⁹³ Par exemple, la demande d'interprétation d'un arrêt qui doit être formée dans les trois ans qui suivent le prononcé de l'arrêt (article 45 bis) ou la demande en révision qui doit être formée dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande est basée (article 49).

être soit principale⁹⁴, soit incidente⁹⁵. Dès lors, au visa de l'article 586 du Code de procédure civile français, la tierce opposition principale est ouverte pendant trente ans à compter du jugement à moins que la loi n'en dispose autrement. Cette limitation des délais est pour la doctrine le délai légal ordinaire de prescription d'action civile⁹⁶. Lorsqu'il s'agit de la tierce opposition incidente, la demande peut être formée sans limitation de temps contre un jugement produit au cours d'une autre instance par celui auquel on l'oppose⁹⁷. Ainsi, le droit de l'exécution forcée OHADA ayant emprunté l'essentiel de ses dispositions au droit français, notamment la loi de 1991⁹⁸ et son décret d'application de 1992⁹⁹. Il serait judicieux pour le tiers, que le législateur africain emprunte les pas de son homologue français dans une future réforme, en instituant des délais relatifs à l'action en tierce opposition. Cela présentera surtout le grand avantage de cantonner dans le temps, la procédure de cette demande du tiers. Cette précision servira le tiers absolu pour s'organiser afin de défendre ses intérêts.

Conclusion

En somme, dans l'implication du tiers dans les voies d'exécution, la fonction des délais s'exprime à double version. D'une part, elle est contraignante, lorsque le tiers est détenteur du bien, objet de la poursuite, ou des informations pouvant permettre d'accéder à ce bien. Le caractère contraignant du délai résulte de ce que le législateur a institué des brefs délais à l'égard du tiers détenteur pour son concours pendant l'exécution forcée. Le manquement à cette contrainte temporelle est susceptible des sévères sanctions. D'autre part, cette fonction est protectrice lorsque, notamment, le tiers absolu doit bien soustraire les biens lui appartenant, qui ont été inventoriés dans l'assiette de la saisie par inadvertance. En effet, le législateur lui consacre des délais pour exercer ses droits aussi bien par devant les juridictions nationales qu'auprès de la

⁹⁴ L'action en tierce opposition est principale, lorsqu'elle est une contestation d'une décision par un tiers absolu. Dans ce cas d'espèce, elle est en dehors de tout procès et doit être introduite devant le tribunal qui a rendu la décision contestée par voie d'une assignation. Elle est une voie de rétractation qui permet au tiers absolu de demander au juge qui avait rendu la décision de rectifier une erreur ou de la reformer en sa faveur.

⁹⁵ L'action en tierce opposition est incidente lorsqu'elle émane d'une contestation d'une décision opposée dans au sein d'un litige. Dans ce cas, cette demande doit être formée au cours d'un procès déjà engagé dans le juge ne s'est pas encore prononcé.

⁹⁶ BIZEAU (M.), « La tierce opposition: définition, conditions, procédure et effets », en ligne sur : <https://fiches-droit.com/tierce-opposition> (Consulté le 23 octobre 2024 à 19h58).

⁹⁷ Il faut noter que le législateur français précise qu'en matière contentieuse, la demande n'est cependant recevable de la part du tiers auquel le jugement a été notifié, que dans les deux mois de cette notification, sous réserve que celle-ci indique de manière très apparente le délai dont il dispose ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé.

⁹⁸ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

⁹⁹ Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

CCJA. Cependant, la fonction des délais à l'égard du tiers se heurte à un certain nombre d'obstacles. Ainsi, certains délais de procédure sont inadéquatement encadrés et en cas de moindre petit manquement, le tiers se voit trainer devant les juridictions, soit pour le paiement des causes de la saisie, soit au paiement des dommages. Il ressort qu'il y a également des discriminations dans la consécration des délais en fonction de la nature des biens à saisir et de la présence ou non du tiers détenteur.



L'accueil du rapport d'investigation privée dans le système de preuve

The acceptance of private investigation report in the proof system

Par :

Raphaël NDABTJE Page | 51

Détective Privé

Doctorant en Droit Privé à l'Unité de Formation Doctorale de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun

ndabtjeraphael14@gmail.com

Dénis Thérèse BOMBA

Professeur Titulaire, enseignant à l'Université d'Ebolowa-Cameroun

Résumé :

L'investigation privée connaît une progression importante dans le monde et en particulier au Cameroun ; elle est appelée à s'intensifier avec l'accroissement rapide des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Le marché de l'investigation privée ne sera une réalité que si les consommateurs ont confiance dans le rapport d'investigation privée. Or, cette confiance est principalement impulsée par l'accueil de ce dernier dans le système de preuve. En l'état, un rapport d'investigation privée, souvent rédigé par un détective privé ou une agence d'investigation privée, est un document qui résume les résultats d'une enquête menée dans le but de recueillir des informations sur une personne, une situation ou un événement spécifique. Cependant, l'accueil du rapport d'investigation privée dans le système de preuve, en particulier dans le cadre juridique, soulève plusieurs questions importantes concernant la légalité, la recevabilité et la valeur probatoire de ce type de document.

Mots-Clés : Accueil, rapport d'investigation privée, système de preuve.

Abstract :

Private investigation is experiencing significant growth worldwide, particularly in Cameroon ; it is expected to intensify with the rapid increase in new information and communication technologies. The private investigation market will only become a reality if consumers trust the private investigation report. However, this trust is mainly driven by the acceptance of such reports within the legal system. Currently, a private investigation report, often written by a private detective or a private investigation agency, is a document that summarizes the results of an investigation conducted to gather information about a person, a situation, or a specific event. However, the acceptance of the private report within the legal system raises several important questions concerning the legality, admissibility, and probative value of such a document.

Key words : Acceptance, private investigation report, proof system.

Introduction

L'investigation privée, menée par des détectives privés ou des agences spécialisées, est un outil fréquemment utilisé dans les affaires civiles commerciales et pénales pour recueillir des informations ou des preuves qui peuvent être essentielles au règlement d'un conflit. Le rapport d'investigation privée, qui résume les résultats d'une telle enquête, peut inclure des éléments variés tels que les témoignages, des documents, des photographies ou encore des analyses. Toutefois, si ce rapport peut être un précieux soutien pour les parties prenantes d'une procédure judiciaire, sa place dans le système de preuve reste complexe.

En effet, sa recevabilité et sa valeur probatoire sont conditionnées par un ensemble de règles juridiques et dépendent de plusieurs facteurs, tels que le respect des droits fondamentaux, la légalité des méthodes d'enquête utilisées et la cohérence du rapport avec d'autres preuves. Si l'importance de la profession d'investigateur privé, dans le contexte juridique camerounais actuel est réelle, en raison de la floraison des enquêtes privées¹, elle nous permet de mettre en lumière les enjeux et les défis auxquels elle est confrontée.

Dans certains systèmes juridiques, le rapport d'investigation privée est perçu comme une preuve de nature « privée », c'est-à-dire produite hors du cadre officiel des autorités judiciaires, et son accueil dans le processus judiciaire peut être limité. Bien qu'il ne jouisse pas de la même force probante qu'une preuve recueillie par la police ou un juge, il peut néanmoins être pris en compte si sa crédibilité est établie et qu'il respecte les principes fondamentaux de la procédure.

Cependant, malgré leur importance, les investigations privées font face à de nombreux obstacles au Cameroun. Leur profession est souvent sujette à la confusion et à la contestation, ce qui remet en question la légitimité et la fiabilité de leur rapport. Par ailleurs les questions de la vie privée, du respect des droits individuels, de la garantie de la protection des données personnelles et la dignité des personnes concernées se posent avec acuité dans le cadre des investigations privées.

Il faut tout de même souligner le rôle crucial des investigateurs privés dans la recherche de la vérité et la collecte des preuves dans le cadre de litiges civils, pénaux, administratifs, fiscaux,

¹ « *Il existe aujourd'hui plus d'une centaine de détectives privés au Cameroun* » : Entretiens avec le Doyen des détectives privés au Cameroun et même de l'Afrique Centrale diplômé du Centre International des Études policières de Wemmel en Belgique le 21 mai 1971.

etc... et leurs expertises et leurs compétences en matière d'investigation peuvent contribuer à éclairer la justice et à garantir un processus judiciaire équitable pour toutes les parties impliquées. Il est alors nécessaire de comprendre les conditions de recevabilité de ces rapports, leur place dans la hiérarchie des preuves judiciaires, ainsi que les limites qu'elles rencontrent en matière de légalité et de fiabilité.

Cette réflexion est d'autant plus cruciale dans un contexte où l'utilisation des enquêtes privées s'est considérablement développée ces dernières années. La doctrine estime que la recevabilité des rapports d'investigation privée, comme moyen de preuve, peut, en raison du manque de réglementation spécifique² encadrant cette pratique, être contestée en justice. Cette absence de réglementation soulève des questions d'éthique, de confidentialité, de respect des droits des individus et le respect de la vie privée d'une part et des questions d'objectivité, d'authenticité et de fiabilité d'autre part.

Une définition des mots clés s'avère donc nécessaire pour la compréhension de notre sujet. Pour ce qui est du rapport d'investigation privé, nous l'entendons comme un document rédigé par un professionnel de l'investigation privé souvent appelé détective privé, investigateur privé, enquêteur de droit privé, agent de recherche privée³. Ce rapport contient des informations au moyen d'investigations, d'observations et de recherches pour soutenir ou corroborer des faits⁴ dans le cadre d'une enquête ou d'un litige. Plus encore, c'est un document qui détaille les résultats d'une enquête ou d'une investigation privée. Ce rapport peut contenir des informations pertinentes et des preuves recueillies au cours de l'enquête, telles que des témoignages, des photographies, des enregistrements vidéo ou audio, des documents officiels, des relevés bancaires, etc. Il est généralement rédigé de manière professionnelle, précise et objective afin de permettre au client de comprendre pleinement les conclusions de l'enquête et de prendre des décisions éclairées. Il peut être utilisé dans le cadre de procédures judiciaires, de litiges civils ou de conflits personnels ou professionnels pour étayer les allégations ou les accusations formulées. Il est important de noter que le contenu⁵ et le format d'un rapport d'investigation privée peuvent varier en fonction du type d'enquête menée, des objectifs du client et des exigences légales applicables.

² La loi N°2009/019 du 15 décembre 2009 portant orientation de la sécurité privée au Cameroun ne cite pas explicitement les investigateurs privés ou les détectives privés ou les agents de recherche privée.

³ HOLLINGER (M-F). *Qui sont les ARP ?* AJ Pénal 2009, p.440-442.

⁴ WEILL (A), *Droit civil : Introduction générale*, 3^e éd., Précis Dalloz, 1973. p.227

⁵ La contenu de ceux sur quoi doit et peut porter la preuve dans le rapport d'investigation privée, est commandée par la distinction du fait et du droit. Les prétentions des parties se fondent sur deux types d'éléments : les éléments de fait

Pour ce qui est de l'accueil, c'est une manière d'accueillir, de recevoir quelqu'un quelque chose⁶. Pierre Gouirand définit l'accueil comme « *comprenant un ensemble d'attitudes, de gestes et de choses qui fait passer une personne ou une idée de l'extérieur à l'intérieur d'un lieu ou d'une communauté, et qui transforme l'étranger en une personne ou une idée, connue et acceptée* »⁷. Sans remonter au sens étymologique du terme, on peut dire qu'aujourd'hui le mot « accueil » désigne à la fois, un acte et un endroit précis. L'accueil, considéré comme l'action, la manière d'accueillir dans un premier temps, désigne alors l'acte qui consiste à recevoir un individu, en vue de lui fournir un service et la manière de se mettre à sa disposition pour le mettre à l'aise ; et considéré comme un lieu, le site, l'entreprise dans un second temps, signifie alors un endroit, un site qui est clairement indiqué.

Pour ce qui est du système de preuve, il est conçu pour prouver des énoncés. Il peut être considéré comme une machine à inférences avec des énoncés spéciaux, appelés énoncés prouvables, ou parfois des théorèmes qui en sont le produit final. Les points de départ sont appelés axiomes du système. Selon Gérard Cornu, « *le système est l'ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence, celle-ci pouvant tenir, s'il s'agit du droit d'un pays, aux caractéristiques nationales de ce dernier (ex. système juridique français), ou, s'il s'agit au sein d'un ordre juridique, d'un faisceau de règles, au parti législatif qui l'inspire (ex. système légal des preuves de la filiation)* »⁸.

et les éléments de droit. Les premiers, ce sont les faits et actes juridiques qui servent de base à une prétention. Ainsi une personne prétend être créancière d'une autre au titre de la réparation du dommage qui lui a été causé à l'occasion d'un accident de voiture : la réalité de cet accident, l'importance du préjudice sont des questions de fait. De plus, si une personne prétend être propriétaire d'un bien détenu par une autre, parce que celle-ci le lui a vendu, l'existence et la teneur de l'acte de vente constituent des questions de fait. De manière plus large les faits juridiques sont constitués, soit par des situations de fait (la naissance, la mort, l'âge), soit par des actions (détérioration d'un objet, coup porté, injure, etc...) qui entraînent par leur existence même une création, une modification ou une transmission des droits. Ces actions peuvent être aussi bien volontaires que non volontaires ; même si elles sont volontaires, elles demeurent des faits juridiques au sens strict du terme, dès lors que l'effet juridique qu'elles produisent n'a pas été voulu. Ainsi l'auteur de coups et blessures volontaires doit réparation à la victime ; celle-ci a une créance de dommages-intérêts. Cette créance a sa source dans un fait juridique, bien que les coups et blessures aient été volontaires : l'auteur responsable a volontairement frappé ou blessé, mais il n'était pas dans son intention de réparer le préjudice par le versement d'une indemnité pécuniaire ; c'est la loi qui impose la réparation. Quant aux actes⁵ juridiques, ce sont des manifestations de volonté des individus accomplies aux fins de produire un effet juridique. Ce sera par exemple, un contrat, accord de deux individus en vue de faire naître entre eux des obligations ; ce sera encore un testament, par lequel une personne déclare transmettre à son décès ses biens (en tout ou partie) à une autre personne, son légataire. Les seconds, éléments de droit⁵ sont des règles juridiques que l'on prétend applicables à la cause. Dans les cas d'espèces ci-dessus, ce sera la règle selon laquelle on est responsable du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde et celle d'après laquelle la vente transfère la propriété.

⁶ Dictionnaire Le Robert.

⁷ GOUIRAND (P), *L'ACCUEIL : Théorie, Histoire et Pratique*, L'HARMATTAN, 2011, p.252.

⁸ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^e éd., 2011.

Notre objectif sera d'analyser et de déterminer dans quelle mesure les rapports d'investigation privée sont accueillis dans le système de preuve admissible⁹ devant les tribunaux d'une part ; et, d'étudier les critères et les conditions auxquelles ce type de preuve doit répondre pour être recevable, ainsi que les implications juridiques et les enjeux liés à son utilisation dans le cadre des procédures judiciaires d'autre part. C'est ce qui va permettre de contribuer à l'amélioration¹⁰ du fonctionnement de la justice au Cameroun dans le respect des droits fondamentaux.

L'intérêt de notre étude se situe sur le plan théorique et sur le plan pratique. Sur le plan pratique, elle va proposer des recommandations pour une réglementation de l'investigation privée car nous allons nous appuyer sur une analyse approfondie des pratiques actuelles et des normes juridiques en vigueur ; elle pourra formuler des recommandations pour encadrer de manière plus précise l'utilisation de ces rapports en justice.

Sur le plan théorique, *primo*, elle va contribuer à la clarification et à la compréhension des règles de preuve ce qui pourra permettre de déterminer les critères et les conditions qui doivent être remplies pour qu'ils soient acceptés comme preuves devant les tribunaux. *Deuxio*, elle va permettre d'identifier les enjeux juridiques liés à l'utilisation de ce type de preuve car, en examinant les implications juridiques de l'accueil des rapports d'investigation privée, nous pourrions mettre en lumière les risques et les avantages associés à leur utilisation dans les procédures judiciaires. *Tertio*, elle va permettre de contribuer au développement du droit et à l'évolution de la jurisprudence¹¹ car, en explorant un sujet peu étudié ou controversé, nous pourrions apporter des éléments nouveaux à la doctrine juridique et nourrir les débats au sein de la

⁹ Les règles de preuves régies par le Code de procédure pénale Camerounais pour les matières pénales et le Code de procédure civile pour les matières civiles, etc.

¹⁰ Beaucoup de travaux sont consacrés à des aspects précis du droit camerounais et à son amélioration, notamment : MELONE (S.), *La parenté et la terre dans la stratégie de développement, (L'expérience camerounaise : étude critique)*, Paris, Éditions Klincksieck, 1972 ; POUGOUE (P.-G.), *La famille et la terre. Essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*, thèse de doctorat d'État, Bordeaux, Faculté des études supérieures, Université de Bordeaux, 1977 ; NKOUENDJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1975 ; NDJOCKLE (R. M.), *L'option de juridiction en droit privé camerounais*, thèse de 3^e cycle, Yaoundé, Faculté des études supérieures, Université de Yaoundé, 1990 ; FOZEU (S.), *La problématique des régimes matrimoniaux des camerounais*, mémoire de maîtrise, Yaoundé, Faculté des études supérieures, Université de Yaoundé, 1988 ; MOYO (L.), *Les rapports entre époux dans un mariage polygamique*, mémoire de maîtrise, Yaoundé, Faculté des études supérieures, Université de Yaoundé, 1988.

¹¹ Il faut noter qu'au Cameroun, il n'y a pas encore eu de litige concernant la recevabilité du rapport d'un investigateur privé et ou d'un détective privé pour comprendre comment les tribunaux évaluent la recevabilité de tels rapports. Il n'existe aucune jurisprudence spécifique sur la recevabilité du rapport d'investigation privée ou de détective privé auprès des tribunaux et Cour d'Appel camerounais.

communauté juridique. Enfin Quarto, notre étude sur l'accueil du rapport d'investigation privée peut constituer une contribution significative à la réflexion sur la justice et les preuves en droit, en abordant une thématique pertinente et complexe pour la pratique et la théorie du droit.

On peut se poser alors la question de savoir quelle place donner au rapport d'investigation privée dans le système de preuve juridique ? Autrement dit, quel est son statut en tant que preuves dans les procédures judiciaires ? L'importance de cette question se trouve dans le cadre des pratiques judiciaires modernes en particulier avec l'évolution des enquêtes privées. Dès lors, cette question soulève des enjeux importants liés à l'équilibre entre la liberté d'enquête du détective privé et les droits de la défense, ainsi que la garantie d'un procès équitable. Page | 57

L'hypothèse que nous retiendrons est celle de la variabilité de la place accordée au rapport d'investigation privée est fonction des règles juridiques et des circonstances. La méthode exégétique pour cette étude sera la nôtre ; Nous irons de temps à autre vers la méthode de la libre recherche scientifique.

Dès lors, notre réflexion sera déclinée par une structuration binaire dont la première partie portera sur un accueil accepté du rapport d'investigation privée dans le système de preuve et dans la deuxième partie un accueil accordé du rapport d'investigation privée dans le système des preuves et ses limites .

I- UN ACCUEIL ACCEPTE DU RAPPORT D'INVESTIGATION PRIVEE DANS LE SYSTEME DE PREUVE

L'investigation privée, pratiquée par des détectives privés ou des agences spécialisées, occupe une place de plus en plus importante dans le paysage juridique et économique contemporain¹². Les rapports d'investigation privée, qui synthétisent les résultats de ces enquêtes, peuvent constituer des éléments cruciaux dans les procédures judiciaires, que ce soit dans le cadre d'affaires civiles, commerciales ou pénales. Toutefois, leur acceptabilité en tant que preuve dans le système judiciaire demeure une question complexe, car ces rapports sont très en dehors du cadre strictement public et légal des autorités judiciaires. Cette acceptabilité dans le système de preuve n'est pas automatique. Il sera donc question ici de savoir dans quelle mesure un tel rapport, qui

¹² Selon le rapport de la Business research INSIGHTS en date du 6 janvier 2025, il indique un aperçu du rapport du marché des services de détective privé : « la taille du marché mondial des services de détectives privés était évaluée à environ 9,7 milliards de dollars en 2023 et devrait atteindre 16,5 milliards de dollars d'ici 2032.... »

relève du domaine privé, peut être intégré dans le processus judiciaire, où les principes de légalité et de preuve publique dominent.

La première étape pour comprendre l'acceptabilité de ces rapports est d'examiner leur nature et leurs caractéristiques. Un rapport d'investigation privée peut inclure divers types de preuves et de documents, mais sa qualité et sa pertinence dépendent largement des méthodes d'enquête utilisées et de la rigueur avec laquelle ces informations sont collectées. Il est donc crucial de comprendre les particularités de ces rapports pour évaluer leur rôle dans le processus judiciaire. Une fois cette analyse de la nature du rapport effectuée, il convient d'examiner les conditions légales de recevabilité de ces rapports dans le système judiciaire. Le rapport d'investigation privée doit répondre notamment à l'exigence du principe de « *dura lex, sed lex* »¹³. En effet, bien que le rapport d'investigation privée puisse contenir des informations précieuses, sa recevabilité en tant que preuve dépend de critères juridiques stricts, tels que la légalité des méthodes d'investigation, le respect des droits fondamentaux et la conformité avec les règles de procédure. Ainsi, cette section explore les conditions dans lesquelles un tel rapport peut être admis comme preuve, en tenant compte des exigences de « *probatio* »¹⁴ et des garanties procédurales nécessaires pour assurer un procès équitable.

Dans cette première partie, nous analyserons donc successivement la nature et les caractéristiques du rapport d'investigation privée (A), puis les conditions légales de sa recevabilité (B) dans le système de preuve. Car, en droit, la preuve est soumise à des règles strictes, et tout rapport d'investigation privée ne peut être admis que s'il respecte les principes de « *audi alteram partem* »¹⁵ et de « *due process* »¹⁶. Ces deux aspects sont essentiels pour comprendre dans quelle mesure un rapport d'investigation privée peut être intégré dans le cadre juridique et judiciaire.

A- La nature et les caractéristiques du rapport d'investigation privée

Le rapport d'investigation privée se distingue des autres types de preuve, notamment les preuves administratives ou légales, par la manière dont les informations sont obtenues. Cette distinction suscite des interrogations quant à sa validité et son admissibilité dans le cadre judiciaire, soulevant ainsi la question de sa recevabilité conformément aux exigences légales et

¹³ Locution latine qui veut dire « la loi est dure, mais c'est la loi ».

¹⁴ Locution latine qui veut dire « preuve ».

¹⁵ Locution latine qui veut dire « écouter l'autre partie »

¹⁶ Locution latine qui veut dire « procédure régulière ».

déontologiques. Pour être pris en considération comme preuve, le rapport d'investigation privée doit répondre à plusieurs critères. Il doit notamment être rédigé de manière claire, objective et impartiale, afin de respecter le principe de « veritas » qui gouverne toute procédure judiciaire. La « légalité » de la collecte des informations, en particulier, constitue un élément fondamental à cet égard. Si le rapport d'investigation privée n'est pas conforme aux règles déontologiques de la profession, il risque de voir sa recevabilité rejetée par les juridictions compétentes, ce qui souligne l'importance de la conformité aux principes du droit.

Mais nous savons qu'il existe en droit le système légal et moral. Du fait qu'aucun des deux systèmes, légale et morale, ne l'emporte dans notre droit civil, celui-ci a réparti les procédés de preuve en deux catégories : les procédés de preuve parfaits – l'écrit, l'aveu et le serment décisore – ces procédés sont en principe admissibles en toutes matières et lient le juge ; les procédés de preuve imparfaits – témoignages, présomptions de fait et serment supplétoire – ces procédés considérés comme dangereux, peu sûrs, ne sont admis qu'exceptionnellement et ne lient pas le juge.

De manière générale, cette répartition rentre dans la distinction fondamentale des actes juridiques et des faits juridiques : les premiers sont soumis au système de la preuve légale, ce qui nous intéresse, et la liberté de la preuve l'emporte pour les autres.

Ce principe de répartition n'est d'ailleurs pas absolu : d'une part, la preuve des actes juridiques (1) ne relève pas systématiquement du système des procédés de preuve parfaits ; ces actes peuvent parfois être prouvés à l'aide de témoignages et de présomptions, et les tribunaux ont même interprété largement les textes prévoyant de tels procédés de preuve ; d'autre part, la loi rapproche parfois la preuve des faits de celle des actes juridiques, lorsqu'elle veut, dans un but de sécurité, soumettre la preuve de certains faits juridiques (2) à des conditions strictement déterminées.

1- La preuve des actes juridiques faite par l'investigateur privé

L'article 1341 du Code civil¹⁷ applicable au Cameroun constitue la disposition centrale du système de preuve des contrats et, par extension, des actes juridiques. S'inspirant du système de la

¹⁷ Art. 1341 du CC : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il

preuve légale, le texte décide que la preuve des actes juridiques n'est pas libre, et affirme la primauté de la preuve écrite. La nécessité d'un écrit n'est toutefois, qu'une règle de preuve et ne concerne en rien la validité de l'acte juridique, celui-ci se formant, en principe, par le seul consentement¹⁸.

L'article 1341 distingue quatre situations qu'il convient d'examiner successivement : la preuve de l'acte juridique proprement dit (1.1), la preuve contre et outre l'écrit qui constate l'acte juridique (1.2). Toutefois, nous élaguerons la question de l'ordre public (1.3) de l'article 1341 puis les exceptions à la nécessité de la preuve écrite (1.4).

En outre, il faut rappeler que la recherche des actes juridiques n'est pas l'apanage de la police ou de la gendarmerie mais des parties au procès civil. En effet, en matière civile, la charge de la preuve, « *onus probandi* », incombe au demandeur. Aux termes de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui¹⁹ qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. L'investigateur privé reste alors le dernier recours qu'a les parties pour rechercher les preuves qui sous-tendent leurs prétentions.

1.1- La preuve de l'acte juridique proprement dit : l'écrit

Il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme de cinq cents francs deux questions se posent à propos de cette règle : que faut-il entendre par ces mots « *toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs* » ? Et, comment s'évalue l'importance du litige ?

Pour la première question, il convient de dire que, ce qui doit être relaté par écrit, ce ne sont pas seulement les conventions, mais tous les actes juridiques, c'est-à-dire tous les actes qui

s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq cents francs ; Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

¹⁸ Notre Code civil a consacré le principe du consensualisme. Ce principe a une grande valeur : il impose le respect de la parole donnée, chacune des parties devant tenir son engagement d'une part ; d'autre part, du point de vue pratique, le consensualisme aboutit à une grande simplification en ce qu'il permet d'éviter des formalités plus ou moins longues et coûteuses. Le principe du consensualisme n'est cependant pas absolu. Une exception importante doit être relevée ; dans le domaine du droit de famille, les actes juridiques permis, ainsi le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel doivent être passés en des formes réglées par la loi. La liberté d'expression du consentement n'est ainsi la règle qu'en matière patrimoniale. Mais, comme on va le voir, même en ce domaine, le principe comporte des exceptions et des limitations

¹⁹ GHFSTIN (J), *Traité de droit civil*, t. I, 1977, par GHFSTIN et GOUBEUX, n° 575; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947, n° 115; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. 12, par ESMEIN, § 749, p. 52; NORMAND, *Le juge et le litige*, n° 290.

donnent naissance à une obligation ou qui entraînent une transmission de droits réels, comme aussi tous ceux qui emportent l'extinction ou la mutation de ces mêmes droits.

La réponse à la deuxième question nous amène à constater que rien n'est plus facile s'il s'agit de prouver l'existence d'une obligation de somme d'argent. Si l'objet de la contestation n'est pas une somme d'argent, mais une chose appréciable, il appartient au demandeur de l'évaluer. Mais il sera lié par l'évaluation qu'il aura donnée à l'objet demandé dans ses conclusions primitives. L'article 1343 précise, en effet, que « *Celui qui a formé une demande excédant cinq cents francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive* ». Enfin, si l'objet du litige est une prestation indéterminée en valeur, la preuve par écrit est toujours requise²⁰.

La preuve de l'acte juridique se trouve ainsi rattachée à l'investigation privée.

1.2- La preuve contre et outre l'écrit constatant l'acte juridique

On suppose qu'un acte juridique a été constaté dans un écrit. Un plaideur prétend que l'écrit est inexact ou incomplet, ou bien qu'un événement postérieur au contrat y a apporté des modifications. L'article 1341 nous dit que lorsqu'un écrit est dressé, fût-ce à propos d'une opération ne dépassant pas la valeur de cinq cents francs, la preuve contraire au contenu de cet écrit, à supposer qu'elle soit admissible, ne peut pas se faire par témoins. On ne peut rien prouver par témoins contre le contenu de l'acte, c'est-à-dire de contraire aux énonciations de cet acte, ni outre ce contenu, c'est-à-dire rien qu'on prétendrait avoir été omis²¹.

La règle ne fait cependant pas obstacle à ce que, en cas d'obscurité ou contradiction de l'acte, les juges se livrent à l'interprétation au moyen de toutes sortes d'éléments propres à éclairer le sens de l'acte²², notamment le recours au rapport d'investigation privée.

De même la preuve sera libre²³ lorsqu'il s'agit de rechercher les vices dont l'acte peut être atteint, tels que vices de consentement, absence de cause ou fausse cause, cause immorale ou illicite.

²⁰ Nous nous bornons à renvoyer, en ce qui concerne ces questions d'évaluation, aux articles 1342, 1344, 1345 et 1346 dont l'intérêt, d'ailleurs, diminue compte tenu du faible montant à partir duquel l'écrit est nécessaire.

²¹ Sur l'impossibilité de prouver par témoins une dérogation à la clause d'un bail écrit interdisant au preneur toute démolition sans le consentement exprès et par écrit du bailleur, V. Civ., 1^{re}, 27 nov. 1967. D. 1968, 245.

²² Civ., 10 juil., 1945, D. 1946, 181, note Mimin.

²³ Domaine de prédilection de l'investigation privée.

Quant aux faits postérieurs qui auraient pu modifier la portée ou les conséquences de l'acte, il semble bien qu'il faille distinguer entre les modifications de l'acte, dont la preuve n'est plus libre sans écrit, et les actes ou faits distincts, tels que paiement, remise de dette, compensation – la preuve en sera possible dans le cadre des règles applicables en pareil cas.

On peut dès lors dans certains cas avoir recours à des investigateurs privés notamment pour la recherche des vices de consentement, l'absence de cause ou de fausse cause, les causes immorales ou illicites.

1.3- La question d'ordre public de la disposition de l'article 1341 du CC

Une jurisprudence, très contestée en doctrine, se prononce pour la négative. Elle considère que la prohibition de la preuve testimoniale est une règle protectrice des simples intérêts privés, et que les parties peuvent y renoncer librement, soit avant de passer le contrat qu'il s'agit de prouver, soit postérieurement, et notamment en cours de procédure. On admet alors que les parties qui ne soulèvent pas le moyen du défaut de preuve littérale devant les juges du fond ont valablement renoncé à s'en prévaloir ; vainement invoqueraient-elles ensuite un moyen à l'appui d'un pourvoi en cassation ; il ne serait plus recevable²⁴.

1.4- Les exceptions à la nécessité de la preuve écrite

Nous distinguerons deux groupes d'exceptions : l'autorité de l'aveu et du serment d'une part et, la preuve par témoins ou présomptions de fait d'autre part.

Pour ce qui est du premier groupe d'exception, nous dirons que, dans toutes les matières où l'aveu et le serment sont admissibles, il est toujours possible de suppléer l'écrit ou même de le combattre au moyen d'un aveu, ou de la délation de serment admise par le juge.

En ce qui concerne le deuxième groupe d'exception, la loi indique quatre exceptions à la nécessité de la preuve écrite en vue de permettre la preuve d'un acte juridique au moyen de témoignages. Dans les mêmes cas, la preuve outre ou contre le contenu de l'acte pourrait être apportée au moyen de la preuve testimoniale. Il faut noter que, dans les hypothèses où la loi autorise ainsi l'administration de cette preuve, l'article 1353 permet de recourir aux simples présomptions, c'est-à-dire aux indices et inductions, abandonnés aux lumières et à la prudence des

²⁴ Civ., 6 janv. 1936, D. H. 1936, 115.

magistrats²⁵, si bien que les cas ci-après d'admissibilité de la preuve testimoniale sont en réalité soumis au régime de la preuve libre.

L'article 1341 alinéas 2 indique lui-même que les deux règles qu'il édicte reçoivent exception en matière commerciale. Il est donc possible, en cette matière, de prouver par témoins ou présomptions de fait de l'homme, ou contre et outre un écrit car, la rapidité des opérations commerciales ne permet pas toujours de se ménager une preuve écrite. Précisons que la liberté des preuves ne joue qu'à l'encontre de la partie à l'égard de laquelle l'opération est commerciale. La disposition de l'article 1341, alinéa 1, s'applique si l'opération doit être prouvée contre la partie à l'égard de laquelle elle ne constitue pas un acte de commerce. Ainsi, une vente passée entre un commerçant et un client civil peut être prouvée librement à l'encontre du vendeur ; celui-ci ne pourra, en revanche, l'établir par tous moyens à l'encontre de l'acheteur dès lors que l'intérêt en jeu dépasse cinq cents francs.

Une autre exception²⁶ aux dispositions de l'article 1341 résulte de l'article 1347. C'est le cas où il existe un commencement de preuve par écrit²⁷. On appelle ainsi, dit la loi, « *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». Cette définition a fait l'objet d'une interprétation extensive.

La première extension est qu'il faut un écrit. Ce peut être un « acte », c'est-à-dire un écrit rédigé en vue de faire preuve, mais auquel il manque une des conditions exigées par la loi

²⁵ Ces présomptions sont les inductions que le juge fonde sur des indices ou circonstances quelconques qui lui sont signalés par les conclusions des parties : à partir de la constatation de certains indices ou circonstances, on va présumer, induire l'existence de faits qui ne sont pas directement établis. Les indices ou circonstances dont le juge peut tenir compte sont des plus variés. Il ne s'agit pas seulement d'indices matériels. Le juge peut encore puiser des éléments de sa conviction dans les faits qui n'auraient pas été établis d'une manière régulière, par exemple dans des enquêtes nulles pour vice de forme, dans des expertises irrégulières, des livres de commerce irrégulièrement tenus. On notera la méfiance des tribunaux à l'encontre des enregistrements par magnétophone invoqués à titre de présomption, soit qu'ils désapprouvent le procédé, soit qu'ils redoutent le « truquage » de la bande sonore. V. Toulon, 7 nov. 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, 360 ; Trib. Civ. Seine, 16 fév. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, I, 309, 2^e esp ; Lyon, 21 déc. 1967, D. 1969, 25, note Lyon-Caen ; cf. IVAINER, *Le magnétophone source ou preuve de rapports juridiques en droit privé*, *Gaz. Pal.* 1966, II, Doctr. 91.

²⁶ Preuve – acte sous seings privés – preuve testimoniale admissible lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit – article 1347 du code civil. Arrêt n°37 du 15 mars 1973. Bul. des arrêts de la Cour suprême du Cameroun n° 28, p.4015. Preuve testimoniale - article 1347 du code civil - inadmissible en l'absence de commencement de preuve par écrit. Arrêt n°19 du 22 février 1973. Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Cameroun n° 28, p.4000.

²⁷ MAZEAUD (H), *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil*, Thèse Lyon, 1921 ; PERROT (R), *Encyclopédie Dalloz, Rép. Civil*, 1^{re} éd., V° *Commencement de preuve par écrit*.

notamment l'acte sous seing privé non signé, ou nul pour défaut de la formalité « du double »²⁸, l'acte authentique irrégulier pour non accomplissement des formalités légales par exemple. Mais la jurisprudence se contente d'un simple projet d'acte, ou même d'un écrit quelconque, non rédigé pour faire preuve, telle une lettre missive, faisant allusion au fait ou à l'acte juridique à prouver.

Page | 64

La seconde extension est qu'il faut que l'écrit émane « *de celui contre lequel la demande a été formée, ou de celui qu'il représente* », c'est-à-dire du défendeur ou de son auteur. À cet égard également la jurisprudence se montre extensive. Elle admet que le commencement de preuve par écrit peut émaner de la personne qui avait qualité pour représenter la partie à l'acte, par exemple un mandataire²⁹. Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit l'œuvre matérielle du défendeur, il suffit qu'il se le soit « approprié par une acceptation expresse ou tacite³⁰ ».

²⁸ En ce qui concerne les actes sous seing privé relatant des conventions synallagmatiques, l'article 1325 institue ce que l'on appelle la formalité *du double ou de l'original multiple*. Un acte de cette espèce doit en principe être établi en autant d'exemplaires qu'il y a des parties ayant un intérêt distinct. Cependant un seul exemplaire suffirait s'il était déposé par toutes les parties entre les mains d'un notaire ou d'un tiers chargé de le tenir à la disposition de tous. Cette formalité, qui remonte à la pratique de l'ancien Droit, tend à assurer aux parties une situation égale quant à la preuve ; il ne faut pas que l'une d'elles ait entre les mains l'écrit probatoire alors que les autres en seraient démunies ; sinon celles-ci seraient à la merci de leur adversaire qui pourrait, au gré de ses intérêts, soit invoquer l'existence du contrat, soit en nier la conclusion. Il ne suffit d'ailleurs pas que l'acte écrit ait été rédigé en double ; la loi veut encore que chaque original contienne « la mention du nombre des originaux qui en ont été faits » (article 1325, al.3). La raison de cette formalité supplémentaire est qu'autrement, il dépendrait de chaque contractant, quand bien même la formalité requise aurait été régulièrement accomplie, de rendre inopérante la preuve de son adversaire, en détruisant ou en dissimulant l'original resté entre ses mains. La sanction du défaut d'accomplissement de l'une ou l'autre des deux formalités prescrites par l'article 1325 n'est pas, comme dans l'ancien Droit, la nullité de la convention elle-même, mais seulement celle de l'instrument probatoire dressé par les parties – la nullité dont l'acte écrit se trouve alors entaché est irrévocable d'ailleurs uniquement par les parties et non par les tiers. La convention synallagmatique pourra être prouvée par tout autre moyen, si l'on se trouve dans un des cas où la preuve littérale peut être supplée. Et même l'acte nul en tant qu'acte sous seing privé, parce qu'il n'aurait pas été rédigé en double ou ne porterait pas la mention du nombre des originaux, pourrait servir de commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale, ce qui diminue la portée pratique des exigences de l'article 1325. L'inobservation des dispositions de l'article 1325 est sans portée dès lors que les parties ne contestent ni l'existence d'un écrit ni aucune de ses mentions. Civ., 3^e, 16 juin 1971, D. 1971, Somm. 203, *Bull. civ.* III, p. 274, n°387.

²⁹ Req. 13 juin 1936, D ; H ; 1936, 393.

³⁰ Civ. 22 nov. 1948, D. 1949, 27. Cf. Req. 6 déc. 1933, D. P. 1935, I, 61 ; note Désiry (lettres dictées), Civ. 1^{re}, 24 nov. 1969, D. 1970, 155, Rev. Trim. Dr. Civ. 1970, 352, obs. LOUSSOUARN (un écrit qui n'est pas l'œuvre de la personne à laquelle on l'oppose ne peut constituer un commencement de preuve par écrit, si celle-ci n'a pas donné mandat à son auteur ou ne se l'est pas rendu propre par une ratification) ; V. également Civ., 3^e, 7 mai 1969, *Bull. civ.* III ; n°356, p. 273 ; Civ. 1^{re}, 24 nov. 1969, D. 1970, 155, Rev. Trim. Dr. Civ. 1970, 770, obs LOUSSOUARN (cassation d'un arrêt de la Cour de Colmar du 6 déc. 1967, qui avait considéré comme valant commencement de preuve par écrit deux lettres du père de la débitrice qui n'avait nullement qualité pour représenter cette dernière). – Toutefois viole l'article 1347, en exigeant une condition non prévue par la loi, la décision qui, pour débouter une partie de sa demande en remboursement d'une créance, relève qu'aucun des documents produits par le créancier au titre de commencement de preuve par écrit ne pouvait être tenu pour émanant du débiteur puisque ces pièces n'étaient pas signées par celui-ci.

Il faut enfin l'extension selon que l'écrit invoqué rende vraisemblable le fait allégué, ce qui est un point de fait soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond³¹. Le commencement de preuve résultant de l'écrit sera alors complété par des témoignages ou des présomptions. Ce qui donne la possibilité de faire intervenir les investigations privées.

Nous abordons d'autres exceptions à l'article 1341 à savoir : l'impossibilité de se procurer un écrit, la fraude à la loi enfin l'acte juridique et les tiers

Pour ce qui est de l'impossibilité de se procurer un écrit, l'article 1348 énumère un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le législateur admet qu'il y a impossibilité de se procurer un écrit. Certaines concernent d'ailleurs des faits juridiques (délits, quasi-délits et quasi-contrats). Celles qui se réfèrent aux actes juridiques visent deux situations.

La première situation se retrouve dans certains cas où l'impossibilité de constater par écrit l'acte juridique est contemporaine de la formation de l'acte. L'article 1348-3° vise les « *Obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit* ». Cette formule générale est illustrée par les cas que l'article 1348-2° cite nommément : les « *Dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait* ». La rapidité des circonstances qui donnent naissance à l'obligation, explique la règle établie pour le cas de ces accidents imprévus que sont un incendie, une ruine, un naufrage.

Quant à l'exception relative aux dépôts d'hôtellerie, elle s'explique par les habitudes de la profession, qui sont de ne pas délivrer de reçus aux voyageurs – en effet, il ne serait pas matériellement impossible aux voyageurs d'exiger de l'hôtellerie un écrit dressant l'inventaire des choses apportées dans l'hôtel, mais ils sont dans *l'impossibilité morale* de se procurer cet écrit.

L'énumération des cas visés à l'article 1348 n'étant pas limitative, la jurisprudence a usé largement de la notion d'impossibilité morale ainsi dégagée. Dans nombre de situations, on

³¹ Civ. 16 juil. 1918, D. P. 1918, I, 77 ; Civ., 3^e, 1^{re} avril 1971, Sem. Jur. 1971, II, 16998, note GHESTIN constatant que, par lettre, le demandeur a avisé son notaire qu'il avait vendu au défendeur, pour un prix déterminé, trois parcelles de terre qu'il désignait, en le chargeant d'établir l'acte de vente, une cour d'appel qui estime que le demandeur a ainsi manifesté sa volonté de réaliser la vente, dont il précisait l'objet et le prix, et de considérer la vente comme parfaite par le seul échange des volontés et que l'adhésion du défendeur à ce contrat est établie par la quittance, écrite par le vendeur, d'un acompte sur la somme, montant de la vente des trois parcelles, par la photocopie d'un chèque émis par l'acquéreur et endossé par le vendeur, et par deux attestations des témoins de la transaction, peut retenir l'existence d'un commencement de preuve par écrit rendant admissibles des présomptions dont elle souverainement apprécié la portée, et estimer que l'accord des volontés sur la et sur le prix étant établi, la vente était parfaite par l'application de l'article 1583 du Code civil.

considère qu'un créancier ne pouvait pas moralement se ménager une preuve écrite, en raison soit des usages, soit des relations de famille, d'affection, ou de subordination existant entre les parties. Ainsi en est-il des contrats liant les médecins à leurs clients³², les instituteurs aux parents de leurs élèves³³, ou des propres parents et des époux³⁴, des fiancés³⁵ ou même des concubins³⁶, des personnes entre lesquelles existe un rapport de subordination³⁷

Par cette interprétation libérale de l'article 1348³⁸ – qu'on rapprochera de la conception extensive du commencement de preuve par écrit, les tribunaux tendent à écarter le système des preuves légales et à se rapprocher de la liberté de la preuve en matière d'actes juridiques³⁹. Ce qui est une forme d'incitation à l'investigation privée

La deuxième situation est la perte de l'écrit constatant l'acte juridique. L'article 1348, alinéa 2-4° prévoit le cas où le créancier a perdu, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, le titre qui lui servait de preuve littérale. Pour bénéficier de la liberté de preuve, il faut d'abord démontrer que l'écrit a été perdu par cas fortuit ou de force majeure. Le cas fortuit invoqué ne doit pas être dû au fait personnel – imprudence ou négligence - du demandeur à la preuve. Celui-ci doit établir que la perte du titre a pour cause une circonstance extérieure à sa

³² Civ, 31 mai 1932, D. H. 1932, 378.

³³ Req. 26 juin 1929, D. H. 1929, 460, S. 1930, I. 32.

³⁴ Req. 24 mars 1941, S. 1941, I, 132. Comp. pour des rapports entre frères et sœurs, civ., 1^{re}, 17 mars 1958, D. 1958, Somm. 78 ; Grenoble, 12 avril 1967, D. 1967, 496 ; ... entre beau-père et gendre, Civ., 1^{re}, 13 janv. 1969, D. 1969, Somm. 65 ; Civ., 1^{re}, 17 nov. 1971, D. 1972, Somm. 48, Bull. civ. I, n°249 (preuve des versements faits par un donataire qui vivait avec le donateur, son père, lequel s'était réservé l'usufruit des biens donnés mais avait abandonné la gestion de ces biens au donataire). V. Lyon, 23 janv. 1968, D. 1968, 732, qui n'étend pas la solution aux rapports entre un oncle et sa nièce.

³⁵ Montpellier, 29 nov. 1950, *Gaz. Pal.* 1951, I, 36

³⁶ Paris 18 juin 1953, *Gaz. Pal.* 1953, 2, 134 (preuve de l'engagement pris par le concubin de subvenir aux besoins de son enfant) ; Civ., 1^{re}, 20 mai 1957, *Bull. .civ.* I, p. 184 (preuve d'une société de fait)

³⁷ Crim. 31 déc. 1950, D. 1951, 112 ; Civ., sect. soc. 28 avril 1955, D. 1956. Somm. 66 (preuve par le salarié de l'existence d'un contrat de travail). Certaines décisions visent des parties qui ne s'étaient pas réservé la preuve écrite des points fixés à leurs salariés. (Req. 9 déc. 1924, D. H. 1923, 62 ; Civ., 17 mars 1938, D. P. 1938, I, 115, note Mimin), hypothèse qui cadre mal avec une impossibilité morale fondée sur l'état de dépendance.

³⁸ La jurisprudence est allée jusqu'à reconnaître l'impossibilité de la preuve écrite entre ceux qui commercent sur des *denrées de luxe*, alléguant que l'exigence d'un écrit constituerait « une suspicion de nature à froisser le contractant et à nuire à la conclusion du marché » (Bordeaux, 9 janv. 1962, D. 1962, Somm. 110 – achat de vins). Omp. Crim. 7 août 1924, D. H. 1924. 557 (preuve de la remise à un fourreur de peaux à travailler) ; Colmar, 2 fév. 1954, D. 1954, 388 (preuve de l'achat d'une fourrure à un commerçant traitant avec une personne honorablement connue)

³⁹ V. MALINVAUD (Ph), *L'impossibilité de la preuve écrite*, Sem. Jur. 1972, I, 2468.

volonté, c'est-à-dire un événement de force majeure⁴⁰. A l'évènement de force majeure on doit assimiler le fait d'un tiers bien que la loi ne le cite pas expressément⁴¹.

Il faut ensuite établir l'existence antérieure du titre. Cette seconde condition doit être bien comprise. Elle implique en premier lieu que le demandeur ait satisfait à l'exigence de l'article 1341 lors de la naissance de son droit. Il doit avoir établi un titre, celui-là même qui a été perdu. Mais ainsi entendue, la preuve de l'existence antérieure d'un titre n'a pas à être rapportée séparément, elle est incluse dans la preuve de la perte de l'écrit – en prouvant la perte d'un titre, on établit du même coup qu'il existait auparavant. Mais il reste à établir – c'est l'autre aspect de la seconde condition – le fait ou l'acte juridique que relatait le titre perdu. Cette preuve pourra être faite par tous les moyens : témoignages, présomptions ou indices⁴². La preuve de l'existence antérieure du titre s'entend aussi de la preuve de sa parfaite régularité en la forme. Il faut donc prouver que le titre perdu répondait à toutes les conditions imposées par la loi, suivant sa nature : authenticité pour les actes soumis à cette forme ; signature, double original ou bon pour dans les actes sous seing privé ; date, écriture et signature pour les testaments olographes⁴³, etc.

⁴⁰ Est constitutif d'un événement de force majeure tout événement que le demandeur n'a pu ni prévenir, ni surmonter : incendie, inondation, bombardement, pillage, etc. Cas fortuit ou de force majeure : il s'agit d'un événement indépendant de la volonté de l'homme, imprévisible et irrésistible, par exemple, selon les circonstances, la foudre, un incendie, un naufrage, la guerre. Cet événement peut produire certaines conséquences juridiques : ainsi, quand il empêche un débiteur d'exécuter son obligation, il le libère de toute responsabilité.

⁴¹ Le fait d'un tiers peut d'abord être *intentionnel* : il y aura eu soustraction ou destruction de pièces en vue d'empêcher la preuve. Pour déclencher la liberté de la preuve il faut, au préalable, démontrer le fait de la soustraction ou de la remise à un tiers. La soustraction étant un acte matériel, la preuve en est libre. La remise volontaire, au contraire, s'analysant en un contrat de mandat ou de dépôt, devra être prouvée par écrit conformément au droit commun (Crim. 23 sept. 1853, S.54, I, 213) ; toutefois la jurisprudence s'efforce, par divers biais, d'éviter au demandeur une telle preuve : ainsi lorsque la remise du titre a été provoquée par des manœuvres dolosives, la preuve en sera libre (Crim. 18 août 1904, S. 1906, I, 57, note ROUX ; il en va de même si la remise a été opérée dans le seul but de permettre la vérification du titre par des tiers, en vue de paiement (Crim. 20 nov. 1873, D. P ; 74, I, 504), auquel cas le refus de restituer pourrait même être considéré comme un vol. – Le fait du tiers peut aussi être *non intentionnel*. Exemple : une pièce importante, communiquée au cours d'un procès à l'adversaire ou même au tribunal peut être malencontreusement égarée ; la jurisprudence voit dans cet événement un cas de force majeure (Toulouse, 18 janv. 1897, D. P ; 97, 2, 247 – perte d'une pièce figurant dans un dossier remis au tribunal ; Civ., 1^{re} sect. civ., 9 fév. 1959, Bull. civ. I, p. 67 – perte d'une pièce communiquée à l'adversaire)

⁴² V. ainsi Civ., sect. soc., 30 janv. 1962, Bull. civ. IV, I, 85.

⁴³ Une telle exigence de preuve paraît normale : s'il est juste d'aider celui qui sans sa faute, a perdu l'écrit qui lui était nécessaire, il ne faut pas que le secours dépasse son but, ce qui serait le cas si le demandeur plus d'avantage à perdre l'écrit qu'à le présenter : or il en serait ainsi si l'application de l'article 1348-5° permettait de suppléer non seulement à la perte du titre mais encore à son défaut de force probante. Mais, en fait, la jurisprudence n'exige pas toujours la preuve de la régularité du titre – une telle preuve pouvant être excessive, car il peut être difficile de la prouver autrement qu'en présentant le titre qui, par hypothèse, a disparu. C'est pourquoi la jurisprudence n'exige cette preuve que dans les cas où la forme était requise à peine de nullité, par exemple en matière de testament. Et encore cette exigence est écartée lorsque l'écrit a été détruit ou soustrait par celui-là même à qui il était opposable : on présume dans ce cas la loyauté du titre car si celui-ci avait été nul en la forme, le tiers n'aurait pas eu intérêt à la supprimer. C'est ainsi que la jurisprudence admet que les héritiers qui ont détruit le testament fait par leur auteur ne peuvent exiger du légataire qu'il en démontre la régularité (Req. 8 déc. 1902, S. 1904, i, 133 ; Civ. 20 janv. 1957, Gaz. Pal.

En ce qui concerne la fraude, même entre les parties, la prohibition de la preuve par témoins ne s'applique lorsqu'il s'agit de prouver soit une fraude à la loi, soit la cause illicite de l'acte. C'est ce qui résulte de l'article 1353 *in fine*, qui autorise la preuve par présomption et, par conséquent, la preuve par témoins dans les cas où « *l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol* ».

Enfin pour ce qui est de l'acte juridique et les tiers. Les tiers, c'est-à-dire les personnes qui n'ont été ni parties à l'acte ni ayants cause des parties, sont souvent dans l'impossibilité de prouver par un écrit l'acte juridique qu'ils peuvent avoir intérêt à invoquer. Cet acte ne peut d'ailleurs valoir à leur égard qu'en tant que fait juridique. C'est pourquoi ils peuvent en faire la preuve par tous les moyens⁴⁴. De même ils sont admis à prouver contre et outre le contenu aux actes, même si l'intérêt en jeu dépasse cinq cents francs. Cette dernière règle s'applique spécialement en cas de simulation : il arrive qu'un acte apparent soit modifié par un acte secret, le pseudo-vendeur se proposant sans doute de soustraire le bien prétendument aliéné au gage de ses créanciers. Les créanciers du pseudo-vendeur, désireux de saisir le bien, peuvent établir par tous les moyens possibles la teneur des accords réels auxquels ils n'ont pas été partis, et prouver ainsi que l'acte de vente ostensible n'était qu'un simulacre. Cela pourrait nécessiter l'appel aux investigateurs privés spécialisés dans le recueil des informations.

2- La preuve des faits juridiques : champ de prédilection de l'investigation privée

Les faits juridiques peuvent, en principe, être prouvés par tous les moyens, à l'exception toutefois de la preuve par commune renommée qui est comme une preuve particulière⁴⁵.

Bien que la loi ne s'en explique pas d'une manière générale, la solution est incontestée. Dans la plupart des cas, le fait juridique met en présence des situations qui ne comportent pas normalement la pré-constitution d'une preuve. Aussi bien l'article 1348 mentionne-t-il, parmi les cas où il est impossible de rapporter une preuve écrite, les délits et quasi-délits sont des faits

1957, I, 373. – Comp. BESANCON, 11 oct. 1967, D. 1968, 572, 2^e espèce, note E. S ; de la MARNIERRE, *Gaz. Pal.* 1968, I, 72 ; Cf. SAVATIER (R), *De la destruction ou de la lacération d'un testament olographe*, Rép. Gén. Not. 1937, art. 24979). - sur tous ces points, V. MALINVAUD (Ph), *op. cit.*, Sem. Jur. 1972, I, 2468, n°30 et s.

⁴⁴ Civ., soc., 12 juil. 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, 120.

⁴⁵ La preuve par commune renommée consiste en ce que des personnes rapportent, non plus ce qu'elles ont constaté elles-mêmes, mais ce qu'elles ont ouï-dire à propos de tel ou tel fait (Cf. Maurice PICARD, *De la preuve par commune renommée*, Thèse Paris, 1911). Cette preuve est dangereuse par son imprécision et n'est admise qu'à titre exceptionnel, à titre de sanction contre celui qui ne s'est pas pourvu d'un mode régulier de preuve, ainsi qu'il l'aurait dû. Elle peut ainsi être utilisée contre le tuteur qui n'a pas fait inventorier le mobilier échu par succession à un mineur (V. t. I, 2^e vol., *Les personnes, la famille, les incapacités*, n°807).

juridiques. Le même principe de liberté est applicable aux faits servant de fondement aux « quasi-contrats » (gestion d'affaires, paiement de l'indu, enrichissement sans cause) comme aux faits susceptibles de se situer dans la période précontractuelle (vices de consentement, tels que l'erreur, le dol, la violence, l'incapacité, absence de consentement par suite d'aliénation mentale) ou post-contractuelle (tels les faits d'inexécution).

La preuve est aussi libre pour les divers faits matériels susceptibles d'entraîner des conséquences juridiques, par exemples des faits de possession, des travaux, des constructions, etc. Nous marquerons aussi l'importance particulière de certains faits qui a conduit le législateur à écarter, en ce qui les concerne, la liberté de la preuve. C'est le cas pour divers faits intéressant l'état des personnes. Ainsi la preuve de la naissance ou du décès se fait normalement à l'aide des actes de l'état civil.

Chaque partie au procès doit faire la preuve qui lui incombe et le tribunal ne tient compte que de ce qui est dûment démontré devant lui ; tel est, du moins le principe. Parmi les différents types de procédures judiciaires, on oppose la procédure accusatoire à la procédure inquisitoire. Dans le premier cas, les parties ont la direction du procès, le juge étant en quelque sorte l'arbitre. Dans le second cas, le juge conduit le procès pour faire apparaître, par tous moyens, la vérité. En matière civile, la procédure accusatoire est la règle⁴⁶, le juge ayant un rôle « passif ».

Non seulement, le juge n'est pas tenu de rechercher ni de réunir les preuves des faits allégués devant lui, mais il lui est interdit, en principe, de s'immiscer dans l'administration de ces preuves. Il n'effectue aucune recherche personnelle et il fait abstraction de tout ce qu'il aurait appris de science personnelle. En se fondant sur des informations personnelles, le juge méconnaîtrait l'article 1315 du Code civil qui règle la charge de la preuve⁴⁷ et violerait le principe du débat

⁴⁶ VAN REEPINGHEN (Ch), *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, 246.

⁴⁷ Cass., 23 décembre 1960, *Pas.*, 1960, I, 456; Cass., 12 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, n° 724; Cass., 4 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, 594; Cass., 28 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 925; Cass., 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 23 : à propos du lieu d'un siège d'exploitation sur base duquel le juge du fond avait fondé sa décision, alors que cet élément de fait ne ressortait d'aucune pièce de la procédure; Cass., 17 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 1006 : à propos de l'évolution des cours respectifs du dollar et du franc beige dont le juge du fond faisait état, sans référence à ses sources; Cass., 23 septembre 1955, *Pas.*, 1956, I, 36 et *J.T.*, 1955, 107. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 5ème éd., t. XII, p. 73 ; GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 1, 1977, n° 566; BEUDANT et LEREBOURS PIGEONNIERE, *op. cit.*, t. IX, n° 1151 et la jurisprudence française citée par GHESTIN, *op. cit.*, t. I, n° 591, note 63; LAURENT (F), *Principes de droit civil*, 1976, t. XIX, n° 83. Cass. fr. comm., 29 mai 1990, *Bull. Cass.fr.*, 1990, IV, n° 157, p. 106: une communication téléphonique privée adressée au juge est sans force probante.

contradictoire qui domine le procès. On a cependant fortement exagéré la portée du principe de la passivité du juge civil⁴⁸. Le rôle du juge n'est pas purement passif⁴⁹.

De plus, c'est lui qui, en fin de compte, apprécie dans une large mesure la force probatoire de ce que lui rapportent les parties, mais encore lui appartient-il d'écarter telle offre de preuve, lorsque le fait ne lui paraît pas pertinent⁵⁰. Page | 70

De nombreux textes consacrent un certain pouvoir d'initiative du juge qui peut notamment ordonner une expertise, ordonner la comparution des parties⁵¹, ordonner une descente sur les lieux, ordonner la production d'un document⁵² détenu par l'une des parties ou même par un tiers⁵³. Il est évident que le juge, par sa façon d'interroger, peut orienter les débats et ainsi, en fait, aider l'une des parties à fournir la preuve attendue de sa part. L'idée est que la mauvaise foi d'une partie ou la maladresse de l'autre ne peut avoir pour effet de voiler la vérité⁵⁴.

Il n'est pas interdit au juge de faire état d'une expérience qui, sans être strictement personnelle, est le fruit d'une connaissance que pourrait avoir toute personne normalement informée (caractère intense de la circulation à tel endroit, à certaines heures) ou de donner une appréciation personnelle des faits qui lui sont soumis⁵⁵, sans toutefois pouvoir fonder une décision sur des éléments de fait qui n'ont pas été soumis à la contradiction des parties et dont il a acquis la connaissance en dehors de l'audience⁵⁶.

Le principe dispositif interdit au juge de modifier l'objet ou la cause du procès ainsi que de tenir compte de faits non invoqués par les parties, mais il peut modifier la qualification donnée aux

⁴⁸ Cass., 20 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, 1157; *R.C.J.B.*, 1965, p. 49, note HEILPORN; Cass., 15 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, 1228; STRANART, « Examen de jurisprudence, Droit judiciaire », *R.C.J.B.*, 1974, p. 158, n° 83 et s.

⁴⁹ On consultera les remarquables études de KRINGS (E), « L'office du juge dans la direction des procès », *J.T.*, 1983, p. 513 et J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, 14.

⁵⁰ Bruxelles, 31 décembre 1975, *J.T.*, 1976, p. 188. Cass. fr., soc., 24 mai 1989, *Bull. Cass. fr.*, 1989, 5^e partie, p. 234, n° 389 : le juge n'est pas partie dans l'administration de la preuve ; Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 289.

⁵¹ Sur les conséquences du refus de comparution, voyez Cass. fr., soc., 14 mai 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, 244.

⁵² Voyez sur cette question J. VAN COMPERNOLLE « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 89.

⁵³ Cass., 15 juin 1967, *J.T.*, 1967, p. 570; *Pas.*, 1967, I, 1228 et obs.; *R.W.*, 1967-1968, col. 543 ; Ch. VAN REEPINGHEN, rapport du Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Doe. pari.*, Sénat, n° 60, session 1963 1964, pp. 210 et s. et pp. 157 ets.; Cass., 19 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 74; E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, 513 et les références citées n° 22.

⁵⁴ GHESTIN, *op. cit.*, t. I, n° 566.

⁵⁵ Mercuriale de M. STEVIGNY, *J.T.*, 1957, p. 745, « Il n'est pas évident que l'ignorance encyclopédique du juge soit le gage d'une bonne justice »; CHEVALLIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 5; Cass., 2 décembre 1971, *Pas.*, 1971, I, 323.

⁵⁶ Cass. (3^e ch.), 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 22-24; Cass. fr., comm., 29 mai 1990, *D.S.*, 1990, I.R., 161.

faits par les parties et déduire de ladite qualification les conséquences juridiques qui y sont attachées, sous réserve des droits de la défense et du caractère contradictoire du procès⁵⁷.

Le juge peut également fonder sa décision sur des éléments régulièrement produits, même si ceux-ci n'ont pas été expressément invoqués par la partie sur laquelle pesait la charge de la preuve⁵⁸. D'où nous pourrions aborder les conditions légales de recevabilité du rapport d'investigation privée.

Page | 71

B- Les conditions légales de recevabilité du rapport d'investigation privée

Le rapport d'investigation privée bien, qu'il soit un document de preuve potentiellement valide, doit respecter les principes de « transparence » et « d'authenticité » pour être admissible en justice. De plus, c'est un document qui résulte d'une démarche proactive et indépendante dans le cadre des missions spécifiques telles que la recherche de preuve de fraude, de malversations, ou d'adultère. Il doit refléter une démarche rigoureuse, axée sur l'objectivité et la neutralité.

En ce sens, il s'oppose aux rapports d'enquête émanant des autorités judiciaires ou administratives, qui bénéficient d'une présomption d'authenticité et de légalité. En effet, en droit camerounais, la loi autorise la preuve par tous moyens⁵⁹ par conséquent, le rapport d'investigation privée ne bénéficie d'aucune présomption légale de véracité.

Il convient alors de faire une distinction entre légalité des preuves et preuves légales. Il est important de remarquer qu'il ne faut pas confondre les notions de « *légalité des preuves* » et de « *preuves légales* ». Le problème de la légalité des preuves a trait à la question de l'admissibilité de ces dernières, et non à celle de leur valeur probante⁶⁰. Les limites à la liberté des preuves découlant des principes généraux sont beaucoup plus importantes que celles résultant des textes juridiques. Les limites découlant des principes généraux s'appliquent à toutes les preuves et devant toutes les juridictions pénales, à tous les autres stades de la procédure pénale. Les organes étatiques, privés et judiciaires doivent les respecter, quel que soit le procédé de preuve, tels que les interrogatoires,

⁵⁷ Cass., 10 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, 520; Cass., 30 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 903; Cass., 15 février 1988, *Pas.*, 1988, I, 709. Quant à la notion de cause en droit judiciaire et à l'étendue du pouvoir du juge, voyez la controverse qui oppose MM. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, dans les notes sous Cass., 9 octobre 1980 et 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 14 et s.

⁵⁸ Cass., 15 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1230.

⁵⁹ Art 308 du CPP a) Hormis les cas où la loi en dispose autrement, une infraction peut être établie par tout mode de preuve ; b) Toute preuve contraire d'un fait peut être rapportée par tout moyen.

⁶⁰ BENEDICT (J), *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal.*, p. 23. Thèse de droit, Université de Lausanne, Éditions Pro Schola, Lausanne, 1994, p. 18.

les auditions, les perquisitions, les filatures et les surveillances. Le principe de la légalité de preuve tend à éliminer les moyens illégaux et d'autres moyens scientifiques du cadre du procès pénal. En ce qui concerne la personne poursuivie, c'est le respect des libertés individuelles, de la sécurité physique et morale de l'individu et des droits de la défense qui l'imposent. Pour la justice pénale, c'est la dignité et les valeurs fondamentales de la civilisation moderne qui les justifient. La question ne concerne pas seulement le recensement de la preuve, mais comprend aussi les manières dont ces preuves sont obtenues⁶¹.

On peut dire d'une manière générale que la procédure pénale a pour objet de concilier deux intérêts présentés comme antagonistes afin de trouver l'équilibre le plus satisfaisant⁶². Selon M. Jean PRADEL, « *la preuve est peut-être de toutes les branches de la procédure pénale, celle qui est la plus vivante et surtout la plus complexe et, par conséquent, la moins sûre, la moins fixée. On doit rappeler en effet que la preuve se trouve au confluent de deux logiques antagonistes : celle des droits de l'individu (à l'intégrité corporelle, à la vie privée) et celle des droits de la société, ces droits que l'on est tenté de défendre en profitant des technologies modernes et en bâtissant au profit des autorités de police et de justice un système de pouvoirs importants* »⁶³. La procédure pénale donc a pour mission de réaliser l'équilibre le plus satisfaisant possible entre deux exigences opposées : la nécessité de protéger la société contre les délinquants et les criminels qui la menacent d'un part, et celle de garantir les droits de l'individu et le respect de la personne humaine d'autre part⁶⁴. Plus précisément, la problématique qui concerne la recherche de la preuve s'articule autour de l'idée de trouver l'équilibre entre la liberté et la légalité dans la recherche et l'administration de la preuve en matière pénale. Un autre concept d'équilibre s'exprime par un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui est à notre avis une notion ou un critère de distinction ambigu et qui reste toujours un équilibre difficile⁶⁵. Pour mettre en œuvre cet équilibre souhaitable, comment chercher efficacement une solution qui n'affaiblit pas le principe de la légalité de la preuve?

⁶¹ V. en langue arabe : NAMMOUR (E), *Cour criminelle. Etude comparative*, 1^e éd., Éditions Juridiques Sader, Beyrouth (Liban), 2005, t.2, n°1347, p. 929.

⁶² LEVASSEUR (G), CHAVANNE (A), MONTREUIL (J), BOULOC (B) et MATSOPOULOU (H), *Droit pénal général et procédure pénale*, 14^e éd., Dalloz, 2002, n° 274, p. 121 : « *L'intérêt social voudrait une procédure rapide, mais une certaine prudence est nécessaire car il faut laisser à la personne poursuivie la possibilité d'organiser sa défense* ».

⁶³ PRADEL (J), « La preuve en procédure pénale comparée (Rapport général) », in *Revue internationale de droit pénal*, 1^{er} -2^e trimestre 1992, vol. 63, Actes du Séminaire International organisé par l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles à Syracuse (Italie) du 20 au 25 janvier 1992, pp.13-32. V. spec. p. 13.

⁶⁴ BENEDICT (J), *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵ V. ROBINSON (C) et ESER (A), « Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amérique », in *R.S.C.*, juillet-septembre 1967, n°3,

1- La légalité : un outil de recevabilité du rapport d'investigation privée

La légalité représente le cadre qui entoure le principe de la liberté de la preuve pénale. La liberté de la preuve pénale comme principe général qui domine la recherche de la vérité ne signifie pas que cette liberté est absolue. Il n'est pas permis pendant la recherche de la preuve, de recourir à certains procédés qui sont qualifiés ou dits illégaux : « *la manifestation de la vérité ne justifie nullement le recours à tout moyen de preuve* »⁶⁶. Cette liberté de la preuve n'est pas aveugle et n'est pas sans restriction : « *la preuve doit être administrée légalement* »⁶⁷. La liberté de la preuve n'échappe pas à l'obligation de respecter des principes généraux et des droits fondamentaux des individus⁶⁸, afin d'atteindre la vérité dans le cadre du procès pénal. Comme l'affirme M. Vincent LESCLOUS, « *l'administration de la preuve, notamment par l'autorité publique, est soumise à un principe de légalité soit par un formalisme particulier à un acte soit à raison d'un principe général (respect de l'intimité de la vie privée et des droits de la défense par exemple)* »⁶⁹. Il est convenu sans réserve d'aucune sorte que le principe de liberté de la preuve ne justifie pas le recours à certains procédés ou moyens illégaux puisque le principe de la légalité de preuve encadre cette liberté⁷⁰ comme le souligne Mme Coralie Ambroise-CASTEROT⁷¹.

En effet, cette légalité met la liberté de la preuve en conformité avec les droits de l'homme, pour éviter que la liberté de preuve soit un outil d'abus ou devienne arbitraire sous prétexte

pp. 567-618, V. spec. p. 581 : « *Combien il est difficile de trouver un équilibre satisfaisant, entre d'une part l'intérêt public, qui exige une enquête vigoureuse et sans entraves, et d'autre part l'intérêt individuel du suspect qui a besoin d'un appui pour sa défense* ».

⁶⁶ GUIDICELLI-DELAUGE (G) (dir.) et MATSOPOULOU (H) (coord.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni », in *Mission de recherche Droit et Justice / Synthèse 107* /, décembre 2003, p. 3.

⁶⁷ FOURMENT (F), *Procédure pénale*, 14^e édition, Larcier, 2013, n° 74, p. 55.

⁶⁸ V. GUIDICELLI-DELAUGE (G) (dir.) et MATSOPOULOU (H) (coord.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni », in *Mission de recherche Droit et Justice / Synthèse 107* /, décembre 2003, p. 8 : «

L'encadrement de l'administration de la preuve se fait aussi nécessairement par le respect imposé de certains droits substantiels de l'homme, et plus précisément, par le respect de la dignité humaine, le respect du droit à la vie privée, ... ».

⁶⁹ LESCLOUS (V), « Enquête préliminaire », in *J.-Cl. Procédure pénale*, Art. 75 à 78, Fasc. 20, n° 45.

⁷⁰ V. en ce sens : LECLERC (H), « Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France », in *Revue de science criminelle*, 1992, p. 15 : « *Le formalisme et le légalisme obligatoires dans la recherche et la production des preuves par l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme* » ; L'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme dispose : « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ».

⁷¹ AMBROISE-CASTEROT (C), « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », in *AJ Pénal*, 2005, pp. 261 et s. : « *En effet, ce principe de liberté de la preuve ne signifie pas que n'importe quel procédé puisse être utilisé : torture, sérum de vérité, polygraphe (détecteur de mensonge), etc. Il existe donc des procédés interdits. La liberté des preuves est une liberté encadrée par la légalité : seuls les modes de preuves légalement prévus sont admissibles devant les tribunaux...* ».

d'obtenir la preuve pénale. Cette liberté de preuve est conditionnée par sa pratique dans le cadre du principe de la légalité⁷², en vue de rendre la preuve conforme à la loi, étant donné qu'il est inadmissible d'accéder à la vérité en ayant recours à des moyens non autorisés par la loi. La loi a autorisé des moyens permettant la recherche de la vérité, en les prévoyant explicitement, en organisant la méthode et la façon de leur utilisation⁷³, et en attribuant aux personnes privées, en matière de recherche de la preuve, la liberté du choix des moyens qu'ils jugent nécessaires pour cette recherche, parmi les moyens autorisés par le législateur, en tenant compte des principes généraux⁷⁴.

Si la loi pénale permet d'utiliser tous les modes de preuves parce que le Code de procédure pénale camerounais consacre le système de la liberté des preuves pénales, elle ne laisse pas pour autant une liberté absolue quant à l'administration de ceux-ci. M. Édouard VERNY affirme que « *la liberté de la preuve comprend néanmoins des limites qui résultent d'une exigence de modération dans les moyens de recherche des preuves* »⁷⁵.

2- L'illégalité : un outil de limitation de recevabilité du rapport d'investigation privée

L'investigation privée est limitée par l'application de certains principes généraux qui interdisent de rechercher la vérité par n'importe quel procédé. En principe, la procédure pénale est au service du droit pénal dont le but principal est de chercher, trouver et punir les coupables d'une infraction pénale⁷⁶. Mais pour atteindre le but principal de la procédure pénale, c'est-à-dire

⁷² V. en ce sens: BUISSON (J), « Sonorisation illégale du parloir d'une maison d'arrêt : constitue une ingérence étatique au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH 20 décembre 2005, Wisse c/ France, n° 71611/01) », in R.S.C., 2007, p. 607: « *On se fige trop souvent sur le fait qu'en matière pénale, la preuve est libre alors que, contrairement à une vision sommaire de la preuve en cette matière, ce principe de la liberté a, dans un État de droit, un empire nécessairement limité par le principe de la légalité, particulièrement lorsque l'administration de la preuve est le fait des agents de l'autorité publique* ».

⁷³ V. sur ce point : RASSAT (M-L), *Procédure pénale*, 2^e édition, Éditeur : Ellipses, 2013, n° 256, p. 265 : « *Chaque mode de preuve est doté d'une procédure d'obtention particulière qui fait l'objet d'une réglementation spécifique et détaillée.* ».

⁷⁴ V. BUISSON (J), « Sonorisation illégale du parloir d'une maison d'arrêt : constitue une ingérence étatique au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH 20 décembre 2005, Wisse c/ France, n° 71611/01) », in R.S.C., 2007, p. 607: « *L'agent public peut, par exemple, décider de parvenir à la preuve espérée par le biais de l'audition d'un témoin, de l'interrogatoire d'un suspect ou du mis en examen, d'une perquisition, d'une interception de correspondances, mais une fois son choix opéré, la légalité reprend son empire : il ne peut administrer la preuve comme il l'entend, contraint qu'il est d'exécuter l'un des actes que le législateur a prévus à cette fin probatoire* ».

⁷⁵ VERNY (É), *Procédure pénale*, 3^e éd., Dalloz, 2012, n° 30, p. 22.

⁷⁶ TREVIDIC (M), « La recherche de la preuve en droit français », in *La preuve au cœur du débat judiciaire : discovery, cross-examination et expertise contradictoire regards croisés franco-américains*, colloque du 24 mars 2010 organisé par l'association France-Amériques (A.F.D.D.), disponible en ligne sur le site officiel des juges d'instruction français : <http://www.afmi.asso.fr/>

l'objectif louable de rechercher la vérité et les coupables dans le procès pénal, il faut trouver un équilibre entre la nécessité de préserver l'efficacité de la justice pénale et celle de préserver les libertés individuelles et publiques⁷⁷. Si la preuve est libre en principe dans les systèmes pénaux Romano-germaniques qui adoptent le principe de la liberté de la preuve, cette liberté ne peut et ne doit pas être absolue⁷⁸. L'administration et la recherche de la preuve dans le domaine pénal sont toujours soumises à des règles, n'importe quelle preuve ne peut être présentée pour former l'intime conviction du juge⁷⁹.

En effet, la preuve en matière pénale est libre, ce qui caractérise et domine le système des preuves pénales, mais la liberté de la preuve comporte des limites imposées par des principes généraux qui ne sont pas écrits⁸⁰. La légalité tient une place importante dans le droit de la preuve. En effet, il existe certaines restrictions, dans la recherche des preuves, qui sont imposées au juge pénal par le législateur ou la jurisprudence, mais qui ne constituent pas en tout cas de véritables exceptions au principe de liberté des preuves qui domine la procédure pénale camerounaise⁸¹ en matière de preuve. La recherche des preuves de manière illégale est interdite ; les procédés qui portent atteinte à la dignité humaine et à l'intégrité corporelle des prévenus sont interdits et prohibés. « *Quoique la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès répressif, cette vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen. Il importe à la dignité de la justice et au respect qu'elle doit inspirer, de ne mettre en œuvre aucun moyen qui attente aux droits*

⁷⁷ TREVIDIC (M), « La recherche de la preuve en droit français », *op. cit.*

⁷⁸ V. en ce sens : EL HAJJ CHEHADE (F), *Les actes d'investigation*, Thèse de droit, Université du Maine, 2010, p. 25 : « Si la preuve pénale peut être rapportée par tout moyen, cela ne signifie pas pour autant qu'elle se soustraie totalement au droit et s'exerce au détriment des droits des parties ».

⁷⁹ V. BUISSON (J), « Sonorisation illégale du parloir d'une maison d'arrêt : constitue une ingérence étatique au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH 20 décembre 2005, Wisse c/ France, n° 71611/01) », in R.S.C., 2007, p. 607 : « l'enquêteur ou le juge est libre de choisir tel mode de preuve parmi ceux qui sont à sa disposition, mais il est contraint dans la mise en œuvre de son choix par l'existence des actes d'administration de la preuve limitativement mis à sa disposition ».

⁸⁰ MERLE (R) et VITU (A), *Traité de droit criminel*, 4e éd., Cujas, Paris, 1989, t. 2 *Procédure pénale*, n° 129, p. 162 ; STEFANI (G), LEVASSEUR (G) et BOULOC (B), *Procédure pénale*, 23e éd., Dalloz, 2012, n° 145, p. 124 : *Les limites à la liberté des preuves* : « Une deuxième limite résulte du respect des valeurs fondamentales de la civilisation. Quoique la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès répressif, cette vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen. Il importe à la dignité de la justice et au respect qu'elle doit inspirer, de ne mettre en œuvre aucun moyen qui attente aux droits fondamentaux de la personne humaine ou aux droits de la défense. C'est pour cette raison que la torture est interdite ... » ; CONTE (Ph) et MAISTRE DU CHAMBON (P), *Procédure pénale*, 4e éd., Armand Colin, Paris, 2002, n° 46, p. 31 : « ... d'un point de vue plus large, il faut examiner, également, la façon dont les preuves sont recherchées et administrées : la règle de la liberté pourrait affaiblie dans sa portée si des restrictions excessives entravaient la découverte de la vérité. C'est le principe de la légalité qui fixe, ici, les limites. ».

⁸¹ MASCALA (C), « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », Note sous Cass. crim., 15 juin 1993 in D., 1994, jurisprudence p. 613.

fondamentaux de la personne humaine ou aux droits de la défense. C'est pour cette raison que la torture est interdite ... »⁸².

Selon M. Marc TREVIDIC, le principe qui gouverne la façon dont la preuve est recherchée est le principe de la liberté de la preuve atténuée par les principes du contradictoire et de loyauté⁸³. Page | 76

La preuve doit être admissible sur le plan de la légalité formelle. Elle doit en outre avoir été obtenue et recueillie loyalement. La preuve ne saurait résulter de l'utilisation d'un moyen illégal, comme l'usage de la force physique, ou de mauvais traitements. En droit communautaire, M. Michel VAN DE KERCHOVE croit que même si l'admissibilité des modes de preuve est en principe considérée comme relevant du droit interne, les organes de la Convention se sont néanmoins fondés sur l'article 6, § 2, en ce qu'il prévoit que la culpabilité de l'accusé doit être « *légalement établie* », pour lui imposer certaines limites⁸⁴.

La loyauté contribue à l'humanisation de la recherche des preuves. Le principe de la loyauté de la preuve pénale est un outil qui rend le principe de la liberté de la preuve non radical et compatible avec les principes généraux du droit de la preuve, en particulier avec la tendance à humaniser⁸⁵ les moyens de la preuve pénale⁸⁶ notamment au cours de l'évolution rapide et croissante des moyens et des modes de recherche des éléments de preuve qui peuvent menacer les droits en général et surtout les libertés individuelles, la dignité de la personne humaine et l'intimité de la vie privée⁸⁷. L'investigation privée est en mesure de servir l'objectif du Code de procédure

⁸² STEFANI (G), LEVASSEUR (G) et BOULOC (B), *Procédure pénale*, 23^e éd., Dalloz, 2012, n° 145, p. 124.

⁸³ TREVIDIC (M), « La recherche de la preuve en droit français », *op. cit.*

⁸⁴ VAN DE KERCHOVE (M), « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », in *R.S.C.*, 1992, n° 1, pp. 1-14 ; A cet égard, v. notamment Cour EDH, arrêt Salabiaku, 7 oct 1988, série A n° 141, p. 16 : Dans l'arrêt Salabiaku contre France, paragraphe 28, la Cour Européenne a retenu que : « le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, si les mots « légalement établie » impliquaient un renvoi inconditionnel au droit interne. Un tel résultat ne saurait se concilier avec l'objet et le but de l'article 6 (art. 6) qui, en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit ».

⁸⁵ V. SOYER (J.-C), « L'avenir de la vie privée face aux effets pervers du progrès et de la vertu », in P. Tabatoni (Sous dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, P.U.F., Collection : Cahiers Sciences Morales Et Politiques, 2000, tome 1, chapitre 1, pp. 7-12, V. spec. p. 10 : « Pour une démocratie contemporaine et soumise à la prééminence du droit, la vertu civique se mesurera donc par le respect effectif, au quotidien, des droits de l'homme dont les individus peuvent se réclamer ».

⁸⁶ V. PERELMAN (Ch), « La preuve en droit : essai de synthèse », in *La preuve en droit*, études publiées par PERELMAN (Ch) et FORIERS (P), Travaux du CNRL, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 364 : « La preuve et la vérité ne sont que des moyens de réaliser la justice, telle qu'elle est conçue dans une société donnée ».

⁸⁷ V. sur ce point : COUJARD (D), « instruction à l'audience », in *Rép. pén.* Dalloz, avril 1997, n° 1, p. 4 : « Sujet permanent de controverse, la procédure pénale est soumise à deux impératifs contradictoires qui doivent coexister : le respect des droits de l'Homme, d'une part, l'efficacité du procès, de l'autre ».

pénale, qui est la découverte de la vérité par le biais de moyens de preuve cohérents et compatibles avec le principe de la loyauté de la preuve pénale⁸⁸.

La recherche de la preuve est le chemin qui conduit à l'apparence de la vérité souhaitable dans la société. Mais cette vérité ne doit pas sacrifier les libertés individuelles au profit de l'autorité étatique afin d'obtenir des éléments de preuve. À cet égard, s'agissant du droit de la société d'être protégée contre le crime, ce droit ne doit pas se faire au détriment des droits humains et des principes généraux, comme M. Bernard BOULOC l'a écrit : « *sans doute, la société est en droit de se défendre contre le crime et contre ceux qui n'entendent pas respecter les règles de la vie en société. Mais, ce droit de la société doit être exercé avec mesure et raison* »⁸⁹.

Page | 77

II-UN ACCUEIL ACCORDE AU RAPPORT D'INVESTIGATION PRIVEE DANS LE SYSTÈME DE PREUVE ET SES LIMITES

Une fois le rapport d'investigation privée accepté dans le cadre d'une procédure judiciaire, il reste essentiel de s'interroger sur sa place et sa valeur probante dans le système de preuve. En effet, bien qu'il puisse être admis comme élément de preuve, un rapport d'investigation privée ne bénéficie pas de la même force probante que les preuves obtenues directement par les autorités judiciaires. Sa crédibilité et sa pertinence dépendent de la qualité de l'enquête, de la méthode employée, ainsi que de la conformité avec les exigences légales d'une part ; et, sa valeur probatoire dépend de la « *veritas* »⁹⁰ qu'il permet d'établir. C'est dans ce contexte que se pose la question de la valeur probante du rapport d'investigation privée, qui nécessite une analyse approfondie des critères de recevabilité, des conditions de sa présentation devant le juge et de son interaction avec d'autres éléments de preuve. Ainsi la notion de preuve, en droit, est fondée sur des critères stricts d'authenticité, de pertinence et de fiabilité, qui se doivent de respecter le principe de « *in dubio pro reo* »⁹¹, garantissant que toute preuve incertaine ou douteuse ne peut être utilisée pour établir la culpabilité ou la responsabilité.

⁸⁸ V. en ce sens : BOURSIER (M.-E), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, p. 95 : « *En effet le principe de liberté tend à assurer la sécurité dans un premier temps publique par la répression efficace des comportements pénalement sanctionnés et par la répression appliquée aux auteurs des infractions. Cette sécurité matérielle est nécessaire mais au même titre que la sécurité juridique. Or pour assurer cette sécurité juridique qui permet une protection contre l'arbitraire (menace pour tout citoyen), il faut concilier la recherche de la preuve avec le respect de la légalité, c'est-à-dire avec le respect de l'ensemble des règles juridiques qui organisent la société* ».

⁸⁹ BOULOC (B), « Les abus en matière de procédure pénale », in *R.S.C.*, 1991, p. 221.

⁹⁰ Locution latine qui veut dire « vérité »

⁹¹ Locution latine qui veut dire « le doute profite à l'accusé »

Dans cette optique, il est essentiel d'évaluer la manière dont un rapport d'investigation privée va être perçu par le juge, qui dispose du pouvoir discrétionnaire de juger de la « *fides* »⁹² et de la « *veridicitas* »⁹³ des preuves présentées. Le juge, en vertu du principe « *ius dicere* »⁹⁴, peut accorder plus ou moins de poids à ce type de rapport en fonction de son origine, de son contenu, et de la rigueur de la méthode utilisée pour obtenir les informations. L'interaction avec d'autres éléments de preuve est également déterminante pour apprécier la cohérence globale du dossier.

Cependant, même lorsque le rapport d'investigation privée est jugé recevable, son utilisation dans le cadre d'une procédure judiciaire présente des limites qui ne doivent pas être sous-estimées. Ces limites peuvent résulter de la nature même de l'investigation privée, qui se distingue des enquêtes menées par les autorités publiques, mais aussi des risques liés à la « *licitudine* »⁹⁵ des méthodes utilisées, à la protection des droits fondamentaux de la défense et de l'équité procédurale, sous peine de violer le principe « *ubi jus ibi remedium* »⁹⁶, et à la contestation éventuelle de la validité de la preuve par la partie adverse. Il est donc crucial de comprendre ces limites afin d'évaluer le rôle du rapport d'investigation privée dans le processus judiciaire de manière équilibrée et conforme aux principes du droit.

Dans cette seconde partie, nous nous pencherons sur la valeur probatoire du rapport d'investigation privée (A) et sur les limites (B) qui encadrent son utilisation. Ces deux aspects sont déterminants pour apprécier pleinement la place de ce type de preuve dans le système judiciaire et pour en mesurer l'impact sur le déroulement et l'équité du procès.

A- La valeur probatoire du rapport d'investigation privée

La question de la valeur probante du rapport d'investigation privée se pose de manière de plus en plus aiguë dans le système judiciaire contemporain, particulièrement en droit camerounais, à l'ère où l'utilisation de détectives privés et d'enquêtes extrajudiciaires s'intensifie. Un rapport d'investigation privée, produit par un enquêteur non mandaté par une autorité judiciaire, peut potentiellement servir de preuve dans un procès, mais sa valeur probatoire soulève des interrogations sur plusieurs domaines.

⁹² Locution latine qui veut dire « fidélité »

⁹³ Locution latine qui veut dire « vérité »

⁹⁴ Locution latine qui veut dire « dire le droit »

⁹⁵ Locution latine qui veut dire « légalité »

⁹⁶ Locution latine qui veut dire « là où il y a un droit, il y a un recours »

La nature juridique de la valeur probante du rapport d'investigation privée va résider principalement dans sa capacité à apporter des éléments concrets, fiables, objectifs et pertinents à la cause judiciaire. Dans ce sens, le rapport d'investigation doit s'inscrire dans un cadre juridique précis qui assure son authenticité et sa légalité, tout en respectant les principes fondamentaux du droit, notamment le respect de la vie privée et des droits de la défense.

Tout en mettant en avant le respect des règles de procédure pour éviter que le rapport ne soit rejeté pour vice de forme, la présence d'une preuve matérielle ou d'autres éléments corroborant le rapport est souvent requise pour que la valeur probante du rapport soit reconnue par les juridictions. Il nous importe dès lors de visiter le domaine commerciale (1), sociale (2), et pénal (3).

1- Le domaine commerciale

La consécration du principe de la liberté de la preuve est ancienne en matière commerciale. Déjà l'article 109 du Code de commerce admettait tous les modes de preuve pour établir les achats et les ventes. Plus récemment, l'AUDCG⁹⁷ a repris cette règle tout en précisant la portée. Aux termes de l'article 5 dudit texte : « *Les actes de commerce se prouvent par tous les moyens, même par voie électronique à l'égard des commerçants* ». Il faut distinguer selon que la transaction à prouver met en rapport deux commerçants ou plutôt un commerçant et un non commerçant.

Dans le premier cas, s'agissant des actes de commerce accomplis par les commerçants pour les besoins de leur commerce, la preuve se fera par tous les moyens. En revanche, les actes civils accomplis même par un commerçant et sans rapport avec son activité seront soumis à son égard aux règles du droit civil.

Dans le second cas, on est en présence d'un acte mixte, expression qui recouvre aussi bien la situation où l'acte ne revêt pas la nature commerciale pour l'une des parties et celle où l'une des parties à l'acte n'est pas commerçant. Dans la dernière hypothèse, le régime de la preuve dépendra de la qualité de celui contre qui celle-ci doit être produite ; à l'égard du commerçant, la preuve se fera par tous les moyens tandis qu'à l'égard du non commerçant, le commerçant devra prouver conformément aux dépositions de l'article 1341 et s du CC.

⁹⁷ AUDCG (Acte Uniforme du Droit Commercial Général).

2- Le domaine sociale

En principe et par dérogation au droit civil, la preuve est libre en matière sociale. En effet, l'acte juridique fondateur de la relation de travail peut être prouvé par tous moyens selon les vœux de l'article 24 (3) du Code du travail⁹⁸. Cependant, cette liberté n'est pas illimitée. En pratique, une grande partie des contrats de travail devra être prouvé par écrit. Il en est ainsi parce que l'article 27 (1) du Code de travail en exigeant que : « *Tout contrat de travail stipulant une durée déterminée supérieure à trois mois ou nécessitant l'installation d'un travailleur hors de sa résidence habituelle, doit être constaté par écrit* » institue un formalisme qui, logiquement, s'étend à la preuve des contrats visés.

3- Le domaine pénale

En matière pénale, la liberté de la preuve semble être totale sous réserve de la licéité et de la loyauté des moyens de preuve utilisés par les parties et notamment par les autorités de poursuite. Le principe de la libre admissibilité des preuves est expressément consacré par l'article 308 (a) du Code de procédure pénale qui dispose qu'une infraction peut être établie par tout mode de preuve. Cette règle est d'ailleurs bilatérale car « *Toute preuve contraire d'un fait peut être rapportée par tous moyens* »⁹⁹.

S'agissant de la force probante des moyens de preuve en matière pénale, le système de la preuve morale est également consacré par la reconnaissance de l'intime conviction du juge dans l'appréciation des preuves en vertu de l'article 310 (1) du Code de procédure pénale. Toutefois, des limites à la liberté de preuve sont posées à l'article 313 et suivant du CPP¹⁰⁰. Il est notamment prévu que le contenu d'un document ne peut être prouvé que par la production de la « *preuve primaire* » ou à défaut de la « *preuve secondaire* ». Autrement dit, seuls des originaux ou des copies conformes à l'original et certifiées par une autorité compétente sont admis pour prouver un contenu d'un document à l'exclusion de la preuve testimoniale.

⁹⁸ Art. 24 al.3 du Code de travail « *L'existence du contrat est constatée, sous réserve des dispositions de l'article 27 dans les formes qu'il convient aux parties contractante d'adopter. La preuve d'être rapporté par tous les moyens* »

⁹⁹ Article 308 (b) du CPP

¹⁰⁰ Art. 313 du CPP : « (1) *Le contenu d'un document ne peut être prouvé que par production de la preuve primaire ou, à défaut, de la preuve secondaire. La preuve testimoniale n'est pas admise. (2) a) Par preuve primaire, on entend l'original d'un document. Quand un document a été établi par le même procédé en plusieurs exemplaires, chaque exemplaire est une preuve primaire de ce document. b) Par preuve secondaire, on entend la copie conforme à l'original et certifiée par une autorité compétente* ».

B- Les limites de l'utilisation du rapport d'investigation privée

Si le rapport d'investigation privée peut constituer un moyen de preuve pertinent et efficace, il n'en demeure pas moins qu'il est soumis à des restrictions strictes, tant en matière de recevabilité que de pertinence. Ces limitations visent à garantir le respect des droits fondamentaux, à protéger la vie privée des individus et à assurer l'intégrité du procès surtout que, en droit camerounais, le cadre juridique relatif à l'utilisation de rapports d'investigation privée reste flou et souvent insuffisamment précis. L'absence d'une réglementation spécifique encadrant la profession de détective privé ou les modalités de production des rapports d'investigation laisse une place à une certaine liberté, mais aussi à des abus potentiels.

Page | 81

Les preuves issues d'investigations privées peuvent parfois entrer en conflit avec des principes fondamentaux du droit, comme la présomption d'innocence, ou poser des problèmes relatifs à la protection de la vie privée des personnes concernées.

Le trinôme qui domine la recherche de la preuve pénale apparaît. Selon M. Pierre ARGUIN, « *le droit criminel vise, d'abord et avant tout, la protection de la société en général et des valeurs morales qu'elle véhicule. Le droit criminel proscriit des comportements qui portent atteinte au bien-être collectif* »¹⁰¹. Ce qui précède n'empêche pas d'affirmer que la recherche de la vérité dans le procès pénal est gouvernée par les principes de liberté, de légalité et de loyauté¹⁰². L'accès à la compréhension du sens de la légalité de la preuve pénale exige un accent sur la réforme d'un bon concept du principe de la liberté de la preuve pénale, en raison de la relation entre la liberté de la preuve et la légalité de ses moyens. Par conséquent, le principe de la légalité et de la loyauté¹⁰³ de la preuve en tant que concept est en réalité la liberté du choix du moyen de preuve

¹⁰¹ ARGUIN (P), « Les règles procédurales entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires », in *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 1, 1991, pp. 103-152, v. spec. p. 105.

¹⁰² V. en ce sens : DEMARCHI (J.-R), « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », in *D.*, 2007, p. 2012 : « Cette lente construction jurisprudentielle laisse apparaître, en filigrane, une nouvelle devise du droit de la preuve : Liberté, légalité, loyauté » ; v. É. Mathias, *Procédure pénale*, Bréal, 3^e éd., 2007, p. 34 : « Sans doute le droit pénal contemporain n'impose-t-il, en principe, aucun mode de preuve, mais encore convient-il que les preuves produites par l'accusation n'aient pas été obtenues illégalement ou de manière déloyale ».

¹⁰³ V. sur l'exigence de la légalité et de la loyauté dans la preuve pénale : SCHWENDENER (M), « L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté », in *AJ Pénal*, 2005, pp. 267 et s : « La première limite qui s'impose donc à l'enquêteur est celle du respect du principe de légalité, qui conditionne sa démarche investigatrice. Néanmoins cette seule limite suffit-elle ? La question est de savoir si, pour aboutir à la preuve, l'enquêteur peut laisser libre cours à son imagination (voire à sa ruse) dès lors qu'il ne contredit pas les normes de la légalité. À l'évidence non, la police doit, de surcroît, se conformer au principe de loyauté ».

autorisée par la loi¹⁰⁴ parmi un ensemble de moyens, et dans le respect des conditions et garanties exigées par le législateur lors de l'application des divers actes de procédure pénale visant la recherche et la production de la preuve pénale.

L'exercice de la liberté de la preuve pénale dans le cadre de la recherche de la preuve pénale doit coexister avec le principe de la légalité et de la loyauté¹⁰⁵ des preuves pénales considérées parmi les caractéristiques devant être intimement liées à l'opération de la recherche de la preuve pénale¹⁰⁶. À cet égard, M. Vincent LESCLLOUS considère qu'« en outre, à l'exigence accrue de légalité de l'administration de la preuve s'est ajoutée celle de sa loyauté. Toutefois ces deux exigences ne supplantent pas le principe de liberté qui demeure mais se contentent de le borner partiellement »¹⁰⁷. À son tour, M. Jacques BUISSON considère que « dans un État de droit, l'administration de la preuve est soumise au respect du principe de la légalité, matérielle ou formelle. Elle ne doit pas, en effet, violer les principes généraux : loyauté dans la recherche des preuves, respect de la dignité humaine »¹⁰⁸. Il est difficile aujourd'hui de comprendre la négation d'un principe qui affirme que la recherche et l'administration de la preuve sont régies par le principe de légalité¹⁰⁹. Par conséquent, la légalité et la loyauté de la preuve pénale sont toujours confrontées au principe de la liberté de la preuve¹¹⁰ adopté par le droit camerounais afin de rechercher la preuve pénale.

¹⁰⁴ DESPORTES (V. F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *Traité de procédure pénale*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 560, p. 405 : « L'article 427 signifie plus modestement que l'existence d'une infraction peut être établie par les modes de preuve admis par la loi, sans qu'aucun d'eux ne soit exclu ou au contraire privilégié ... ».

¹⁰⁵ V. sur l'exigence de la loyauté dans la recherche des preuves : POISOT (J.-L.), « Enquête préliminaire », in J.-Cl. *Procédure pénale*, Art. 75 à 78, Fasc. 20, 2001, n° 74 : « La liberté d'investigation dont disposent les enquêteurs pour la recherche des preuves en matière pénale implique que cette recherche soit effectuée de manière loyale. Le principe de la loyauté dans la recherche des preuves entraîne la prohibition de tous les actes qui portent gravement atteinte aux principes généraux du droit et aux libertés fondamentales ».

¹⁰⁶ V. DESPORTES (F) et L. LAZERGES-COUSQUER (L), *Traité de procédure pénale*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 560, p. 405 : « Il ne faut pas se méprendre toutefois sur la portée de l'article 427, parfois conçu comme une auberge espagnole. Son objet n'est pas de définir le contenu des modes de preuve admissibles. Il ne signifie donc pas que n'importe quel moyen serait autorisé pour établir la preuve d'une infraction. Comme on le verra, les principes supérieurs de légalité et loyauté imposent des limites dont le législateur ne peut s'émanciper ».

¹⁰⁷ LESCLLOUS (V), « Enquête préliminaire », in J.-Cl. *Procédure pénale*, Art. 75 à 78, Fasc. 20, n° 46.

¹⁰⁸ BUISSON (J), « L'audition sous hypnose est interdite. Est permis l'enregistrement, au parloir d'une maison d'arrêt, de propos tenus entre des mis en examen et leurs proches », in *Procédures*, n° 3, Mars 2001, comm. 70.

¹⁰⁹ BOURSIER (M.-E), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, pp. 99-100 : « Le principe général de la loyauté dans la recherche de la preuve impose donc aux acteurs de la recherche de la preuve au procès pénal d'éviter tous les abus auxquels le principe de liberté de la recherche peut les porter ».

¹¹⁰ V. sur ce point : LEMOINE (P), « La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle », in *Rapport annuel 2004 de la cour de cassation (française)* : « Comment garantir, une exigence de loyauté dans la production des preuves qui soit compatible, non seulement avec le principe de liberté des preuves posé, notamment, par l'article 427 du Code de procédure pénale, mais aussi avec l'assurance d'une procédure pénale équitable et impartiale tout en restant efficace ? ».

Dans l'opération de recherche de la preuve pénale, la légalité procédurale doit dominer, ainsi que le respect des dispositions de la loi et des principes généraux primordiaux protégeant et garantissant les droits et les libertés dans le cadre du procès pénal, afin d'éviter l'écart entre le principe de la liberté de la preuve et son rôle attribué, et sa transformation en un outil de tyrannie, ou encore en un moyen d'oppression, ce qui risquerait de se produire si était appliqué le concept instable d'une liberté absolue sans le respect du principe de la légalité.

En conséquence, il est devenu évident que la liberté de la preuve, en tant que principe de base dans la recherche de la preuve en matière pénale, est accompagnée strictement par deux autres principes de base : la légalité et la loyauté de la preuve pénale. Mme Martine HERZOG-EVANS illustre l'idée principale de la liberté relative (non absolue) dans le domaine de la preuve pénale en écrivant : *« si la preuve est libre, n'importe quelle preuve ne peut être présentée. La preuve doit en premier lieu être admissible sur le plan de la légalité formelle. Elle doit en outre avoir été obtenue loyalement. Certaines preuves ne peuvent tout simplement pas être produites en justice »*¹¹¹. Il est vrai que le principe de la loyauté de la preuve exige un créneau spécial dans cette étude afin de mettre en évidence sa nature ainsi que la manière dont il est créé par la jurisprudence, contrairement au principe de la légalité de la preuve pénale émergé différemment par rapport au principe précédemment cité.

Cependant, le principe de la loyauté de la preuve reste lié au principe de la légalité de la preuve pénale, et son complément essentiel intimement lié lors de l'application de la liberté de la preuve pénale. Nous relevons que le principe de la légalité de la preuve pénale est comme un moyen permettant de contenir et de contrôler la prédominance du principe de la liberté de la preuve pénale, ainsi que la façon selon laquelle il détermine les limites de celui-ci sans influencer sur l'efficacité de cette liberté dans la réalisation de l'objectif du Code de procédure pénale camerounais, qui est l'accès à la vérité. Il convient de souligner le rôle du principe de la légalité en tant qu'outil indispensable permettant d'entraver l'abus et la dominance de la liberté de la preuve.

Le système de la preuve morale est marqué par la confiance faite au juge, personnage placé au plus près de la réalité judiciaire, de se déterminer selon sa conviction personnelle. On admet alors que le principe de la liberté de la preuve est certainement celui qui laisse le plus de chance à l'éclosion de la vérité. Toutefois, en contrepoint de cet avantage, la preuve morale a l'inconvénient

¹¹¹ HERZOG-EVANS (M), *Procédure pénale*, 2^e éd., Éditions Vuibert, 2009, pp. 158 et s.

de la relativité due au risque de faillibilité du juge et au caractère subjectif de l'intime conviction. Par ailleurs, le mérite de la simplicité de la preuve légale est aussi perdu. En ne limitant pas les modes de preuve admissibles, la preuve morale peut sembler encourager les procès.

Conclusion

Page | 84

L'accueil du rapport d'investigation privée dans le système de preuve, bien que porteur de potentiels indéniables pour l'enrichissement du processus judiciaire, soulève de multiples interrogations tant sur le plan juridique que sur le plan éthique. Ce type de rapport, produit par des enquêteurs non mandatés par une autorité judiciaire, est un document dont la recevabilité et la valeur probatoire dépendent de nombreux facteurs, notamment le respect des normes légales, la méthode employée pour la collecte des informations, et le respect des droits fondamentaux des personnes concernées.

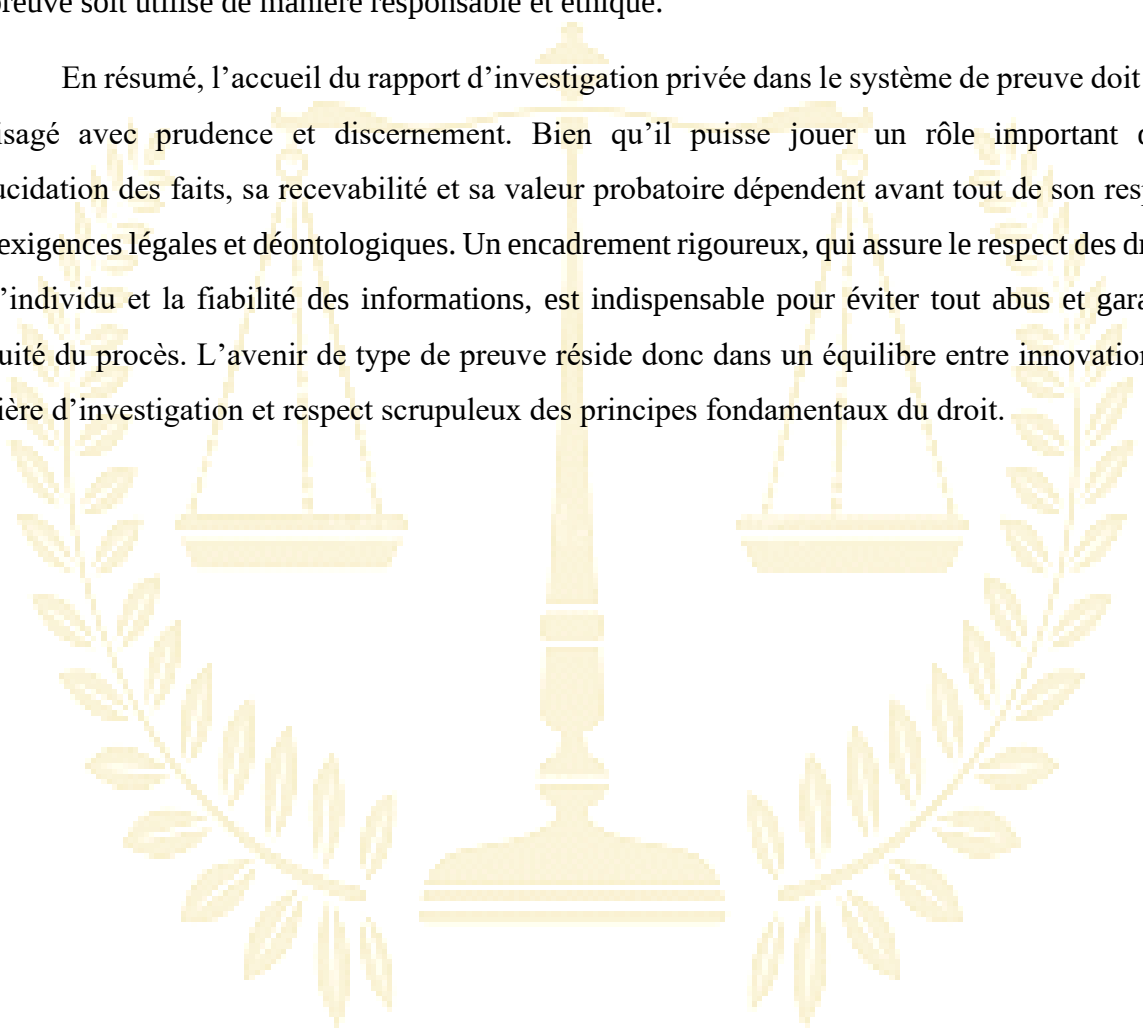
En droit camerounais, la question de la valeur probante du rapport d'investigation privée est particulièrement délicate, car bien qu'il puisse constituer une preuve utile, sa légitimité face aux exigences procédurales et aux principes de droit reste sujette à une évaluation rigoureuse.

Tout d'abord, accepter d'accueillir le rapport d'investigation privée dans le système des preuves amène à scruter la nature et les caractéristiques de ce dernier qui impose une certaine vigilance, car sa production hors du cadre institutionnel judiciaire soulève des enjeux concernant sa fiabilité, son impartialité et sa conformité aux principes de transparence. La légalité de la collecte des informations et le respect des droits de la personne sont des conditions sine qua non pour que ce type de rapport soit jugé recevable devant les juridictions. En ce sens, son acceptabilité dans le système de preuve repose sur un équilibre subtil entre l'authenticité des informations collectées et le respect des garanties procédurales.

Ensuite, la place et la valeur probatoire du rapport d'investigation privée dans le système de preuve demeurent limitées par des critères précis. Si ce rapport peut être un outil précieux dans la recherche de la vérité, sa validité en tant que preuve dépend de la méthodologie utilisée, du respect de l'éthique professionnelle des enquêteurs et de la corroboration des éléments obtenus. La jurisprudence et la législation camerounaise, à défaut de réglementations spécifiques sur l'investigation privée, laissent souvent place à une appréciation discrétionnaire de la part des juridictions, qui doivent s'assurer que le rapport respecte les principes fondamentaux du droit.

Enfin, les limites liées à l'utilisation du rapport d'investigation privée sont multiples. La possibilité d'atteintes à la vie privée, la question du respect des droits de la défense, ainsi que les risques de manipulation ou d'instrumentalisation de telles preuves, font qu'un encadrement juridique strict est nécessaire. Il appartient aux législateurs et aux praticiens du droit d'envisager une régulation plus précise de la pratique de l'investigation privée, afin de garantir que ce mode de preuve soit utilisé de manière responsable et éthique.

En résumé, l'accueil du rapport d'investigation privée dans le système de preuve doit être envisagé avec prudence et discernement. Bien qu'il puisse jouer un rôle important dans l'élucidation des faits, sa recevabilité et sa valeur probatoire dépendent avant tout de son respect des exigences légales et déontologiques. Un encadrement rigoureux, qui assure le respect des droits de l'individu et la fiabilité des informations, est indispensable pour éviter tout abus et garantir l'équité du procès. L'avenir de type de preuve réside donc dans un équilibre entre innovation en matière d'investigation et respect scrupuleux des principes fondamentaux du droit.



La réception des jugements et des sentences “étrangers” dans l’espace**OHADA**

Receiving “foreign” judgments and awards in the OHADA area

Par : Page | 86

Dre NYANGON SOUA Winnie Angela

Docteure Ph /D en Droit Privé et Sciences Criminelles, Enseignante chercheure (Assistante) -

Université de Bertoua – Cameroun,

winsgeny@gmail.com

Résumé :

A l’aune de la commémoration du trentenaire de l’Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), aborder la thématique de la sécurité juridique et judiciaire constitue à notre sens un impératif considérable. Bien que cette thématique occupe, au demeurant, une place importante pour les Etats membres, son déploiement suscite toujours des réflexions profondes. Du fait de la globalisation des économies, on assiste désormais à un mobilisme voire un hyper mobilisme sans précédent des relations commerciales et de leur contentieux. Dans ce sillage, le litigant ayant obtenu du juge étranger un jugement ou de l’arbitre, une sentence, est tenu de veiller à leur exécution dans l’Etat requis pour la préservation de ses intérêts. Ainsi, l’exécution transfrontalière des décisions de justice est assez complexe et généralement exclusive de l’Etat requis. Or, en droit international privé, la règle veut que, toutes les fois qu’un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu’il produit, doivent lui être garantis même à l’échelle internationale. De ce fait, l’auteure se propose d’analyser les mécanismes de garantie de l’efficacité des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères tels que mis sur pied par le législateur OHADA et les conséquences qui en découlent.

Mots clés : jugement étranger – sentence arbitrale – reconnaissance – exequatur.

Abstract:

In the light of the commemoration of the thirtieth anniversary of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHBLA), addressing the issue of legal and judicial security is, in our opinion, a considerable imperative. If the choice of legal and judicial security of the member States is obvious, its deployment always raises controversies. Although this theme occupies, moreover, an important place for the member States, its deployment always gives rise to deep reflections. Due to the globalization of economies, we are now witnessing an unprecedented mobilization, even hyper mobilization, of commercial relations and their litigation. In this wake, the litigant who has obtained a judgment from a foreign judge or an award from an arbitrator is required to ensure their execution in the requested State for the preservation of his interests. Thus, the cross-border execution of court decisions is quite complex and generally exclusive to the requested State. However, in private international law, the rule is that, whenever a right has been regularly acquired in any country, this right must be respected and its effects must be guaranteed even on an international scale. Therefore, the author proposes to analyze the mechanisms for guaranteeing the effectiveness of foreign judgments and arbitral awards as established by the OHBLA legislator and the consequences that result from them.

Keys words: foreign judgment – arbitration award – recognition – exequatur

Introduction

La circulation des décisions de justice en général, au-delà des frontières, marque la matérialisation de la montée en puissance de l'absolutisme des droits fondamentaux¹ et le désir d'établissement d'une confiance mutuelle entre les Etats² et leurs économies respectives³. A la faveur de la mondialisation et de globalisation des économies, on a pu constater une imbrication planétaire et /ou régionale des économies selon les cas⁴, occasionnant un encadrement d'ensemble qui supprime l'autorité ou plus précisément l'ordre juridique et économique d'un seul *for*⁵. Page | 88

Du fait que, les frontières étatiques ne constituent plus *stricto sensu*, de véritables obstacles aux échanges internationaux⁶, les relations commerciales et leur contentieux connaissent parallèlement, une mobilité sans précédent. Dès lors, le traitement efficient des litiges commerciaux internationaux commande la poursuite de l'exécution forcée sur le lieu de situation des actifs de la partie ayant succombé. En réalité, l'accès au juge constitue une garantie de la sécurité judiciaire entendue comme la possibilité reconnue à tout justiciable de saisir une juridiction selon les règles clairement établies dans l'optique qu'elles puissent prononcer une décision, et la facilité de pouvoir jouir des effets de cette décision⁷. En droit international privé, il faut remarquer que cette exigence prend un relief particulier dans le conflit de juridiction⁸.

¹ CACHARD (O), *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Larcier, 2014, p. 312.

² Ibid. Selon l'auteur, « *L'étude des effets des jugements étrangers indépendamment de leur régularité internationale a déjà mis en évidence que la séparation des ordres juridiques n'empêchait pas de prendre en considération le jugement étranger* ».

³ Préambule du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993. Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

⁴ SALAH (M), « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *Un siècle du droit international*, Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000), Lexis Nexis, Litec, 2006, p. 558. L'auteur soutient à ce sujet qu'on assiste sur le plan économique, au triomphe de la « *recomposition de l'espace par la mondialisation de l'économie* ».

⁵ NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises en droit camerounais contemporain : Essai de systématisation*, Thèse, Université de Ngaoundere – Cameroun, 2022, p. 1.

⁶ GAGNE (L), « Les contrats commerciaux internationaux et les systèmes de droit civil et de common law », *Revue Générale de Droit*, vol. 32, t.1, 2002, p. 43-55, spéc., p. 46. V° aussi BERGEL (J-L), *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 163 et ss. / BERGEL (J.L), « Le rapprochement des systèmes juridiques dans le monde », *Future of comparative study in law : the 60th anniversary of comparative law in Japan*, Chuo University Press, Tokyo, 2011, p. 315 et ss.

⁷ KOUAM (S.P), « La codification des conflits des juridictions en Afrique noire francophone », *Penant Revue Trimestrielle de Droit Africain*, n° 906, janvier-mars 2019, éd. Juris Africa, pp. 1-53, spéc. p. 10.

⁸ BANAMBA (B), « Les conflits de juridiction dans l'espace OHADA », *Revue Lamy Droit civil*, supplément au n° 143, 2016, pp. 57-67, spéc., p. 57, n° 3. A propos des conflits entre les juridictions communautaires, v° BOUREL (P), « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 969 / MEYER (P), « Les conflits de juridiction dans les espaces OHADA, UMOA, CEDEAO Afrique de l'ouest », *Séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire de l'UMOA*, Ouagadougou, 6-10 octobre 2003, www.juriscopie.org / TIGER (Ph) et BEN KEMOUN (L), « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA », *Penant*, juillet-septembre 2007, p. 284 et ss / ISSA-SAYEGH (J), « L'intégration juridique

Face à ces données, le besoin de sécurité est devenu criard, imposant ainsi aux Etats de manière générale, une attitude proactive. Il s'en est suivi la création d'une pléthore d'organismes intégrationnistes⁹ parmi lesquelles l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)¹⁰ ayant pour objectif l'harmonisation couplée à la modernisation du droit des affaires en Afrique¹¹. Dans ce sillage, l'OHADA a procédé à la secrétion voire la parturition des règles juridiques dénommées Actes Uniformes en vue d'assurer à la fois la sécurité juridique¹² et judiciaire. S'agissant de ce dernier volet, l'Organisation a entendu élaguer au maximum l'insécurité judiciaire via son ambition de « fiabilisation du système judiciaire »¹³, en raison de ce qu'un environnement légalement structuré ne permettrait pas à lui tout seul d'attirer les investisseurs¹⁴. Il faut remarquer que, l'invocabilité ou la justiciabilité des normes édictées entraînant l'obligation pour les juges d'appliquer les Actes uniformes est constitutif de l'existence d'un ordre judiciaire¹⁵. A titre illustratif, certaines procédures ont été uniformisées, c'est le cas des voies d'exécution¹⁶, des procédures collectives internationales¹⁷ et les sentences arbitrales¹⁸.

des Etats Africains de la zone franc », *Penant*, 1997, n° 823, p. 5 et ss. Cités par KOUAM (S.P), « La codification des conflits des juridictions en Afrique noire francophone », op. cit.

⁹ NGONO NKOA (C.V), « Réflexions sur l'espace judiciaire ohada », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, n° 6, janvier 2016, p. Doctrine, p. 197 – 228 ; spéc., p. 198. L'auteur note que les Etats africains face à la tendance au regroupement des systèmes juridiques qui se développe en Europe et en Amérique cherchent à réaliser l'intégration. C'est ce qui explique la poussée d'organismes d'intégration aussi bien en Afrique Centrale (CEMAC) qu'en Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

¹⁰ Cf. Art. 2 du Traité OHADA. L'OHADA naît avec le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 revisité le 17 octobre 2008. Elle englobe les pays (17) d'anciennes colonies françaises, espagnoles et belges de l'Afrique noire, aussi bien en Afrique de l'Ouest qu'en Afrique centrale.

¹¹ Sur le plan matériel, l'OHADA vise à uniformiser le droit des affaires dans l'ensemble de ces pays. Les contours de ce droit des affaires n'ont pas encore clairement été définis, le législateur a opté pour une conception large de ce droit. V° Aussi, NGONO NKOA (C.V), « Réflexions sur l'espace judiciaire ohada », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, op cit.

¹² MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, avril-juin 2006, n° 855, pp. 151-170, spéc. p. 152, n° 5, Ohadata D-06-50, www.ohada.com. L'auteur affirme que « La dimension normative, couverte par les Actes uniformes, et la dimension institutionnelle, couverte par les dispositions judiciaires du Traité sur la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage constituent ainsi les instruments essentiels par lesquels l'ordre juridique de l'OHADA entend assurer la réalisation de l'objectif de sécurité juridique ».

¹³ NGONO NKOA (C.V), « Réflexions sur l'espace judiciaire ohada », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, n° 6, janvier 2016, Doctrine, op cit.

¹⁴ COUSIN (B); CARTRON (A.M), « La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu à l'OHADA », www.ohada-com; ohadata D-07-30.

¹⁵ NGONO NKOA (C.V), « Réflexions sur l'espace judiciaire ohada », op cit, p. 199.

¹⁶ Cf. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) révisé et adopté le 17 octobre 2023.

¹⁷ Cf. Acte Uniforme révisé du 10 Septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP).

¹⁸ Cf. Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) adopté le 23 novembre 2017.

En conséquence, une attention particulière a été accordée à l'arbitrage du fait de son caractère prioritaire en ce qui concerne le traitement des litiges commerciaux internationaux¹⁹. En effet, il est de principe que, le droit à un accès effectif au juge, qu'il soit collectif ou individuel, étatique ou privé, doit être respecté lorsque le litige comporte un élément d'extranéité²⁰. Ce faisant, il représente une garantie de la sécurité judiciaire et même juridique²¹ en ce sens qu'il permet à tout justiciable de saisir une juridiction selon des modalités claires fixées et connues à l'avance de manière à ce qu'il puisse jouir des effets de cette décision²².

Ainsi, lorsqu'un jugement ou une sentence sont rendus à l'étranger et qu'ils doivent produire dans l'Etat requis des effets (très souvent le recouvrement), la partie qui a obtenu le jugement doit solliciter l'exequatur²³, afin de rendre efficace cette décision obtenue à l'étranger²⁴. On peut donc aisément comprendre que « l'exécution participe de la sécurité juridique »²⁵. En effet, l'efficacité du recouvrement est une pierre d'angle de la réussite de l'objectif de l'OHADA, à savoir « garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »²⁶. Or, sans la garantie de procédures de recouvrement efficaces et sûres, il ne peut y avoir de véritable développement de l'investissement²⁷. Autrement

¹⁹ NYANGON SOUA (W.A), La vente internationale des marchandises en droit camerounais contemporain : Essai de systématisation, op cit, p. 236 et ss.

²⁰ KOUAM (S-P), « La codification des conflits de juridiction en Afrique francophone », op cit, p. 10, n°3.

²¹ « La sécurité juridique repose sur des exigences d'ordre matériel et temporel. Les premières font référence à la qualité de la loi, à savoir son accessibilité, sa clarté et son efficacité. Quant aux secondes, elles renvoient à la prévisibilité et à la stabilité de l'environnement juridique et judiciaire ». V° EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », RIDC, vol. 3, t. XXXI, éd. Association Internationale de Droit Economique, 2017, p. 55-84, spéc. p. 56. [Article disponible en ligne à l'adresse <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2017-3-page-55.htm>.]

²² Ibid. En effet, comme le mentionne l'auteur conformément aux dispositions des articles 1 et 2 du Traité OHADA, « le législateur OHADA s'est ainsi attelé à la mise en place d'un espace juridique intégré, devant stimuler les investissements domestiques et attirer les investisseurs étrangers grâce à ses avantages comparatifs. Cette volonté se traduit par l'élaboration de règles matérielles unifiées dans le domaine du droit des affaires, et par la « mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées ».

²³ SEJEAN-CHAZAL (C), « La réforme du droit OHADA du recouvrement », *La revue Lexbase Afrique-OHADA (l'actualité sur le droit africain des affaires)*, n° 72, mars 2024, pp. 17-19, spéc. p. 17.

²⁴ Aux termes des dispositions de l'article 33 de l'avant-projet de code des personnes et de la famille dispose : « Les jugements étrangers n'ont force exécutoire au Cameroun qu'après exequatur obtenu dans les formes prévues par la loi nationale ». V° aussi KOUAM (S-P), « La codification du conflit de juridiction (...) », op cit, p. 35.

²⁵ POUGOUE (P.G), TEPEI KOLOKO (F), *La saisie attribution des créances OHADA*, coll. Vade-mecum, Yaoundé, PUA, 2005, p. 7 ; cité par EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », *RIDC*, vol. 3, t. XXXI, éd. Association Internationale de Droit Economique, 2017, p. 55-84, spéc. p. 57.

²⁶ V° aussi, Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), Port-Louis, 1993.

²⁷ SEJEAN-CHAZAL (C), « La réforme du droit OHADA du recouvrement », *La revue Lexbase Afrique-OHADA (l'actualité sur le droit africain des affaires)*, n° 72, mars 2024, op cit. L'auteur précise d'ailleurs que s'agissant de l'Acte Uniforme portant organisation des voies procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), « c'est le plus usité des onze actes uniformes, et qu'à lui seul il est à l'origine de plus de 70 % du

dit, la règle de droit n'a de valeur que respectée, tandis que, le droit subjectif n'a d'existence en raison de l'effectivité dont bénéficie son titulaire²⁸, laquelle est principalement satisfaite au moyen de l'exécution forcée²⁹.

Largo sensu, l'expression « réception des décisions de justice étrangères » (jugement ou sentence arbitrale), renvoie au procédé d'accueil par un ordre juridique donné, des décisions de justices émanant d'un autre *for*. Cette thématique porte tout son sens dans la mesure où, bien que les jugements et sentences étrangers soient dotés d'effets indépendants de leur régularité, leur efficacité, l'autorité de la chose jugée et l'octroi de la force exécutoire, sur le plan international, ils sont soumis à un régime distinct. Ce dernier suppose qu'ils soient assujettis à des procédés de contrôle permettant au juge hôte de vérifier leur régularité. En conséquence, la réception des jugements et sentences étrangers comporte sans équivoque une forte dimension procédurale³⁰. Relativement aux notions de « jugement et sentences étrangers », une précision doit être apportée. En effet, s'agissant des jugements étrangers, dans le cadre de notre analyse, il ne sera pas question des jugements inter étatiques de l'espace OHADA mais plutôt des jugements extra-OHADA, reçus dans un pays de l'OHADA. Quant aux sentences arbitrales, remarquons que la réception des sentences arbitrales inter étatiques OHADA ne pose pas de problème considérable à notre sens du fait de l'existence de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage³¹ même si on peut toujours interroger son efficacité³². Fort de cela, il semble donc opportun de s'appesantir sur la réception des sentences arbitrales hors OHADA c'est-à-dire qui ont été rendues en dehors dudit espace.

Subséquentement, l'analyse de la réception voire la circulation des jugements et des sentences arbitrales «étrangers» dans l'espace OHADA, traduit celles des modalités de leur validation et de leur exécution dans cet ordre juridique dit d'accueil. A ce niveau, il semble logique de s'interroger sur l'effectivité de la réception des jugements et des sentences arbitrales «étrangers» dans l'espace OHADA. En d'autres termes, peut-on déceler en l'état actuel dans

contentieux porté devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ». Le législateur OHADA n'a toutefois pas totalement ignoré cet enjeu. C'est ce qui a justifié l'adoption de l'AUPSRVE, dont l'objectif est d'unifier le droit matériel des voies d'exécution par l'instauration d'un dispositif de procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution plus efficaces.

²⁸ FRISON-ROCHE (M-A), « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53. Cité par EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », *op cit*, p. 56.

²⁹ EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », *op cit*.

³⁰ CACHARD (O), *Droit international privé*, *op. cit*, p. 295.

³¹ NGONO NKOA (C.V), « Réflexions sur l'espace judiciaire ohada », *Revue de l'Ersuma : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, n° 6, janvier 2016, Doctrine, *op cit*.

³² DIALLO (A), *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, thèse, Université de Perpignan via Domitia, 2016.

l'espace OHADA, un corpus de règles communes relativement à l'accueil des décisions de justice étrangères ? Dans l'affirmative, quelles en sont les déclinaisons ? Il s'agit là, d'une thématique qui revêt un intérêt à la fois théorique et pratique en ce sens que le déblayage de ses contours convoque nécessairement l'appréciation de l'objectif d'instaurer un espace juridique et judiciaire que s'est fixé l'OHADA depuis sa création. Parallèlement, cette réflexion permettra en aval, de mettre à nu les avancées majeures ainsi que les insuffisances du fait de la coexistence du système juridique OHADA avec les autres systèmes juridiques (tiers) à l'aune de ses trois décennies d'existence. En tout état de cause, remarquons qu'un espace juridiquement intégré sera d'autant plus attractif si l'investisseur a à l'avance l'assurance, que les mécanismes permettant d'obtenir l'exécution des obligations qui lui sont dues ne seront pas mis en mal par les frontières étatiques³³.

A l'analyse des différents régimes de la circulation des décisions de justice étrangères entre États membres de l'OHADA de façon générale, force sera de constater tout au long de notre réflexion que la prévisibilité, la simplicité, la lisibilité et la cohérence ne sont pas forcément à l'ordre du jour³⁴. Cette situation pourrait *a priori*, écorcher la sécurité juridique et judiciaire voire la cohérence des instruments OHADA³⁵. Ainsi, le régime OHADA de circulation des jugements et sentences arbitrales étrangers est assez atypique. On a pu percevoir une ambivalence dans la codification OHADA de la circulation des jugements étrangers d'une part (I) et une ambiguïté quant au régime de la circulation des sentences arbitrales étrangères d'autre part (II).

³³ Sur ce point, la doctrine a estimé par exemple que sur le plan interne OHADA, « la suppression ou tout au moins la minimalisation de l'exequatur est un avantage comparatif qui peut déterminer le foisonnement des investisseurs en cette période de concurrence des droits où la simplification et la libéralisation sont les maîtres mots ». V°EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op cit, p. 61. L'auteur observe également qu'« à une époque où l'on considère de plus en plus que le droit à l'exécution est un droit fondamental de l'être humain, parce que faisant désormais partie des garanties d'un procès équitable, il serait malvenu d'ignorer la persistance des barrières à la célérité des procédures d'exécution. La question de l'exequatur permet de mettre au grand jour les avancées majeures et les contradictions de l'OHADA. Dans l'esprit, on pourrait percevoir une certaine contradiction entre sa finalité d'intégration et les velléités souverainistes des États ».

³⁴ Cf. Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

³⁵ Le législateur rappelle l'exigence de cohérence des règles OHADA à l'article 1 du Traité OHADA en ces termes : « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

I- L'AMBIVALENCE DANS LA CODIFICATION OHADA DE LA CIRCULATION DES JUGEMENTS ETRANGERS

Ordinairement, la compétence en matière de reconnaissance des jugements étrangers et même des sentences arbitrales est encadrée par les règles de droit international privé³⁶. Dans le cadre de la communautarisation juridique, il est très courant que, pour des objectifs de sécurité, cette compétence soit reconnue au droit commun des Etats membres. Tel est le cas par exemple des Etats membres de l'Union Européenne³⁷. Cependant, le cas du droit OHADA est assez atypique³⁸. En effet, quand on sait que le processus d'harmonisation nécessite la création d'un droit commun et unique pour tous les Etats membres et qui au final doit s'incorporer aux droits nationaux³⁹, il faut très vite souligner le laxisme du législateur en ce qui concerne les jugements intra OHADA et les jugements extra OHADA. Plus précisément, le législateur n'a pas procédé à l'harmonisation des règles de reconnaissance des jugements étrangers laissant ainsi place à l'incertitude. Dès lors, l'encadrement de la reconnaissance des jugements étrangers dans l'espace OHADA est considérablement libéralisé ce qui conduit à l'incohérence des règles applicables (A). Par contre, avec la révision de l'AUPSRVE, on pourra constater une certaine cohérence dans les règles d'exécution des jugements étrangers (B).

Page | 93

A- L'incohérence des règles de reconnaissance des jugements étrangers

Le droit judiciaire OHADA est assez contrasté au point où, certains ont même soupçonné un désintérêt du législateur relativement à la création d'un espace judiciaire intégré⁴⁰. Il faut entendre par là, le transfert de compétences étatiques d'un Etat à une organisation internationale (CCJA) dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales. En dépit du caractère fondé de ce grief, il faut noter que la complexité de l'environnement judiciaire et organisationnelle de ces Etats peut justifier cette position du législateur qui à notre sens relève de la prudence.

³⁶ On peut citer la Convention de la Haye sur la reconnaissance des jugements étrangers en matière civile et commerciale du 2 juillet 2019, la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. V° aussi, NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises en droit camerounais contemporain : Essai de systématisation*, op cit.

³⁷ La circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen repose sur une confiance mutuelle fondée sur l'existence d'une Convention (Convention de Bruxelles I bis) et d'un double Règlement (Règlement (CE) 44/2001 et Règlement UE n° 1215/2012) traitant à la fois de la compétence directe et de la reconnaissance ou exécution. On peut encore citer la Convention de Lugano ou la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for de 2005.

³⁸ EKANI (S.C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op cit., p.69 et ss.

³⁹ Sur la notion d'harmonisation, v° DOUMBE-BILLE (S), « A propos de la nature de l'OHADA », *Mélanges offerts à MADJID BENCHIKH*, pp. 423-436.

⁴⁰ MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op cit, p. 69.

Cependant cette situation d'incertitude n'handicape pas uniquement les rapports intra OHADA mais aussi les rapports extra OHADA. S'agissant de ce dernier volet, remarquons qu'un système juridique quel qu'il soit doit d'assurer également sa coexistence avec d'autres systèmes juridiques (exogènes)⁴¹. Malheureusement, on a pu constater que le droit OHADA ne traite pas de la réception des jugements étrangers (extra OHADA). Cette abstention traduit l'absence de cohésion qui y règne en la matière (1) et dont la conséquence est matérialisée par la disharmonie des règles y relatives (2).

1- L'absence de cohésion des règles de reconnaissance

Il a été estimé que, le défaut de cohésion des règles de reconnaissance des jugements étrangers dans l'espace OHADA se justifie par une « *conception narcissique de la souveraineté* »⁴². Cette dernière se matérialise par l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres⁴³, la faible crédibilité des systèmes judiciaires⁴⁴ et le caractère expansif du droit OHADA⁴⁵. Outre, ces raisons classiques du droit international privé justifiant une procédure d'exequatur pour qu'une décision étrangère puisse être intégrée dans l'ordre juridique interne de l'Etat requis, il existe des raisons intrinsèques au contexte de l'OHADA.

Les raisons classiques sont liées à l'autonomie et au cloisonnement des ordres juridiques internes⁴⁶, de sorte qu'une décision étrangère n'a à proprement parler aucune force normative avant l'octroi de l'exequatur. De plus, chaque Etat ayant le monopole de la contrainte sur son territoire, la suppression de cette instance serait une sujétion de l'Etat requis à celui d'origine de la décision ou de l'acte à exécuter⁴⁷. Enfin, il est question de s'assurer que l'Etat requis n'accorde pas de valeur normative à des décisions et actes étrangers contraires à l'ordre public international

⁴¹ MEYER (P), « Le droit OHADA et le droit et le droit international privé : les règles d'applicabilité du droit uniforme », *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, CREDIJ, 2018, pp. 291-327, spéc., p. 291.

⁴² EKANI (C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », *RIDC*, t. XXXI, 2017, p. 89.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ SOSSA (D.C), « La protection des investissements étrangers au regard du droit OHADA: d'une « internationalisation » rectifiée à une « internationalisation » consentie », *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, CREDIJ, 2018, p. 136 et ss/ MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op cit, p. 16.

⁴⁵ EKANI (C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op cit.

⁴⁶ LOPEZ DE TEJADA (M), *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 546, Paris, LGDJ / Lextenso, 2013, pp. 25 et s. Cité par EKANI (C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op cit, p. 70.

⁴⁷ LOPEZ DE TEJADA (M), *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, op cit, p. 171 et ss.

ou entachés d'une fraude intolérable. Il s'agit de ce fait de vérifier qu'un acte qui violerait gravement les droits d'une partie ne soit pas intégré dans l'ordre juridique interne⁴⁸.

Concernant les raisons propres à l'espace OHADA, il convient de souligner, qu'elles affectent aussi bien les rapports internes qu'externes des Etats membres. Il s'agit entre autres, le principe de l'autonomie institutionnelle que la doctrine considère comme une sorte de hydre⁴⁹. Outre cette autonomie, l'institution judiciaire des pays membres de l'OHADA souffre d'un dysfonctionnement considérable qui fragilise sa crédibilité et trouve ses fondements notamment dans le phénomène de corruption, l'engorgement des tribunaux, la violation des droits de la défense, la faible compétence et l'inféodation des magistrats au pouvoir exécutif. Un tel climat est improprie à la confiance mutuelle⁵⁰ paralyse les rapports internes et internationaux, à tel point que les pays ayant une gouvernance judiciaire plus crédible sont réticents à l'idée que les décisions et actes en provenance des pays les plus corrompus puissent être soustraits à un contrôle rigoureux.

2- L'hétérogénéité des règles de reconnaissance

La reconnaissance des jugements étrangers dans l'espace OHADA est soumise à un arsenal juridique varié reposant pour l'essentiel sur des conventions diverses et des lois nationales. S'agissant des conventions, sur le plan multilatéral, plusieurs conventions sont à distinguer notamment la Convention générale de coopération en matière de justice (OCAM)⁵¹. Néanmoins, il faut observer qu'en dépit de sa caducité⁵², elle continue de s'appliquer dans certains pays et fixe des conditions d'exequatur assez sévères sans doute en raison de son ancienneté⁵³. D'autres conventions se démarquent dans le même sillage comme la Convention de coopération en matière judiciaire du 21 avril 1987 signée entre les pays de l'Accord de non-agression et d'assistance en matière de défense (ANAD), la Convention de coopération et d'entraide en matière de justice

⁴⁸Ibid, p. 235 et ss.

⁴⁹ TCHAKOUA (J-M), « Entre dogme et recherche d'efficacité : réflexion sur l'exécution des décisions de justice en droit OHADA », », *Les horizons du droit Ohada, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, CREDIJ, 2018, pp. 241-261, spéc., p. 244.

⁵⁰Meyer (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op. cit., n° 30.

⁵¹L'ex-Organisation Commune Africaine et Malgache (OCAM) Elle compte parmi ses membres, outre Madagascar et la Mauritanie, dix pays membres de l'OHADA dont le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Niger, le Sénégal et le Tchad. V° EKANI (C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op. cit, p. 67.

⁵² IDOT (L), *Note sous C. suprême de Côte d'Ivoire*, 29 avril 1986, CA de Bouaké, 25 novembre 1987, CS de Côte-d'Ivoire, 4 avril 1989, *JDI* 1989, pp. 530 et s. L'auteur remarque à la page 545, que la Convention signée au sein de l'OCAM est tombée en désuétude, cité par MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op. cit., note 54.

⁵³MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op. cit., n° 27.

signée à Yamoussoukro en Côte d'Ivoire, le 20 février 1997, entre les États membres du Conseil de l'Entente⁵⁴.

A une échelle plus réduite notamment sous régionale, on a pu observer une harmonisation des conditions et des procédures de reconnaissance et des décisions d'exequatur des décisions civiles, commerciales et gracieuses par le biais de la Convention de coopération judiciaire des Etats membres de la CEMAC⁵⁵. A l'analyse de l'article 14 de cette convention, cinq conditions sont énumérées pour ce faire⁵⁶. En revanche, il faut observer que cette convention laisse curieusement aux Etats membres la libre option de fixer eux-mêmes des règles nationales applicables⁵⁷.

C'est ainsi qu'en 2007, par la loi sur le juge du contentieux de l'exécution⁵⁸, le législateur camerounais a procédé à la reprise quasi textuelle de ladite convention. Aux termes de l'article 7 de cette loi, « Le juge du contentieux de l'exécution se borne à vérifier que : 1. la décision émane d'une juridiction compétente dans son, pays d'origine ; 2. les parties ont été régulièrement citées, représentées, et déclarées défaillantes ; 3. la décision est susceptible d'exécution dans son pays d'origine ; 4. la décision n'est contraire, ni à l'ordre public camerounais, ni à une décision judiciaire définitive rendue au Cameroun ». Ainsi, quatre conditions sont exigées pour l'octroi de la formule exécutoire aux décisions étrangères au Cameroun⁵⁹, certaines sont relatives à la compétence du juge étranger tandis que d'autres concernent le jugement étranger⁶⁰. Cette configuration rappelle globalement (à l'exclusion du contrôle de l'absence de fraude), les

⁵⁴ L'Accord de non-agression et d'assistance en matière de défense (ANAD), lie le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Togo, tous membres de l'OHADA, et la Mauritanie, non membre. S'agissant des États membres du Conseil de l'Entente, il faut citer Le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Niger et le Togo, tous membres de l'OHADA en sont les signataires. V° ° EKANI (C), « Intégration, exequatur et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », op cit.

⁵⁵ Les Etats membres de la Communauté Economique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale (CEMAC) ont procédé à l'adoption de cette convention ou Accord de coopération judiciaire le 28 janvier 2004.

⁵⁶ Cf. Art. 14 de l'Accord de coopération judiciaire des Etats membres de la CEMAC.

⁵⁷ Cf. Art. 15 de l'Accord de coopération judiciaire des Etats membres de la CEMAC.

⁵⁸ Loi N°/2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères.

⁵⁹ C'est également le cas des autres pays africains tels que le Burkina-Faso (art. 669 CPC), la Côte d'Ivoire (art. 347 du code précité), le Gabon (art. 74 du code précité), le Mali (art. 517 du code précité), le Sénégal (art. 787 du code précité).

⁶⁰ Sont incluses aux conditions relatives à la compétence du juge étranger, la vérification de sa compétence ainsi que celle de la loi appliquée au fond du litige. Concernant le jugement étranger, il est question pour le juge de vérifier la réciprocité ou encore la possibilité d'exécution de la décision dans son pays d'origine, l'absence de fraude et l'inconciliabilité avec un autre jugement non définitif. V° NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises (...)*, op cit. / KOUAM (S-P), « La codification des conflits des juridictions (...) », op cit, p. 42.

exigences que posait l'arrêt *Münzer* en droit français⁶¹.

In fine, on retient que du fait de l'absence d'harmonisation des règles de circulation des jugements étrangers par le législateur OHADA, ces dernières tombent sous le coup des lois nationales des Etats membres. Dès lors, tandis que certains ont adopté une approche libérale d'autres conservent plutôt une approche classique et une troisième catégorie fait face au vide juridique⁶².

Page | 97

B- La cohérence mitigée des règles d'exécution des jugements étrangers

En droit international public, il est admis que l'Etat dispose du monopole de la contrainte matérielle sur son territoire. En d'autres termes, les mesures d'exécution forcée sont soumises à la compétence du juge et de la *lex loci executionis*⁶³. L'article 49 de l'AUPSRVE nouveau, donne beaucoup plus d'orientations sur le juge compétent en matière d'exécution, contrairement à l'ancien. Là où l'identification du juge statuant en matière d'urgence⁶⁴ faisait l'objet d'une grande polémique⁶⁵, donnant ainsi lieu à une controverse doctrinale et jurisprudentielle⁶⁶ et à des réactions

⁶¹ Dans l'arrêt *Münzer* (Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1964, Bull., I, n° 15) il a été jugé que, « pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision ».

⁶² MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *op. cit.*, n° 26

⁶³ CACHARD (O), *Droit international privé*, *op cit*, p. 326, n° 694.

⁶⁴ En effet, dans l'ancien AUPSRVE, le législateur OHADA opérait son choix en faveur d'un juge unique indépendamment de son titre dans les Etats parties. Aux termes de l'article 49 de l'ancien AUPSRVE, « la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui (...) » V° sur la question, FOMETEU (J) ; « Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte Uniforme OHADA sur les voies d'exécution », *RIDC*, vol. 1, 2008, pp. 19-44 / KOUAM (S-P), « La codification des conflits des juridictions (...) », *op cit*, p. 48 et ss / NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises (...)*, *op cit*, p. 421 et ss.

⁶⁵ DIOUF (N.D), « Le droit du procès dans les litiges mettant en cause l'application des règles uniformes de l'OHADA : quelle place pour les lois nationales? », *Les horizons du droit OHADA*, Mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel Sawadogo, Paris, CREDJ, 2018, p. 820 / TOURE (P.A), *La juridiction compétente statuant à bref délai dans l'espace OHADA : un objet judiciaire non identifié ?*, L'Harmattan, Dakar, 2020, n° 12 / CCJA, avis, 7 juillet 1999, n° 001/99/JN, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° spécial janvier 2003, p. 70.

⁶⁶ V° Pour le Sénégal : CA Dakar, 18 novembre 2015, n° 276, Bank of Africa Sénégal dite « BOA Sénégal » c/ BSIC Sénégal SA, Kalidou SOW, La société Atex Commodities S.A, inédit ; dans le même sens, CA Dakar, 21 mai 2014, n° 136, Maguette DIOP et autres c/ IPRES, inédit ; CA Dakar, 23 juillet 2015, n° 172, Société Anonyme Consortium d'Entreprise dite « CDE » c/ Société Myna Distribution Technologie SA, La SENELEC, inédit ; CA Dakar, 4 novembre 2015, n° 260, Mohamed Abdarrahmane ARBI c/ Société Global Partners, CBAO Groupe AttijariWafa Bank et Etat du Sénégal, inédit ; CA Kaolack, 28 mai 2015, n° 33/15, Motel de la Paix c/ Mamadou SARR, Joséphine NDOUR et G.I.E THIAM et SECK, inédit ; CA Kaolack, 1^{er} octobre 2015, n° 55/15, Moustapha NIANG c/ C.M.S. Tamsir NIANG, inédit.

législatives très critiquables pour certains (le cas du Cameroun⁶⁷ et le Togo⁶⁸), le nouvel article 49 de l'AUPSRVE⁶⁹ a procédé autrement. En effet, il désigne la compétence du président de la juridiction compétente dans chaque État partie ou le juge délégué par lui pour connaître de tout litige ou demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire⁷⁰.

Ce faisant, deux axes majeurs doivent être analysés. Bien que le législateur ait essayé de renforcer la sécurité juridique en présidentialisant le juge de l'exécution indépendamment de son titre dans les États-parties. Cependant ce renforcement n'est que partiel en raison de sa cohérence mitigée dans ces différents ordres juridiques (1). Par la suite, on observe à coup sûr, une certaine cohérence des règles de mise à exécution des décisions étrangères par le juge de l'exécution (2).

1- Le renforcement partiel de la sécurité judiciaire par l'article 49 AUPSRVE

C'est une évidence qu'il ne sait à rien de gagner un procès, si le titre exécutoire qui en résulte ne peut être mis en valeur, réaliser ou concrétiser. Ainsi, aux termes de l'article 49 AUPSRVE énonce qu'« en matière mobilière, la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui »⁷¹. La lecture de cet article met à nu la limitation du domaine de compétence du juge de l'exécution à la matière mobilière uniquement par le législateur⁷². En outre, elle la rédaction de l'article 49 donne lieu à quatre types d'interprétations. La première, renseignent à suffisance que les règles posées à l'article 49 ne concernent que la matière mobilière. Par conséquent, est-donc anéantie toute

Pour la Côte d'Ivoire : CA Bouaké, 18 juillet 2001, n° 117, Juris-ohada, n° 2/2003, avril-juin 2003, p. 48.

⁶⁷Pour le Cameroun : loi n° 2007-001, du 19 avril 2007, instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères / ANOUKAHA (F), « Le juge de l'exécution : le législateur persiste et signe ... l'erreur », *J.P.*, n° 70, p. 33 et s. / FOMETEU (J), « Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun », *J.P.*, n° 68, p. 45 et s.

⁶⁸Pour le Togo, loi n° 2020-002, du 7 janvier 2020, portant modification de la loi n°2018-028 du 10 décembre 2018 instituant les juridictions commerciales en République Togolaise, JO 65 E, numéro spécial, année n° 1 bis, p. 23.

⁶⁹ Il s'agit du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) adopté le 17 octobre 2023 qui vient réviser l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSVRE) adopté le 10 avril 1998.

⁷⁰Cependant, conformément à l'alinéa 2 de l'article 49 AUPSRVE nouveau, s'il est imposé au juge un délai dans lequel il doit se prononcer, à savoir deux mois à compter de l'appel de la cause, il est renvoyé au droit interne pour le régime du recours.

⁷¹ De plus, il ajoute que, « sa décision est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de son prononcé. Le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente ».

⁷²Addenda, OHADA, Traité et Actes uniformes Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (commenté et annoté) Acte uniforme relatif au Système comptable des entités à but non lucratif, Juriscope, 2024 ; p. 81.

possibilité d'extension de l'intervention de cette juridiction à la saisie immobilière⁷³. Selon la deuxième le droit interne est désormais associé à la désignation de la juridiction apte à connaître « de tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire ». La troisième exclut implicitement du domaine de l'article 49 la saisie et la vente du fonds de commerce⁷⁴. La quatrième quant à elle, est une inflexion : on a pu constater que la formule « la juridiction statuant en matière d'urgence », maintenue dans l'ancien AUPSRVE, a été retirée dans le nouvel acte uniforme⁷⁵.

Par ailleurs, en ce que désormais, l'article 49 renvoie explicitement à la loi nationale le pouvoir de désigner la juridiction dont le président ou le juge délégué par lui statue, la jurisprudence qui approuve cette désignation par les juges du fond semble aussi, en principe maintenue. En l'espèce, la CCJA dans un arrêt, a affirmé que *« sauf si un Acte uniforme fixe lui-même des règles propres qui désignent spécialement les juridictions compétentes pour statuer sur les différends nés de leur application, la détermination de la juridiction compétente, expression consacrée et employée par le législateur Ohada, relève du droit interne et en particulier de l'organisation judiciaire de chaque État partie. En conséquence, les dispositions d'ordre public des articles 49 et 54 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, se référant expressément à la juridiction compétente, il incombe au président du tribunal saisi d'une demande relative aux questions susmentionnées, de se déterminer sur sa compétence au regard des règles du droit interne de son pays et de la nature juridique du litige qui lui est soumis »*⁷⁶.

Cependant, il faut observer que, le renvoi au législateur national opéré à travers l'article 49 de l'AUPSRVE donne lieu à une identification éclatée du juge de l'exécution dans les Etats membres. En effet, en application de l'article 49, le législateur béninois a, par la loi n°2008-07 du

⁷³ V° CCJA, 1^{ère} ch., n°123/2019, 25-4-2019 : Diamond Bank c/ Société Mahoussi et fils SARL.

⁷⁴ Il ressort de la lecture croisée des dispositions des articles 245-1 al. 2 ; 247-7 ; 245-16 al. 3, 245-23 etc., que c'est le président de la juridiction compétente en matière commerciale qui est le juge du contentieux en matière de saisie et de vente de fonds de commerce. Ces règles ne sont pas non plus applicables en matière de saisie immobilière ou de saisie d'impenses : dans ces deux cas, voir art. 248 al. 1 et 254 al. 2-5) AUPSRVE. Cette révision vient bouleverser les lois internes de certains Etats-membres notamment le Bénin sur la question alors que l'article 585-1 Code de Procédure Civile, Commerciale, Sociale, Administrative et des Comptes (CPCCSAC) prévoit que « les saisies immobilières sont poursuivies devant le juge de l'exécution ».

⁷⁵ *Addenda, OHADA, Traité et Actes uniformes Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (commenté et annoté) Acte uniforme relatif au Système comptable des entités à but non lucratif*, Juriscope, 2024, p. 81.

⁷⁶ CCJA, avis n°001/2019 du 25 mars 2019, publié à l'adresse internet consultée le 3 juillet 2024 <https://biblio.ohada.org/>.

28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, institué le juge de l'exécution, en ses articles 583 à 592. Juge exclusif dans les matières de l'exécution des titres ainsi que de la saisie conservatoire, ses pouvoirs sont conférés au président du tribunal ou au juge par lui délégué⁷⁷.

Page | 100

Parallèlement, aux termes de l'article 113 de la loi organique de la République démocratique du Congo, du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, les tribunaux de grande instance connaissent de l'exécution de toutes décisions de justice à l'exception de celles des tribunaux de paix, c'est à bon droit qu'un président de tribunal de grande instance s'est déclaré compétent pour connaître du litige relatif à l'exécution d'un arrêt de cour d'appel, d'autant que cette compétence est fondée sur l'art. 49 de l'AUPSRVE et que le litige porte sur une saisie-attribution de créances⁷⁸. En 2019, le Burkina-Faso a suivi le Bénin en instituant un juge de l'exécution pour connaître du contentieux de l'exécution⁷⁹.

La référence à la législation camerounaise en la matière permet de rendre compte du type de problème que l'intervention du législateur national peut faire naître. Aux termes de l'article 5 de la loi camerounaise sur le juge du contentieux de l'exécution au Cameroun⁸⁰, « le président du tribunal de première instance ou le juge qu'il délègue est le juge du contentieux de l'exécution des décisions judiciaires ». L'article 6 de la même loi ajoute qu'il s'agit du « juge du contentieux du lieu où l'exécution est envisagée ». On comprend donc que, le juge compétent en matière de contentieux des décisions étrangères est le président du tribunal de première instance du lieu où sera poursuivie l'exécution. Cette précision du législateur camerounais (qui pourrait tout aussi bien être reprise par d'autres législateurs africains), en ce qui concerne la compétence territoriale du juge de l'exécution des décisions étrangères permet d'embrasser l'ensemble des questions relatives à l'exécution des décisions nationales qui est partagée entre une pluralité des juges, celui des

⁷⁷DJOGBENOU (J), *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, CREDIJ., Cotonou, 2014, Comm. sous les articles 583 à 592, pp. 181-183.

⁷⁸CCJA, arrêt 3^{ème} ch. arrêt n°102/2018 du 26 avril 2018, société Optimum multi mondial solutions contre société Bank Of Africa RDC.

⁷⁹Loi N° 015-2019/AN du 02 mai 2019 portant organisation judiciaire au Burkina-Faso, JO 201908 sp., articles 61 et 62.

⁸⁰Il s'agit de la loi N°/2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères.

décisions étrangères est concentré entre les mains d'un seul juge notamment le président du tribunal de première instance du lieu de l'exécution⁸¹.

2- La cohérence des règles de mise à exécution des décisions étrangères par le juge de l'exécution

Page | 101

La mise à exécution qui se déroule devant le juge de l'exécution, a pour objet d'ordonner les mesures d'exécution forcées. Ainsi, sous la menace, le débiteur peut s'exécuter spontanément ou alors via l'usage de l'*imperium*. Suivant cette logique, il faut retenir que, muni d'un titre exécutoire⁸², le créancier est censé pouvoir envisager aisément, l'exécution du jugement étranger dont il se prévaut dans les Etats membres de l'OHADA. Le droit à l'exécution forcée est prévu par l'article 28 AUPSRVE qui explique qu', « à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits. Sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ».

En ce qui concerne les biens corporels, on s'attachera au lieu de leur localisation effective y compris en ce qui concerne pour les biens immatriculés comme les navires. Pour les biens incorporels, la localisation dépendra du type de bien. Ainsi, les valeurs mobilières par exemple, seront localisées au siège de l'intermédiaire habilité chez qui, elles sont inscrites tandis que les créances seront localisées au domicile du tiers saisi. Ce faisant, plusieurs mesures d'exécution forcée dont la mise en œuvre soulève des spécificités dans les litiges présentant un élément d'extranéité sont envisageables notamment la saisie-attribution et la saisie-appréhension. En fin

⁸¹A *contrario*, en droit français, il convient de distinguer la compétence du juge de l'exequatur de celle du juge de l'exécution. Cette différence témoigne de deux phases successives d'exequatur puis d'exécution qui sont bien distinctes. En matière d'exequatur, la compétence est assumée par le président de grande instance. Il lui revient de toujours se prononcer sur la demande d'exequatur d'un jugement étranger condamnant le débiteur, et cela en dépit du paiement partiel sans attendre l'exequatur. V° NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises* (...), op cit, p. 421.

⁸² Le titre exécutoire est un titre revêtu de la formule exécutoire permettant le recouvrement forcé d'une dette lorsque le débiteur ne s'en acquitte pas de façon spontanée. Aux termes de l'article 33 AUPSRVE, « constituent des titres exécutoires : 1) les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ; 2) les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'État dans lequel ce titre est invoqué ; 3) les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4) les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 5) les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire ».

de compte, le droit à l'exécution est un enjeu considérable pour la crédibilité de l'institution judiciaire⁸³. Comme l'a rappelé la doctrine, parmi les trois éléments qui forment «les composantes de l'activité judiciaire: instruction, décision, exécution, c'est incontestablement le dernier qui est le plus important »⁸⁴.

II-L'AMBIGUÏTÉ DES REGLES DE CIRCULATION DES SENTENCES ARBITRALES ETRANGERES DANS L'ESPACE OHADA

Une sentence arbitrale est une décision d'ordre privé qui ne bénéficie d'aucun *imperium*⁸⁵. La Cour de Paris, dans un arrêt a considéré les sentences comme « les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »⁸⁶. Une fois prononcée, son exécution nécessite une insertion dans l'ordre juridique de l'Etat requis matérialisée par la reconnaissance et l'apposition de la formule exécutoire par le for. A ce titre, force est de souligner que la plupart des pays imposent une procédure d'homologation judiciaire à toutes leurs sentences tant internes qu'internationales pour leur conférer un caractère exécutoire⁸⁷.

L'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage⁸⁸ a joué un rôle crucial dans l'harmonisation et la modernisation du droit des affaires dans les Etats membres de l'espace OHADA⁸⁹. L'objectif principal étant de développer un cadre juridique favorable à la

⁸³PERROT (R) et THERY (Ph), *Procédures civiles d'exécution*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 7. Ces auteurs ont relevé « qu'un jugement ne soit pas exécuté ou qu'il le soit avec retard, et c'est d'autant de l'autorité du juge qui s'évanouit. Si, à défaut de moyens d'exécution efficaces, une telle carence doit se répéter fréquemment, les justiciables sont fatalement portés à mépriser leur justice et à la considérer comme une structure désuète »

⁸⁴DE RUSQUEC (E), *Réflexions sur l'exécution des décisions de justice en matière civile*, Gaz. Pal., 29 juin 1982, Doctr., pp. 335 et s.

⁸⁵L'arbitrage s'appréhende comme un mode parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel, de règlement d'un litige par lequel les parties (commerçantes) à un contrat commercial soumettent leur litige à un arbitre qui tient son pouvoir de juger d'une convention d'arbitrage. V° NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises* (...), op cit., p. 250, n° 231.

⁸⁶CA Paris ; 1^{ère} ch. Urg., 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, note Ch. Jarrosson.

⁸⁷PRUJINER (A), « L'exécution des jugements et des sentences », *Revue générale de droit*, Volume 22, numéro 2, 1991, pp. 453–457.

⁸⁸L'arbitrage notamment commercial est devenu « aujourd'hui dans le monde entier un des éléments du dispositif juridique des grands projets d'investissement et de développement ». V° PLANTEY (A), « L'arbitrage dans le commerce international », AFDI, 1990, p.307.

⁸⁹S'agissant de l'OHADA, pour faire remarquer l'importance de l'arbitrage, un auteur a remarqué que « de toutes les réalisations de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA), celles qui portent sur l'arbitrage sont à coup sûr les plus originales et les plus audacieuses ». Cf. FENEON (A), « Présentation », *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, janv.-mars 2016, n°894, p.7-9 ; FOUCHARD (Ph), « Le double régime de l'arbitrage OHADA », *International Law Forum*, 2001, p.180 / V° aussi, Préambule du Traité de Port Louis du

reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, non seulement pour les sentences rendues au sein des Etats membres de l'OHADA, mais aussi pour celles rendues en dehors de l'espace OHADA⁹⁰. S'agissant de cette dernière catégorie, l'exécution des sentences extra OHADA fait l'objet de difficultés considérables dont l'appréciation des dispositions de l'AUA ne cesse de mettre en exergue. En effet, lorsqu'il s'agit de recevoir ou conférer l'exequatur à une sentence rendue en dehors de l'espace OHADA, les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage produisent des lacunes considérables qui s'étendent aussi bien en ce qui concerne les modalités de leur reconnaissance (A) que celles de leur exécution (B).

A- L'encadrement lacunaire de la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères

Aux termes de l'article 34 AUA, « les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme sont reconnues dans les Etats Parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues par les dispositions du présent Acte uniforme ». A la lecture de cette disposition législative, plusieurs angles de réflexion méritent d'être abordés. Premièrement, l'applicabilité de l'article 34 aux sentences rendues dans les pays situés en dehors de l'espace OHADA (1). Ensuite, les contours du principe de subsidiarité instauré par l'article 34. En clair, ce principe lui-interdit-il l'application des conditions posées par l'article 31 de l'AUA pour conférer l'exequatur à des sentences étrangères (2)? Force est de relever d'entrée de jeu que, les réponses à ces questions se heurtent considérablement à une série de difficultés qu'on ne saurait occulter.

1- Les difficultés inhérentes à l'applicabilité de l'AUA aux sentences arbitrales extra OHADA

Relativement à la question de savoir si l'article 34 AUA s'applique ou non aux sentences étrangères, il faut observer que cet article se réfère aux « sentences rendues sur la base de règles différentes de celles de l'Acte uniforme ». Autrement dit, c'est sur le critère de l'applicabilité de l'AUA que le législateur semble se baser pour conférer ou non l'extranéité à une sentence. Ce faisant, il ne fait pas de distinction étymologique entre les sentences rendues dans un Etat OHADA

17 octobre 1993 constitutif de l'organisation communautaire dispose « les Etats parties sont désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

⁹⁰ BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », *La lettre juridique*, [Doctrines], éd. n° 723, 2017, lire en ligne : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/43935787-doctrine->

et les sentences rendues dans des Etats tiers⁹¹. Dans ce sillage, comme l'a souligné la doctrine, il ne serait pas également maladroite de s'interroger sur l'hypothèse selon laquelle, l'article 34 viserait plutôt les sentences rendues dans un Etat OHADA mais sur le fondement de règles différentes de l'AUA ou les sentences étrangères ou encore les deux⁹². Toutefois, plusieurs indices explicites permettent d'apporter des réponses à ces préoccupations.

En effet, la référence de l'article 34 à des « règles différentes » de l'AUA semble se rapporter, bien qu'indirectement, à des sentences rendues en dehors de l'espace OHADA car on sait bien qu'en règle générale, les sentences arbitrales rendues sont soumises de façon exclusive, à la loi d'arbitrage du siège⁹³. Conséquemment, lorsque dans l'hypothèse contraire, le siège de l'arbitrage se trouve en dehors de l'espace OHADA, les procédures arbitrales qui ont conduit à leur prononcé n'ont normalement pas vocation à être régies par l'AUA. Le terme « international » est généralement employé pour marquer la différence entre un arbitrage qui est purement interne à un Etat, un arbitrage national et, un arbitrage qui, d'une certaine manière transcende les frontières, et « met en cause les intérêts du commerce international »⁹⁴.

Cependant, l'article premier peut sembler aller à l'encontre de cette interprétation de l'article 34 en disposant que « l'Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats-parties ». C'est ainsi que, certains plaideurs ont soutenu que l'article 1⁹⁵ empêchait d'appliquer les règles posées par l'AUA à une sentence étrangère. En d'autres termes, l'exequatur des sentences étrangères serait toujours régi par le droit national des Etats membres plutôt que par l'AUA⁹⁶. Ce raisonnement a été adopté par la cour d'appel d'Abidjan dans un arrêt du 19 novembre 2002. La Cour a confirmé la validité de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue en Suisse en se fondant, non pas sur l'AUA, mais sur le droit ivoirien. Elle a jugé que : « Certes, l'article 35 de l'Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage indique que 'le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les

⁹¹TAGUM FOMBENO (H-J), « Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA », accessible en ligne.

⁹²BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit.

⁹³V° Art. 1 AUA.

⁹⁴Cass. civ, 18 mai 1971, *Revue de l'arbitrage*, 1972, vol. 2, note KAHN Philippe ; J.D.I 1972, 62, note B.OPPETIT, D. 1972, 37, note D. Alexandre / TAGUM FOMBENO (H-J), « Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA », accessible en ligne, p. 5.

⁹⁵Aux termes de l'article 1^{er} de l'AUA, « le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats Parties »

⁹⁶BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie), op cit.

Etats-Parties' ; Cependant l'article 1er [...] de l'Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage précise clairement que l'Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du Tribunal arbitral se trouve dans un des Etats parties au Traité OHADA ; à contrario, lorsque le siège du Tribunal se trouve hors des Etats parties les dispositions de l'Acte uniforme ne sont pas applicables, et il faut rechercher le droit applicable dans les dispositions du droit national relatif à l'arbitrage. En l'espèce, le siège du Tribunal arbitral se trouvant en Suisse hors des Etats Parties, seule la loi ivoirienne n° 93-671 du 9 Août 1993 relative à l'arbitrage est applicable en ce qui concerne la procédure d'obtention de l'exequatur »⁹⁷.

Malheureusement, cette décision qui semble exclure, sur la base des dispositions de l'article 1, la reconnaissance et l'exequatur des Sentences Etrangères du champ d'application de l'article 34 est pour le moins critiquable. Elle méconnaît les termes de l'article 34 qui, en se référant à la possible application de l'AUA à la reconnaissance (et, vraisemblablement, également à l'exequatur) des « sentences rendues sur la base de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme », ne fait aucune distinction entre les sentences rendues au sein ou en dehors de l'espace OHADA⁹⁸. Or, si l'AUA avait pour but de restreindre le champ d'application de l'article 34 aux seules sentences rendues dans les Etats OHADA, il aurait vraisemblablement fait référence aux « sentences rendues dans un Etat Membre sur la base de règles différentes [...] »⁹⁹.

⁹⁷CA, Abidjan, 19 novembre 2002, n° 1157 du 19 novembre 2002. Il est fait référence à cette décision dans deux des trois codes commentés OHADA : 1° *Le Code Vert OHADA*, voir note 8 supra, observations sous l'article 34 de l'AUA, page 182 ; 2° *Code Pratique OHADA*, Traité, Actes Uniformes et Règlements annotés, éditions Francis Lefebvre, 2014 ("Code Gris OHADA"), observations sous l'article 35 de l'AUA, page 181. Le troisième Code OHADA disponible est *OHADA, Code Bleu, Traité - Actes Uniformes - Règlement de Procédure et d'Arbitrage - Jurisprudence annotée*, JurisAfrica, édition 2016 ("Code Bleu OHADA")

⁹⁸ Il a été observé que, « cette décision de la cour d'appel d'Abidjan est également surprenante en ce qu'elle va à l'encontre de l'objectif principal de l'OHADA qui est de créer un cadre juridique unifié, lisible et fiable destiné à rassurer les investisseurs, notamment étrangers. Soumettre l'exécution des sentences étrangères dans l'espace OHADA aux conditions différentes de 17 Etats membres plutôt qu'à celles uniformisées de l'AUA apparaît anachronique et incompatible avec le but unificateur de l'AUA. Pour les mêmes motifs, cette décision semble également porter atteinte à la promotion de l'arbitrage tant souhaitée par les Etats parties à l'OHADA. Soumettre l'exequatur d'une sentence étrangère, selon l'Etat concerné, à des conditions différentes et parfois plus contraignantes qu'avec l'AUA, ne participe effectivement pas à la promotion de l'arbitrage ». Cf. Préambule du Traité de l'OHADA, pp. 1-7 : « Hautes parties contractantes du Traité, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, déterminés à [...] établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ; [...] Persuadés que la réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs Etats d'un Droit des Affaires harmonisées, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises ; Conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ». V° BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit.

⁹⁹ Ibid.

A contrario, les rédacteurs de l'AUA étaient conscients du caractère internationaliste déjà très poussé de la Loi Uniforme ont remarqué que « *tracer une nouvelle frontière entre cet 'Espace OHADA' et les autres pays du monde [...] a dès lors paru inutile et dangereux* »¹⁰⁰. La grande majorité de la doctrine reconnaît ce caractère internationaliste de l'Acte uniforme, et considère la décision de la cour d'appel d'Abidjan comme faisant une mauvaise application de l'article 34¹⁰¹. Dans ce sillage, le Code vert OHADA¹⁰² indique que : « les sentences rendues dans des Etats tiers à l'OHADA sur le fondement de règles différentes de celles de l'Acte uniforme seront également reconnues et exequaturées sur la base des dispositions de l'article 31 si l'Etat de l'OHADA [où la reconnaissance et l'exécution sont demandées] n'est pas partie à une convention internationale sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales avec l'Etat étranger où la sentence a été rendue. Ceci résulte des dispositions de l'article 34 de l'Acte uniforme »¹⁰³.

De plus, « si le tribunal arbitral est situé hors d'un Etat de l'OHADA, il faut appliquer, soit les conventions internationales pertinentes [...], soit les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage. La survivance des anciennes lois sur l'arbitrage ne porte donc pas sur l'ensemble des 'modalités d'obtention de l'exequatur' mais uniquement sur le juge compétent et la procédure d'exequatur. Les conditions de fond de l'exequatur, quant à elles, relèvent soit des conventions internationales pertinentes, soit des dispositions de l'article 31 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage »¹⁰⁴.

¹⁰⁰Extrait du préambule de la première version du projet de rédaction de l'Acte Uniforme, v° sur la question, TAGUM FOMBENO (H-J), « Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA », accessible en ligne.

¹⁰¹KENFACK DOUAJINI (G) et IMHOOS (C), « L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 5, Avril-Mai-Juin 1999, p. 3 (Ohadata D-08-79) : « la particularité de l'exécution des sentences arbitrales dans le système de l'Acte Uniforme OHADA résulte de son article 34 [...]. Cette disposition novatrice et suffisamment ouverte signifie que les sentences arbitrales étrangères aux pays de l'espace OHADA seront reconnues en vertu des règles contenues dans la Convention de New York, pour autant que celle-ci ait été ratifiée par les Etats en cause, et à défaut, conformément à l'Acte uniforme [...] ».

¹⁰²Code Vert OHADA, observations sous l'article 34 de l'AUA, p. 182 : « la complexité inutile de l'article 34 explique peut-être (sans la justifier) la mauvaise application faite de cette disposition par la cour d'appel d'Abidjan dans un arrêt du 19 novembre 2002 ».

¹⁰³Ibid., observations sous l'article 31 de l'AUA, page 179.

¹⁰⁴Ibid., observations sous l'article 34, page 182 (soulignement ajouté). V° aussi SOSSOU BIADJA (C), voir note 8 supra, page 113, p. 76. Après avoir relevé que sur la base d'une lecture *prima facie* de l'article 1 de l'AUA, une définition "territorialiste" plutôt qu'"autonomiste" du siège de l'arbitrage semblerait prévaloir (supra, note 5), l'auteur note que cette même lecture 'territorialiste' du 'siège' n'avait-elle pas été expressément faite par la CA d'Abidjan dans un arrêt à l'occasion d'une demande de reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue hors OHADA ? Cette juridiction ivoirienne avait écarté l'AUA au motif que le 'siège du tribunal arbitral se [trouvait] en Suisse'. Ce qui, à notre avis, est une grave erreur d'appréciation du sens que devrait avoir la notion de "siège" dans l'AUA.

Pour l'ensemble de ces raisons, la doctrine a préféré relativiser la portée de cette décision dans la mesure où, n'émanant pas de la CCJA, elle demeurait isolée¹⁰⁵. Nonobstant, en l'absence de décisions sur ce point de la part de la CCJA, cette décision avait de fortes possibilités de créer un précédent sur lequel des parties pouvaient se fonder pour contester l'exécution d'une sentence étrangère dans un Etat OHADA. Parallèlement, elle permettait aussi aux plaideurs désireux de s'opposer à l'exequatur de légitimer le recours à des dispositions nationales souvent moins favorables que celles de l'AUA¹⁰⁶. La CCJA a eu l'occasion d'intervenir en confirmant la portée limitée qu'il convient d'accorder à cette décision de la Cour d'appel d'Abidjan dans un arrêt du 26 janvier 2017 où, elle a effectivement appliqué, sans équivoque, l'article 34 à une Sentence Etrangère (en l'espèce, la sentence avait été rendue en Belgique)¹⁰⁷. *In fine*, en l'absence d'amendement de l'article 34 par la Réforme, on ne saurait nier que la CCJA a pu jouer un rôle clé pour la résolution des difficultés posées par l'AUA relativement aux sentences étrangères¹⁰⁸.

2- La complexité de l'application subsidiaire de l'AUA

En disposant que « les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte uniforme, sont reconnues dans les Etats-parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables, et à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte uniforme », l'article 34 pose un principe d'application subsidiaire de l'AUA. Ce principe signifie que l'AUA s'applique aux sentences rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par l'AUA uniquement en l'absence de convention internationale applicable régissant les questions de reconnaissance et d'exequatur de sentences étrangères¹⁰⁹. La conséquence pratique de ce principe est que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère dans un Etat OHADA vont être régies par d'autres textes y relatifs notamment la Convention de New York sur la reconnaissance

¹⁰⁵ BRABANT (A) et DIVOY (O), «The Enforcement of International Arbitral Awards in OHADA Member States - The Uniform Act on arbitration is not the smooth ride it was designed to be», *TDM*, n° 4, 2016.

¹⁰⁶ En guise d'illustration, les dispositions du droit national antérieur à l'OHADA de la République Démocratique du Congo sur l'arbitrage notamment la Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, art. 120 - 5 °, prévoit que l'exequatur d'une sentence arbitrale peut être refusé lorsqu'un recours en annulation de la sentence est toujours pendant.

¹⁰⁷ CCJA, 26 janvier 2017, n° 003/2017

¹⁰⁸ BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », *op cit*.

¹⁰⁹ *Ibid*.

et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹¹⁰ ou encore la Convention CIRDI¹¹¹ lorsqu'un Etat membre de l'OHADA en est également partie, plutôt que par l'AUA.

Selon les dispositions de l'article 35 AUA, que « le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties ». Parallèlement, l'article VII §1 de la Convention de New York précise que la convention ne s'oppose ni à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en la matière ni du droit dont une partie pourrait bénéficier en se prévalant d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée¹¹². Ce faisant, le droit national auquel la convention fait référence n'est autre que l'AUA au sein de l'espace OHADA.

Page | 108

Or, si l'AUA pose vraisemblablement des conditions d'exequatur des sentences plus favorables que celles posées par la Convention de New York¹¹³. Remarquons que, les critères de l'AUA concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences sont, du moins *prima facie*, moins exigeants que ceux de la Convention de New York¹¹⁴. Tandis que les critères de l'AUA se déclinent en trois conditions de forme et une condition de fond, la Convention de New York impose quant

¹¹⁰La Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (la "Convention de New York").

¹¹¹Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), a été institué par la convention de Washington du 18 mars 1965 pour régler les différends relatifs aux investissements dans lesquels les Etats sont généralement impliqués.

¹¹² « Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

¹¹³ La Convention de New York a été ratifiée par 12 des 17 Etats OHADA (cinq Etats OHADA n'ont pas ratifié la Convention de New York sont la République du Tchad, la République du Congo (Congo-Brazzaville), la République de Guinée Equatoriale, la République de Guinée-Bissau et la République du Togo). Cependant, l'article VII §1 de la Convention de New York prévoit que « les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». Autrement dit, si les dispositions applicables de la loi de l'Etat contractant dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont recherchés sont plus favorables que celles de la convention internationale, alors ce sont ces dispositions du droit national qui doivent recevoir application. Marike R. P. Paulsson dans *The 1958 New York in action* (Kluwer Law International 2016, pp. 233-238) observe que « l'article VII (1) est une disposition fourre-tout qui encourage l'exécution des sentences à l'étranger : il permet au demandeur de bénéficier d'un régime d'exécution différent - qu'il soit basé sur des dispositions nationales ou sur un autre traité - s'il est plus favorable que la Convention elle-même. Cette pratique est connue comme étant la clause du droit le plus favorable ». Cité par BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit.

¹¹⁴ POUGOUE (P-G) et alii, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 2000, p. 32 / V° aussi MEYER (P), *Revue Burkinabé de Droit*, note sous la décision Ohadata n° J-03-83 ; Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, 13 juin 2001 : « une sentence rendue dans un Etat tiers à l'OHADA, dont l'efficacité est requise dans un Etat de l'OHADA, non partie à la Convention de New York, bénéficiera des dispositions -plus libérales que celles du droit conventionnel- de l'Acte uniforme ».

à elle, le respect de huit conditions de fond¹¹⁵. A ce titre, comme la doctrine l'a si bien relevé, la question est de savoir si ces sentences peuvent, du fait de l'article VII § 1 de la Convention de New-York, se voir appliquer les conditions plus favorables posées par l'AUA pour recevoir l'exequatur au sein de l'espace OHADA¹¹⁶.

Cette hypothèse suppose que le renvoi opéré par l'article 34 aux conventions internationales (ratifiées par les Etats membres de l'OHADA) n'interdise pas de s'appuyer sur l'AUA. Pour répondre à cette question, l'alternative suivante s'offre au juge¹¹⁷. Une première interprétation, préconisée par certains auteurs¹¹⁸ et semblant être appliquée par certaines juridictions¹¹⁹, consiste à considérer que puisque l'article VII §1 de la Convention de New York invite à l'application des dispositions plus favorables de l'AUA, l'article 34, en se référant à l'application des conventions internationales en vigueur, requiert en fait l'application de l'article 31 de AUA imposant des conditions d'exequatur plus favorables. Cependant, comme l'a très bien souligné un auteur, alors que cette première interprétation est conforme et donne plein effet à l'article VII §1 de la Convention de New York, elle « *ne se concilie, cependant, pas aisément avec l'article 34 de l'Acte uniforme qui, en désignant les 'conventions internationales éventuellement applicables', semble ne pas permettre à la partie intéressée le droit de se prévaloir des dispositions de l'Acte uniforme* »¹²⁰.

Une seconde interprétation invite, quant à elle, à considérer que les conditions posées par la Convention de New York (ou par toute autre convention internationale), pour octroyer l'exequatur d'une sentence, doivent toujours être remplies lorsqu'elle est applicable. Cette seconde solution s'appuie sur le fait que l'article 34 n'envisage qu'une application subsidiaire de l'AUA. La regrettable conséquence de cette seconde interprétation est que la clause du droit le plus favorable

¹¹⁵ V° BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit. L'auteur remarque que « *la Réforme n'affecte pas cette conclusion. L'AUA semble toujours poser des conditions de reconnaissance et d'exequatur plus favorables que celles énumérées par la Convention de New York. Entre autres, l'AUA dans sa version révisée fait toujours référence à un respect "manifeste" des règles d'ordre public "international" là où la Convention de New York se contente d'exiger un respect des règles d'ordre public de l'Etat partie où l'exequatur est sollicité* ».

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ POUGOUE (P-G) et alii, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, op. cit.

¹¹⁹ Un exemple de la probable application de cette première approche est une ordonnance d'exequatur datant de février 2016 et rendue en République Démocratique du Congo. Sur le fondement de l'article 31 de l'AUA, elle a reconnu exécutoire en RDC une sentence arbitrale rendue à Paris. Ainsi, et sans s'en expliquer davantage, la décision n'a pas appliqué les conditions posées par la Convention de New York, instrument pourtant en vigueur en RDC depuis février 2015.

¹²⁰ MEYER (P), Commentaire de l'article 34 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le *Code Vert OHADA*, p. 182.

de l'article VII § 1 de la Convention de New York est rendue inefficace par ce principe d'application subsidiaire de l'AUA¹²¹. Cette solution crée alors un paradoxe en ce sens qu'il devient plus facile d'obtenir une ordonnance d'exequatur d'une sentence étrangère dans un Etat OHADA qui n'est pas partie à une autre convention internationale que dans celui qui en est partie.

Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence la plus récente de la CCJA ne permet pas, à notre connaissance, de déterminer la solution retenue par cette institution. En effet, la CCJA a très récemment imposé, par le truchement de l'article 34, l'application de la Convention de New York pour déterminer si les tribunaux camerounais devaient rendre exécutoire une sentence arbitrale rendue à Paris. Elle n'a toutefois pas précisé si l'application de la Convention de New York entraînait, cette fois par le truchement de son article VII § 1, l'application de l'article 31 de l'AUA¹²².

B- La diversité des règles d'exécution des sentences étrangères

S'il est vrai qu'au travers de l'article 34 AU, le législateur a entendu résoudre les questions inhérentes à la reconnaissance des sentences étrangères, peut-on dire qu'il en est de même pour leurs modalités d'exécution ? Sont visées ici d'une part, les sentences arbitrales rendues dans un Etat membre selon des règles autres que celles de l'OHADA et, d'autre part, celles rendues dans un Etat non-membre de l'OHADA selon des règles autres que celles de l'OHADA. En effet, même dans les cas où, en application de son article 34, l'AUA est la loi applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères dans un Etat OHADA lorsqu'aucune convention internationale traitant de la question n'étant applicable, tous les aspects de la procédure de reconnaissance et d'exequatur ne sont néanmoins pas régis par les dispositions de l'AUA. On a pu relever la nécessité de se référer aux législations nationales pour déterminer la compétence des tribunaux (1) et la nature de la procédure d'exequatur (2).

¹²¹ MEYER (P), « L'Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, n° 6, p. 647, accessible en ligne. Selon l'auteur, « une sentence rendue dans un Etat tiers à l'OHADA dont la reconnaissance et l'exécution sont requises dans un Etat de l'OHADA partie à la Convention de New York, relèvera des dispositions conventionnelles. Enfin, une sentence rendue dans un Etat tiers à l'OHADA et dont l'efficacité est demandée dans un Etat de l'OHADA non partie à la Convention du 10 juin 1958, bénéficiera des dispositions -plus libérales que celles du droit conventionnel- de la législation uniforme. On peut, en conséquence, se demander si la règle posée par l'article 34 était réellement opportune. Il aurait été plus judicieux de laisser jouer librement le principe posé par l'article VII § 1 de la Convention du 10 juin 1958 qui a pour effet de n'imposer que des conditions minimales à la reconnaissance ».

¹²² CCJA, 27 juillet 2017, n° 166/2017.

1- La pluralité législative inhérente à la détermination du juge compétent

Aux termes de l'article 30 AUA, « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat Partie ». En effet, par le biais de la formulation de cet article, le législateur n'a fait que désigner une compétence générale reconnue au " juge compétent dans l'Etat partie" pour accorder reconnaissance et exécution des sentences étrangères, laissant ainsi aux Etats membres le soin de l'identifier. En conséquence, le juge ou le tribunal compétent pour ordonner la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères reste donc déterminé par les législations internes de chaque Etat OHADA. Pourtant, plusieurs législations internes ne prévoient toujours pas le juge compétent pour prononcer la reconnaissance et l'exequatur des sentences étrangères. C'est toujours le cas au Burkina Faso et dans l'Union des Comores¹²³. Quant au Code de procédure civile sénégalais¹²⁴, il prévoit uniquement le juge compétent pour prononcer l'ordonnance d'exequatur de sentences arbitrales internes.

Page | 111

A l'inverse, certains Etats membres ont tenu à combler ce vide juridique à l'instar du Cameroun, dont l'article 11 de la loi camerounaise de 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif¹²⁵, indique que, « les sentences arbitrales étrangères ont l'autorité de la chose jugée et peuvent être reconnues et rendues exécutoires au Cameroun par le juge du contentieux de l'exécution, dans les conditions prévues par les conventions internationales applicables, et à défaut, dans les mêmes conditions que les celles prévues par les dispositions de l'Acte Uniforme OHADA relatif à l'arbitrage et la loi n°2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'actes uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine »¹²⁶. Autrement dit, les termes de l'article 11 de la loi de 2007 sur le juge du contentieux désignent la « loi de 2003 » pour l'identification des juridictions compétentes visées à l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine. A cet effet, l'alinéa 2 de l'article 4 de la « loi de 2003 », estime que, « le juge compétent visé par l'article 30 de l'acte uniforme relatif au droit de

¹²³ Dans ces Etats membres, les sections relatives à l'arbitrage de leurs Codes de procédure civile contiennent uniquement une référence aux dispositions de l'AUA sans aucune disposition supplémentaire (Titre VIII du Code de procédure civile du Burkina Faso et Livre 4 du Code de procédure civile des Comores).

¹²⁴ Art. 812 du Code de procédure civile sénégalais.

¹²⁵ Loi N°/2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères.

¹²⁶ Il faut retenir que les sentences arbitrales étrangères au Cameroun sont reconnues et exécutées par la loi de 2003 /009 10 juillet 2003 qui unifie la procédure d'exequatur au Cameroun et par la loi de 2007 qui institue le juge du contentieux de l'exécution.

l'arbitrage est le Président du Tribunal de Première Instance du lieu où l'exécution de la sentence est envisagée, ou le cas échéant, celui du domicile du défendeur. Dans l'un et l'autre cas, le Président du Tribunal de Première Instance peut déléguer ses attributs à un juge membre de sa juridiction ».

S'agissant des sentences arbitrales CIRDI, la loi camerounaise n° 75/18 du 8 décembre 1975 a désigné la Cour Suprême du Cameroun comme unique autorité compétente pour apposer la formule à une sentence arbitrale CIRDI. L'article 1^{er} du décret du 3 décembre 2002¹²⁷, régissant l'autorité en charge d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA de l'OHADA et sur les sentences arbitrales rendues en application du règlement d'arbitrage de ladite CCJA identifie le Greffier en chef de la Cour Suprême du Cameroun comme autorité compétente. Ainsi, une fois que, l'exequatur est accordé à une sentence, la formule exécutoire y est apposée à la diligence du greffier en Chef selon les cas, du Tribunal de Première Instance saisi ou de la Cour Suprême du Cameroun¹²⁸.

En République Démocratique du Congo (RDC), l'article 120 du code congolais de l'organisation, fonctionnement et compétences des juridictions d'ordre judiciaire¹²⁹ qui dispose que les sentences arbitrales étrangères ne sont connues et rendues exécutoires en RDC que par le tribunal de grande instance ou tribunal de travail, chacun dans le domaine de sa compétence matérielle, que si elles réunissent les conditions¹³⁰.

2- La pluralité législative inhérente à la phase procédurale d'obtention de l'exequatur

Originellement une sentence arbitrale, étant une décision d'ordre privé, ne bénéficie d'aucun *imperium*. L'exequatur est l'ordre donné par l'autorité judiciaire compétente en vue de faire exécuter une sentence arbitrale. En d'autres termes, c'est un « un bon à exécuter délivré par le juge étatique et rendu nécessaire par le fait que la sentence arbitrale est une œuvre de juges

¹²⁷ Il s'agit du décret n° 2002/299 du 3 décembre 2002 désignant l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et sur les sentences arbitrales rendues en application du règlement d'arbitrage de ladite Cour et de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (ci-après « le décret de 2002 »)

¹²⁸ NYANGON SOUA (W.A), *La vente internationale des marchandises en droit camerounais contemporain (...)*, op cit, p. 326 – 327.

¹²⁹ Art. 120 de la loi organique n°13/011-B DU 11 Avril 2013, portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions d'ordre judiciaire.

¹³⁰ KANGASEKE MBAKA (J) et TSHIZENA TSHINATE (C), « Exécution des sentences arbitrales étrangères en République Démocratique du Congo », *KAS African Law Study Library* (Librairie Africaine d'Etudes Juridiques), vol.5, 2018, p. 382.

privés »¹³¹, « une autorisation judiciaire d'exécuter, accordée à un acte juridictionnel ou gracieux de droit privé dépourvu de force exécutoire dans l'ordre juridique du juge requis, en raison soit de son extranéité (jugement ou acte public étranger [...] soit de son origine non étatique (sentence arbitrale [...]) »¹³². De ce fait, la plupart des pays imposent une procédure d'homologation judiciaire à toutes leurs sentences internes afin de leur conférer un caractère exécutoire. Or, le recours à l'arbitrage n'exonère guère toutes les difficultés en matière d'exécution forcée même si elle offre un régime plus favorable que celui que doivent subir les jugements¹³³.

Relativement au droit OHADA, le droit national relatif à l'arbitrage n'a pas pu être complètement abrogé notamment en ce qui concerne les modalités d'obtention de l'exequatur des sentences arbitrales lorsque celles-ci sont rendues par un Tribunal arbitral situé hors des Etats parties. Si à travers les dispositions de l'article 34 AU, le législateur a entendu résoudre les questions inhérentes à la reconnaissance des sentences étrangères toutefois, en ce qui concerne celles relatives à l'exequatur des éléments essentiels méritent être relevés¹³⁴.

En effet, l'AUA ne précise pas davantage la procédure légale et le type d'action requis pour demander l'exequatur d'une sentence arbitrale de manière générale y compris d'une sentence étrangère plus précisément. Cette omission est préjudiciable à l'objectif d'harmonisation du législateur OHADA dans la mesure où les lois nationales des Etats OHADA n'offrent pas une solution uniforme. Il faut observer la résurgence de divergences législatives du fait que tandis que certaines législations nationales disposent que la demande d'exequatur doit faire l'objet d'une procédure contradictoire c'est le cas du Mali¹³⁵ d'autres prévoient une procédure sur requête notamment le Togo¹³⁶, le Cameroun¹³⁷ et la République Démocratique du Congo¹³⁸. Tout compte fait, comme l'a si bien martelé la doctrine, l'objectif de création d'un droit uniforme de l'arbitrage

¹³¹TCHAKOUA (J-M), *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA, regard sur une construction inachevée à partir du cadre Camerounais*, thèse, Université de Yaoundé II, p. 6.

¹³²MUIR-WATT (H), « Exequatur », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), PUF, Paris, 2003, p. 685.

¹³³PRUJINER (A), « L'exécution des jugements et des sentences », *Revue générale de droit*, vol. 22, n° 2, 1991, pp. 453-457, spéc., p. 457.

¹³⁴BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit.

¹³⁵Article 517 du Code de procédure civile malien.

¹³⁶Article 286 du Code de procédure civile togolais.

¹³⁷Article 5 de la loi camerounaise N°/2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères.

¹³⁸Article 184 du Code de procédure civile de la RDC.

dans l'espace OHADA aurait été mieux servi par un degré supérieur d'harmonisation du régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹³⁹.

Conclusion

Page | 114

Parvenus au terme de notre réflexion, il ressort que le régime de la réception des jugements et des sentences “étrangers” dans l'espace OHADA, revêt en quelque sorte un caractère *sui generis*. En effet, on a pu percevoir d'une part une ambivalence dans la codification des règles de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Ce constat se justifie par l'incohérence de leurs règles de reconnaissance et la cohérence mitigée de leurs règles d'exécution. D'autre part, on relève une ambiguïté des règles de circulation des sentences arbitrales étrangères marquée par un encadrement lacunaire de leur reconnaissance couplée à la diversité de leurs règles d'exécution.

Dans cette perspective, il faut souligner les efforts du législateur OHADA quant à l'effort de garantie de la sécurité juridique et judiciaire de façon générale. Cependant, les insuffisances observées tout au long de cette réflexion démontrent à suffisance l'urgence d'une prise en compte des handicaps du droit OHADA quant aux normes régissant ses rapports avec les systèmes juridiques des Etats tiers à l'organisation. On ne peut qu'espérer que les futures révisions, réformes ou amendement prendront en compte ce problème qui en réalité prouve le caractère inachevé dudit système juridique.

¹³⁹BRABANT (A), « L'exequatur des sentences arbitrales étrangères au sein de l'espace OHADA : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscite toujours bien des questions (première partie) », op cit.

Réflexions critiques et prospectives sur le système pénal de L'OHADA

Critical and prospective reflections on OHADA's penal system

Par:

AZIZ KOLADE ONIFADE

Page | 115

Docteur en droit privé, Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université d'Abomey-Calavi, Avocat au Barreau du Bénin

Résumé

Les objectifs de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques, de promotion des investissements poursuivis par l'OHADA en vue de la création d'un pôle de développement en Afrique ne sauraient avoir de sens et de valeur sans la mise en place d'un système pénal pertinent et efficace. Ce système tel que conçu et élaboré a cependant des carences de fond et de forme. L'identification de ces carences qui ne sont d'ailleurs pas rédhibitoires a conduit à la suggestion des solutions allant dans le sens d'améliorer la réponse pénale à la délinquance d'affaires et économique.

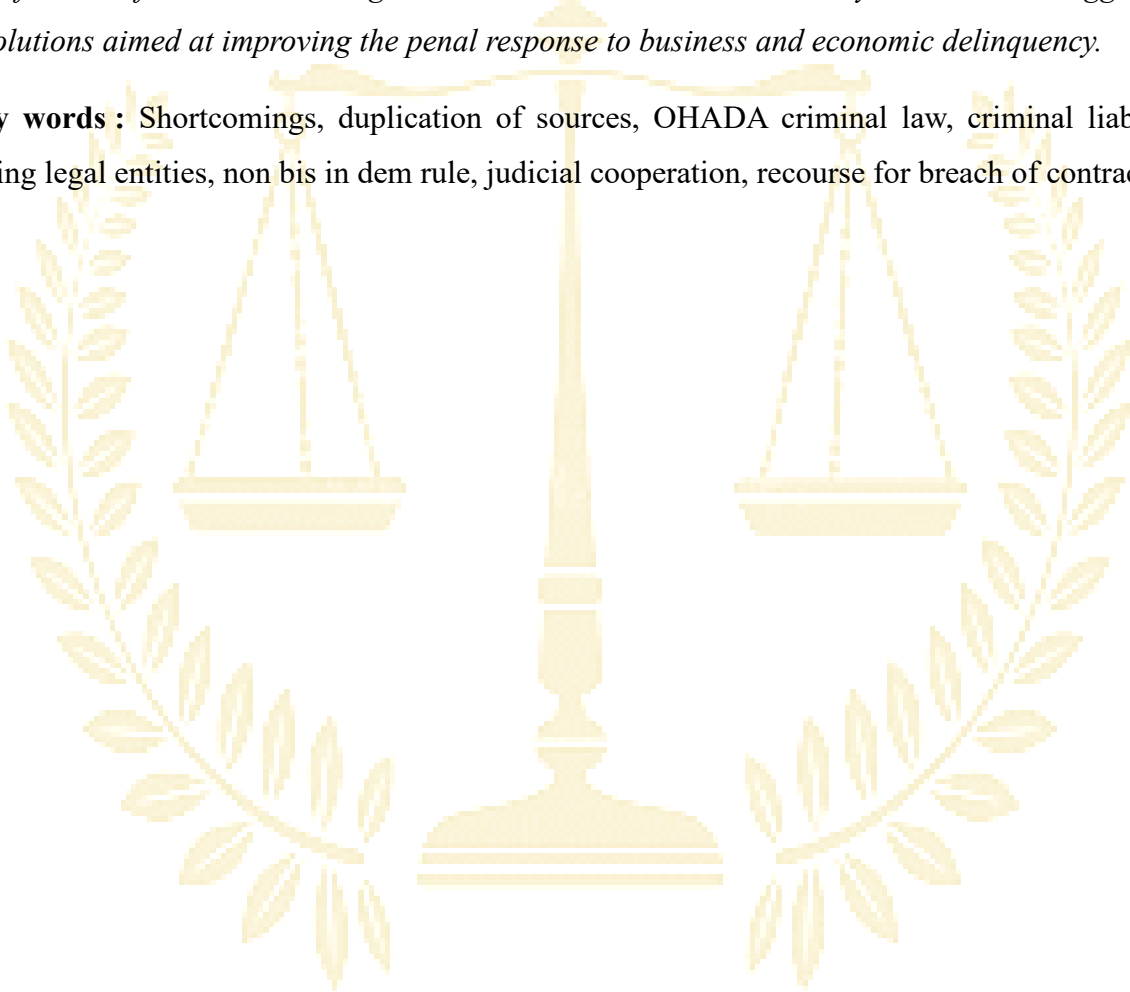
Mots clés : Carences, dédoublement des sources, droit pénal OHADA, responsabilité pénale, personnes morales commerçantes, règle *non bis in dem*, coopération judiciaire, recours en manquement.

Abstract:

OHADA's objectives of providing legal and judicial security for economic activities and promoting investment, with a view to creating a pole of development in Africa, would be meaningless and worthless without the establishment of a relevant and effective penal system. However, this system, as conceived and developed, is deficient in both form and substance. The identification of these shortcomings, which are not, moreover, redhibitory, has led to the suggestion of solutions aimed at improving the penal response to business and economic delinquency.

Page | 116

Key words : Shortcomings, duplication of sources, OHADA criminal law, criminal liability, trading legal entities, non bis in dem rule, judicial cooperation, recourse for breach of contract.



Introduction

Faut-il parler d'un droit pénal des affaires ou des hommes d'affaires ? La question trouve toute sa pertinence en raison de l'argument de l'inopportunité d'une immixtion du droit pénal dans la vie des affaires. L'idée selon laquelle « les affaires c'est les affaires », donc une sorte de non droit est souvent véhiculée par la doctrine¹. Cet aphorisme a eu pour conséquence de créer et d'installer un doute sur l'existence de ce droit et surtout de la politique criminelle à retenir en ce domaine². Or le développement des affaires s'est accompagné de l'émergence d'une forme particulière de criminalité mal appréhendée par le droit pénal commun. Aussi a-t-on assisté en réaction à la création et à l'organisation des règles spécifiques au traitement de la criminalité d'affaires. Le droit criminel, par la nature sanctionnatrice de ses règles et la valeur intimidante de la sanction pénale remplit une fonction de prévention pour laquelle les sanctions administratives, civiles et commerciales ne sont guère appropriées et efficaces. Aussi, l'on considère que le droit d'une manière générale et le droit pénal en particulier n'est pas seulement contrôle, contrainte, gêne, menace et sanction ; il est aussi protection, guide, assurance, défense, sécurité.

Page | 117

La consistance du droit pénal des affaires a toujours obéi à une approche dualiste dans ses modes d'expression³. Une première forme de la répression se fait par le canal d'incriminations qui ne sont pas spécifiques au domaine des affaires, mais générales. C'est pour désigner les incriminations rentrant dans cette catégorie que la doctrine a employé l'expression « droit pénal des affaires en surimpression ». Une deuxième forme de la réaction sociale appelée « droit pénal en impression directe » emprunte cette fois, une voie qui lui est propre, le droit pénal des affaires élaborant alors ses qualifications. Un droit pénal qui repose sur des textes très spéciaux qui tient compte non seulement de la spécialité des comportements interdits, mais aussi du caractère transfrontalier de la délinquance économique. Il va sans dire que « les affaires et le droit pénal ne se sont jamais ignorés » et l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), qui s'emploie à garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques au sein des Etats membres, n'est pas restée en marge de cette logique. En effet, le droit pénal est

¹ J. Larguier et Ph. Conté, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2004, 11^e édition, n°1 ; J. M. Augustin, *Introduction historique au droit pénal des affaires*, Rev. Pénitentiaire, 2002, p. 7.

² Sur ces hésitations, v. M. A. Frison-Roche (S./dir.), Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, D. 1997, A. Foko, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », Penant n°859, p. 193 et s., cité par S. Yawaga, « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : Le cas du droit pénal OHADA », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (s/dir.), l'Harmattan-Cameroun 2009, pp. 71- 98 ; « Politique criminelle de l'OHADA », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de P. G. POUGOUE, Lamy 2011, p. 1382 et s.

³ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 2^e édition, p. 1, n°1.

nécessaire à la moralisation de la vie des affaires dans l'espace OHADA en assurant la protection des intérêts des créanciers et des associés ainsi que la garantie d'une bonne exécution des obligations souscrites par les acteurs.

L'OHADA regroupe des Etats sur la base d'un Traité. C'est dès lors une institution internationale. Le Traité fondateur a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels⁴. La finalité recherchée à long terme est la réalisation de l'intégration économique au moyen de l'uniformisation ou de l'harmonisation du droit applicable aux activités économiques⁵. L'intégration juridique est dès lors un levier indispensable de l'intégration économique⁶. En quelques mots, les objectifs de l'OHADA se résument en trois : intégration juridique, intégration judiciaire et la promotion de l'arbitrage. Outre ces objectifs affichés, il existe d'autres objectifs non moins négligeables dans l'appréhension de l'OHADA : accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine, établir un courant de confiance en faveur des économies des Etats membres en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique. De ce qui précède, une doctrine autorisée avait raison de relever dans l'une de ses sorties épistolaires que « le passé comme l'avenir de l'OHADA est irrigué par deux impératifs inséparables : un impératif de sécurité juridique et un impératif d'attractivité économique »⁷.

Ce choix idéologique, téléologique et épistémologique de construction juridique regroupant plusieurs Etats ne pouvait se faire sans le droit pénal, voire un système pénal propre au droit OHADA. Le système pénal est la combinaison de deux termes : système et pénal. Par système, il faut entendre « un ensemble d'éléments interdépendants, c'est-à-dire liés entre eux par des relations telles que si l'une est modifiée, les autres le sont aussi et que par conséquent, tout

⁴ P. G. Pougoué et Y. R. Kalieu Elongo, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, p. 17 et s.

⁵ P. G. Pougoué, « Doctrine OHADA et Théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial-Novembre/Décembre, 2011, p. 11.

⁶ P. G. Pougoué, « Ohada et intégration économique », in *Dynamiques de développement, Débats et enjeux politiques à l'aube du 21e siècle*, édition Montchrestien, Collection Grands Colloques, Paris, 2003, p. 575 et s.

⁷ P. G. Pougoué, « Leçon inaugurale : l'OHADA entre son passé et son avenir », in *l'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise, Efficacité et Compétitivité (1993-2013)*, Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA, CCLA, OHADA, CREDO, JUTA, p. 30 ; J. Issa-Sayegh, « Sécurité juridique et Attractivité du droit OHADA », in *l'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise, Efficacité et Compétitivité (1993-2013)*, Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA, CCLA, OHADA, CREDO, JUTA, p. 39.

l'ensemble est transformé »⁸. C'est un ensemble de procédés méthodiquement ordonnés ou encore un ensemble d'objets liés par des rapports stables. Le système pénal pourrait dès lors être défini comme l'ensemble des infractions et des organes en charge de leur répression déterminée par un Etat ou plusieurs Etats. En détail, les infractions correspondent aux interdits et sanctions que le législateur pénal pose. Ce dernier se prononce aussi sur le régime de la responsabilité pénale. Et les organes de la répression englobent les autorités d'enquête, la poursuite, l'instruction, et le jugement, bref les autorités de police judiciaire et les juridictions pénales dans le respect des exigences de la procédure pénale de chaque Etat membre de l'OHADA. Le système pénal OHADA n'est pas le droit pénal OHADA. Ce dernier désigne : « un ensemble constitué des règles pénales découlant des Actes uniformes OHADA d'une part, et des différents Etats parties du Traité d'autre part ». Cette définition veut mettre en avant les incriminations de l'OHADA et les sanctions fixées par les Etats membres ; c'est-à-dire l'infraction OHADA. Or le système pénal OHADA absorbe le droit pénal OHADA, parce qu'il va au-delà de l'infraction OHADA.

Le système pénal OHADA, qualifié de communautaire par une certaine doctrine⁹ offre un paysage et une configuration assez atypique. L'OHADA a opté pour une politique criminelle de compromis¹⁰, qui permet à l'instance communautaire, d'uniformiser les incriminations, tout en laissant aux Etats leur souveraineté dans la détermination des sanctions. La stratégie de politique criminelle utilisée par le législateur de l'OHADA consiste en un partage de compétences entre lui et le législateur national, dans la détermination du droit pénal des affaires de l'OHADA. Cette stratégie trouve sa source dans l'article 5 alinéa 2 du Traité de Port Louis, qui précise que : « Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats s'engagent à déterminer les sanctions encourues ». Il en découle un éclatement de l'élément légal des infractions. Il s'est opéré un partage de compétences entre l'OHADA, qui définit, dans les actes uniformes, les éléments matériels et les éléments moraux de l'infraction, et chaque Etat partie, qui détermine les sanctions pénales encourues en cas de violation aux normes posées. Ce système tel que conçu et pratiqué présente des carences : complémentarité mal organisée entre le droit

⁸ En ce sens, v. H. M. Moneboulou Minkada, « Doctrine et système pénal OHADA », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Sciences Juridiques et Politiques*, Vol. 25, 2023, 31-65.

⁹ K. L. Johnson (K.L.), « L'intégration juridique par l'OHADA », in *Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC*, Actes du séminaire sous-régional Libreville, Gabon, 02-06 novembre 2004, éd. GIRAF, p. 61 et sv. spéc. p. 66 ; Akam Akam (A.), « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, (dir.), Akam Akam (A.), Paris, l'Harmattan, 2009, p. 32 ; POUYOUÉ (P.G.), « Présentation générale du système OHADA », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, (dir.), AKAM AKAM (A.), Paris, l'Harmattan, 2009, p. 16.

¹⁰ H. M. Moneboulou Minkada, « Doctrine et système pénal OHADA », op. cit., p. 40.

OHADA et les droits nationaux¹¹, la limitation de la compétence de la CCJA, le bouleversement des bases classiques du droit pénal, la pertinence discutable du système pénal de l'OHADA, le refus de la qualification de « communautaire » au système pénal de l'OHADA, l'ineffectivité du droit pénal des affaires sur le territoire des Etats parties qui hésitent à compléter le dispositif punitif par l'adoption de sanctions pénales conformément aux dispositions de l'article 5 du Traité de l'OHADA¹². La question, au demeurant, est alors de se demander si le système pénal de l'OHADA est-il satisfaisant ? Une réponse provisoire suggère de considérer que ce système est insuffisant et critiquable. Les lacunes constatées à la suite d'une exploitation minutieuse de l'ensemble du dispositif pénal de l'OHADA et du traitement jurisprudentiel qui y est fait commandent la suggestion des pistes de solutions et des remèdes.

Dans un domaine où la rencontre du droit pénal et du droit communautaire est délicate, il est judicieux de procéder à une intelligente articulation entre le besoin d'assainissement de l'environnement des affaires et le recul de l'absolutisme des souverainetés étatiques. Il est en effet établi que le droit pénal est l'un des domaines dans lesquels l'Etat est particulièrement jaloux de sa souveraineté. C'est l'une des branches du droit qui réside « au cœur même du sanctuaire de la souveraineté ». L'intrusion du droit international en général et du droit communautaire en particulier ne peut que s'en trouver gênante.

Il s'évince de ce qui précède que les carences constatées du système pénal de l'OHADA (I) appellent des solutions (II).

I- DES CARENCE CONSTATEES

Le système pénal de l'OHADA tel que conçu, organisé et réglementé comporte d'importantes lacunes, de carences qui impactent sur son effectivité sur le territoire des Etats parties. Celles-ci sont d'une part de fond, donc d'ordre substantiel (A) ; d'autre part de forme, donc d'ordre procédural (B).

¹¹ En ce sens, S. Yawaga, « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : Le cas du droit pénal OHADA », op. cit., p. 76.

¹² A. Ndzukenku, « Considérations sur l'effectivité du droit pénal des affaires OHADA », in *L'effectivité du droit, De l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier*, Mélanges en l'honneur du professeur François Anoukaha, L'Harmattan 2021, p. 605.

A- Des carences d'ordre substantiel

L'alinéa 2 de l'article 5 du Traité de l'OHADA permet au législateur OHADA de prendre des dispositions d'incrimination pénale, et celui national des Etats-parties de déterminer les sanctions pénales encourues. Ce partage de compétence donne lieu à un dédoublement des sources du droit pénal des affaires (1) dont la portée est critiquable (2). Il est aussi curieux de constater que le législateur OHADA malgré les dernières réformes des Actes uniformes n'a pas consacré comme la plupart des législateurs nationaux la responsabilité pénale des commerçants personnes morales (3).

Page | 121

1- Le dédoublement des sources du droit pénal des affaires

Le dédoublement est prévu à l'alinéa 2 de l'article 5 du Traité de l'OHADA qui dispose que « Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». C'est le fondement de la répartition des compétences entre l'OHADA et les Etats parties. Ce partage de compétence entre l'OHADA qui énonce les éléments matériels et moraux de l'infraction dans chaque acte uniforme et les Etats qui s'obligent à déterminer les sanctions pénales permettrait de ménager les susceptibilités souverainistes des Etats en préservant leur domaine résiduel de fixation de sanctions par le biais de leurs codes et législations en matière pénale. Ce choix de politique juridique emporte un bouleversement des bases classiques du droit pénal. Le procédé utilisé est curieux, étrange et original en droit pénal. Des textes pénaux traitant des infractions adoptent souvent des dispositions complètes prévoyant les incriminations assorties immédiatement de sanctions. Deux exemples peuvent être mobilisés en droit camerounais et béninois pour étayer ce constat. D'abord, le code pénal camerounais dispose à l'article 318 « Est puni d'un emprisonnement de cinq (05) à dix (10) ans et d'une amende de cent mille (100.000) à un million (1.000.000) de francs, celui qui porte atteinte à la fortune d'autrui : a) par vol, c'est-à-dire en soustrayant la chose d'autrui ; b-) par abus de confiance, c'est-à-dire en détournant ou détruisant ou dissipant tout bien susceptible d'être soustrait et qu'il a reçu, à charge de le conserver, de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé... ». Ensuite, celui pénal béninois dispose à l'article 657 ce qui suit « Est puni d'une peine d'emprisonnement de deux (02) ans à cinq (05) ans et d'une amende de deux cents mille (200.000) à deux millions (2.000.000) de francs CFA, le fait intentionnel et sans droit d'altérer, de modifier ou de supprimer des données informatiques ou de limiter l'accès à ces données. Est puni de la détention criminelle de cinq (05) ans à dix (10) ans et d'une amende de

cinq (05) millions (5.000.000) à cent millions (100.000.000) de francs CFA, le transfert non autorisé des données d'un système informatique. Est puni de la peine visée à l'alinéa précédent, le transfert non autorisé des données d'un moyen de stockage de données informatiques ». En examinant ces dispositions, force est de constater que les infractions retenues se caractérisent à la fois par l'incrimination et la sanction. Certains textes des organisations d'intégration juridique africaine avaient aussi procédé à l'adoption des dispositions complètes d'incrimination et de sanction¹³.

Appréhendée de manière très générale, l'infraction est tout fait contraire à l'ordre social, qui expose celui qui l'a commis à une peine ou à une mesure de sûreté. Mais la société ne pouvant imposer une mesure quelconque à un individu, sous prétexte qu'il s'est révélé dangereux ou qu'elle le considère comme tel, le législateur est intervenu pour déterminer les actes qu'elle a le droit de réprimer ; si bien que la notion d'infraction est avant tout une notion juridique qui repose sur le choix de l'incrimination et de la sanction. La première est le procédé par lequel le législateur entreprend d'interdire sous menace d'une sanction pénale, certains comportements jugés contraires à l'ordre public. C'est, en quelque sorte la définition fournie par le législateur, de l'activité ou de l'abstention coupable. En d'autres termes, il s'agit de la description d'une certaine conduite humaine que le législateur interdit ou impose aux individus parce qu'il estime que la prohibition ou l'obligation d'agir établie par lui est le seul moyen d'assurer la protection de certains biens et valeurs juridiques. La seconde est une mesure de réaction à la violation d'une loi pénale. Elle prend souvent en matière pénale deux aspects. Elle est tantôt une peine, tantôt une mesure de sûreté.

2- La portée critiquable du dédoublement des sources du droit pénal des affaires

En ratifiant le traité du 17 octobre 1993 instituant l'OHADA, les Etats Parties ont pris l'engagement aux termes de son article 5, de « déterminer les sanctions pénales encourues ». Un examen des législations nationales montre que les législateurs ont non seulement brillé par leur indolence depuis l'entrée en vigueur des actes uniformes, mais aussi par des malfaçons dans l'œuvre d'édiction des sanctions correspondantes aux incriminations déterminées sur le plan communautaire.

La bonne manière et la logique auraient recommandé de la part des législateurs nationaux l'adoption de deux attitudes pour assurer la répression effective des infractions définies par les

¹³ CIMA, OAPI, CIPRES.

actes uniformes. Au cas où les infractions du droit uniforme n'existaient pas antérieurement en droit interne, adopter un texte pénal pour créer la sanction, soit *ex nihilo*, soit par un renvoi à une disposition pénale préexistante. En revanche, au cas où les infractions du droit uniforme existent déjà en droit interne, prendre une disposition pénale spéciale pour maintenir la sanction préexistante et la transférer aux infractions correspondantes du droit uniforme dans l'hypothèse où la définition de celles-ci différait.

Au bilan, l'on peut se demander si cet engagement a été tenu ? Une réponse mitigée peut être avancée. Près d'un quart de siècle après l'entrée en vigueur des premiers actes uniformes contenant des incriminations, cinq (05) des dix-sept (17) pays membres de l'OHADA n'ont toujours pas pris le moindre texte portant sanctions pénales, en dépit de l'élaboration par le secrétariat permanent d'une loi-modèle mise à la disposition des Etats pour faciliter le processus¹⁴. La répression de la délinquance commerciale et économique se trouvant, dans ces conditions paralysée, parce qu'amputée de l'un de ses éléments constitutifs (l'incrimination). Les incriminations prévues par le droit uniforme OHADA demeurent inapplicables dans les pays concernés¹⁵.

Nous pouvons relever aussi le défaut d'actualisation des textes internes après les réformes intervenues dans les Actes uniformes. Plusieurs pays ayant édicté des sanctions dans leur ordre juridique interne n'ont pas adapté leurs législations aux évolutions du droit OHADA. En effet, tous les textes internes adoptés jusqu'à l'année 2010 ne sont pas à jour des actes uniformes révisés. Les incriminations contenues dans l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives ne sont pas sanctionnées dans de nombreux Etats, faute de peines édictées. Beaucoup d'innovations apportées dans les actes uniformes comme l'AUDCIF, l'AUPC, l'AUDSCGIE n'ont pas été prises en compte au niveau des textes sanctionneurs nationaux. Les renvois faits par les législateurs nationaux à des articles précis de certains Actes uniformes sont devenus erronés du fait du changement de numérotation intervenu lors de la révision desdits actes uniformes ; les nouvelles incriminations contenues dans les actes uniformes révisés sont ignorées des législations internes non actualisées.

Des lacunes et carences d'une autre nature sont aussi visibles. Ce sont des malfaçons rédactionnelles des textes internes sanctionneurs qui constituent autant de poches d'ineffectivité

¹⁴ Parmi ces cinq (05) pays, nous avons : la Guinée équatoriale, la Guinée-Bissau, la République Fédérale Islamique des Comores, le Mali et la République démocratique du Congo.

¹⁵ Lire, A. Ndzukenku, « Considérations sur l'effectivité du droit pénal des affaires OHADA », op. cit., pp. 607-611.

de la loi pénale de fond. Plusieurs textes nationaux sont incomplets, ils ne sanctionnent pas toutes les incriminations prévues par divers actes uniformes. A titre d'exemple, le texte sénégalais, dans sa version originelle, restée en vigueur pendant deux décennies prévoyait des sanctions pénales pour les seules incriminations prévues par l'AUDSCGIE. N'étaient pas visées les incriminations contenues dans les autres Actes uniformes comme l'AUPC, l'AUDCG etc. Le texte camerounais, toujours en vigueur, ne prévoit de sanctions que pour les incriminations contenues dans l'AUDCG, l'AUDSCGIE, l'AUPC et l'AUOHCE, du reste abrogé depuis 2017, ignorant de la sorte les incriminations prévues par l'AUS et l'AUPSRVE et celles de l'AUSCOOP adopté plus tard après publication de la loi du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA. Le texte congolais (Congo Brazzaville) ignore les incriminations de l'AUPSRVE et celles de l'AUSCOOP qui, pourtant était déjà en vigueur au moment de son adoption. Les codes pénaux tchadien, togolais, gabonais¹⁶ et du Burkina Faso comportent des carences. Non seulement les sanctions des incriminations prévues dans l'AUSCOOP n'ont pas été intégrées, mais aussi ignorent les nouvelles incriminations posées par des AUDSCGIE et AUPC révisés. Or ces codes ont été adoptés après les réformes de ces actes uniformes.

Ces manquements législatifs relevés sont générateurs d'impunité et constituent de nombreuses poches d'ineffectivité de la loi pénale de fond.

3- La curieuse non-consécration de la responsabilité pénale des personnes morales

Il est curieux d'observer que le législateur OHADA que ce soit dans les premiers actes uniformes ou dans les actes révisés et ceux nouvellement adoptés n'aient pas pris la peine de consacrer et de réglementer la responsabilité pénale des personnes morales, plus précisément celle des entreprises. La tendance mondiale est pourtant à la reconnaissance de la responsabilité pénale des entreprises parce que le développement de la vie économique apparu dès la fin du 19^{ème} siècle et la recherche consécutive du profit ont eu pour conséquence le développement corrélatif de la criminalité d'affaires. Il est en effet, très vite apparu que certaines infractions ne pouvaient être concevables sans la personne morale, qui en était le support et souvent la justification¹⁷. De

¹⁶ Sur les difficultés d'internalisation par le code pénal gabonais des prescriptions et dispositions des instruments communautaires, v. C. Mba Owono, « Des vicissitudes de la coordination des ordres juridiques communautaire et national (A propos du nouveau code pénal gabonais), in *Droit et Investissement, Droit processuel*, Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé Sossa, Tome II, Editions du CREDIJ 2021, p. 361.

¹⁷ C. Assira, « La responsabilité pénale des personnes morales au Cameroun : le clair-obscur persistant », *Juridis Périodique* n°110, Avril-Mai-Juin 2017, p. 52.

nombreux comportements révélait de nouvelles formes de criminalité d'où ne pouvaient être exclues les groupements qui en étaient le paravent ou la justification essentielle.

Dans l'espace juridique OHADA, l'on a choisi de ne pas retenir la possibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale des sociétés commerciales¹⁸. Ce choix se fonderait sur les arguments traditionnellement soutenus par les détracteurs de la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, pendant tout le 19^{ème} siècle en France, l'idée d'une responsabilité pénale des groupements était rejetée. Pour justifier cette irresponsabilité des personnes morales exprimée par la maxime « *societas delinquere non potest* », les auteurs avançaient quatre arguments majeurs¹⁹ :

- Un premier d'ordre textuel, qui prenait appui sur la volonté du législateur napoléonien : les rédacteurs du code pénal de 1810 n'avaient pas prévu cette forme de responsabilité. Cette option devait être respectée.
- Trois autres arguments d'ordre extra-textuels étaient mobilisés. D'abord, le groupement est une fiction, car il est dénué de toute volonté personnelle, attribut des seuls individus et condition indispensable de la responsabilité pénale. En effet, au nom de l'adage latin « *societas delinquere non potens* » précité, il n'était pas philosophiquement concevable d'envisager de voir la personne morale répondre de conséquences d'actes commis dans son intérêt ou pour son compte. Cette conception partait du postulat que pour être pénalement responsable, il fallait être doté d'une conscience ayant permis de commettre l'infraction. La plupart des codes pénaux prévoient que sont « pénalement responsables ceux qui volontairement commettent les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction ». Il s'en déduisait que seules les personnes physiques dotées d'esprit et de corps pouvaient être pénalement responsables²⁰. Ensuite, la reconnaissance juridique en droit civil des groupements suppose selon le principe de la « spécialité »

¹⁸ A. Foko, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », op. cit., p. 209.

¹⁹ V. J. Pradel, *Droit pénal général*, 11^e éd., Cujas 1996 ; P. F. Desportes et F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, 7^e éd., Cujas, Economica 2000, p. 501, B. Bouloc, « Allocution d'ouverture des travaux au colloque » sur La responsabilité pénale des personnes morales, Actes du Colloque de Limoges, 11 mai 1993, LPA, n°120, 06 octobre 1993, p. 11 ; R. Roth, « La responsabilité pénale des personnes morales, Rapport général », in *La responsabilité, Aspects nouveaux*, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, janv. 2003, p. 684.

²⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 1, Paris, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, n°645 ; C. Ducouloux-Favard, « Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales », D. 1998, chron., p. 396.

l'existence d'un objet social. Or, ce dernier ne saurait consister en la commission d'une infraction.

Enfin, il existe une incompatibilité entre peine et groupement. Compte tenu de ses fonctions et de sa nature, les peines ne pouvaient correspondre qu'aux individus. Admettre aussi la responsabilité des personnes morales pourrait conduire à une injustice. Il y aurait une atteinte au principe de la personnalité des peines dans la mesure où tous les membres du groupement se trouveraient frappés sans distinction, y compris ceux qui n'auraient pas voulu ou n'ont pu s'opposer à la commission de l'infraction. En réprimant la personne morale, l'on frappe indistinctement et indifféremment tous les membres, ceux qui ont voulu le délit et ceux qui ne l'ont pas voulu.

Page | 126

Cet argumentaire qui semble avoir déterminé le choix du législateur OHADA à ne pas admettre la responsabilité pénale des personnes morales commerçantes est critiquable. Tout d'abord, on considère de plus en plus l'entreprise comme étant le siège et même l'instrument de nombreux délits²¹. L'affirmation trouve sa raison d'être dans le fait que l'entreprise, personne morale est criminogène par elle-même, en raison de sa structure ou de son organisation. Ensuite et surtout, à partir du moment où on admet la possibilité pour les entreprises commerciales d'invoquer le bénéfice de certaines prérogatives juridiques reconnues aux personnes physiques, rien ne s'oppose en principe à ce qu'elles subissent les mêmes contraintes juridiques que ces dernières. D'ailleurs, ces personnes morales ne manquent pas de se plaindre d'infractions dont elles sont les victimes vraies ou supposées. Puisqu'elles sont des sujets de droit en tant que victimes, elles peuvent être aussi des sujets en tant que délinquants. Des arguments favorables à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales opposables, point pour point à la thèse de l'irresponsabilité ne manquent pas.

A l'argument fondé sur la fiction juridique, l'on répond par celle de la réalité du groupement. Ce dernier est une réalité et cela pour deux raisons. La première est qu'il peut réaliser l'élément matériel de certaines infractions. Il ne peut certes commettre des infractions contre les personnes ou contre les mœurs, mais il peut commettre des infractions d'atteinte aux biens : faux, escroquerie, abus de confiance etc. La seconde est que le groupement a une volonté propre,

²¹ Cf. J. B. Bosquet-Denis, « Le droit pénal et l'entreprise commerciale au Niger », *Penant*, janv-avril 1996, n°820, p. 90.

distincte de la volonté individuelle de chacun de ses membres. A cet égard, il est difficile de soutenir que l'élément intentionnel de l'infraction fait défaut.

A l'argument tiré du principe de la spécialité, on oppose une idée simple : s'il est évident que la commission d'une infraction ne peut entrer statutairement dans l'objet d'une personne morale, son activité peut en pratique s'écarter de celle pour laquelle ses membres l'avaient créée et donner lieu à la commission d'infractions comme par exemple la pollution de l'environnement.

Page | 127

A l'argument tiré de l'incompatibilité entre peine et groupement, l'on peut avancer l'idée selon laquelle, s'il est évident que les personnes morales ne peuvent se voir appliquer la peine de mort ou une peine privative de liberté, il va de soi que d'autres sanctions à l'instar de l'amende, la confiscation, la fermeture de l'entreprise, la dissolution, l'interdiction d'exercer telle ou telle activité peuvent être utilisées.

Autant de contre-arguments qui militent en faveur de la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales commerçantes en droit OHADA. Avant de faire des suggestions s'inscrivant dans cette perspective, il est judicieux de présenter et d'analyser d'abord les carences de forme ou d'ordre procédural du système pénal de l'OHADA.

B- Les carences d'ordre procédural ou de forme

Le système pénal de l'OHADA avait été mal conçu à la base, c'est la raison pour laquelle, il comporte des carences de nature à questionner sa pertinence et son efficacité. Ces carences sont aussi d'ordre procédural. Au rang de celles-ci, l'on peut mentionner la limitation de la compétence de la CCJA et les lenteurs judiciaires qui pourraient en découler (1), le vide juridique relatif à une véritable coopération judiciaire (2) et les difficultés liées à la règle *non bis in dem* (3).

1- La limitation de la compétence de la CCJA et les lenteurs judiciaires

La CCJA a pour rôle de se substituer aux juridictions nationales de cassation afin d'unifier l'interprétation et l'application du droit OHADA. Elle est dès lors gardienne de la bonne et commune application du droit uniforme. Cependant, ce résultat paraît difficile à atteindre en droit pénal parce qu'elle est incompétente à connaître en cassation des décisions des juridictions nationales qui appliquent des sanctions pénales. L'éviction des décisions nationales appliquant des sanctions pénales du champ matériel de compétence de la CCJA puise son fondement des dispositions des articles 5 et 14 du Traité OHADA. Des dispositions des alinéas 3 et 4 de l'article 14 du traité précité excluent du champ de compétence de la haute juridiction communautaire des

décisions rendues par des juridictions nationales appliquant des sanctions pénales même dans une matière régie par le droit OHADA. L'alinéa 2 de l'article 5 du Traité donne la compétence d'incrimination au législateur OHADA et réserve celle de détermination des sanctions pénales aux législateurs nationaux. Par cet éclatement, le législateur OHADA a voulu respecter la souveraineté des Etats parties au Traité en leur réservant la compétence de détermination des sanctions pénales correspondantes aux incriminations prévues par les actes uniformes. Plusieurs arrêts rendus par la CCJA s'inscrivent dans cette logique²². La haute cour a toujours affirmé qu'elle n'est pas compétente pour connaître des décisions des juridictions nationales qui appliquent des sanctions pénales. Ce choix jurisprudentiel de la CCJA a jeté un voile sur l'identification de la juridiction compétente pour connaître en cassation du contentieux pénal des affaires dans l'espace OHADA. Certains auteurs soutiennent que les cours suprêmes nationales ont compétence exclusive pour connaître des recours contre les décisions rendues en matière pénale, alors même que l'interprétation d'un acte uniforme serait en cause²³. D'autres pensent qu'il est convenable de réserver aux juridictions suprêmes nationales le seul contentieux de la peine, et à la CCJA celui de l'incrimination²⁴. La compétence de la CCJA devrait s'imposer lorsque seule est contestée la qualification de l'incrimination. Cet éclatement du contentieux répressif des affaires entre la CCJA, compétente pour connaître du contentieux de la qualification et les juridictions de cassation nationales, auxquelles serait dévolu en dernier ressort le contentieux des sanctions est source de beaucoup de difficultés à savoir : le long moment qui s'écoule entre la commission de l'infraction et le jugement définitif de la personne poursuivie (pourtant, certains principes directeurs sont exigés pour un procès équitable²⁵ : la présomption d'innocence, la liberté individuelle, le délai raisonnable) ; la perturbation de la permanence de l'activité commerciale (le cas d'un dirigeant social poursuivi par exemple pour répartition des dividendes fictifs). Dans ce dernier cas, du fait de la longueur du procès, les sociétés préfèrent souvent se débarrasser de leur dirigeant poursuivi avant le terme du procès : d'une part, si nous sommes face à une société anonyme, la société peut

²² V. CCJA, n°143/2016, Plén., 14 juillet 2016 ; CCJA, n°003/2018, 2^e ch., 11 janvier 2018 ; CCJA, 002/2020, 1^e ch., 23 janv. 2020.

²³ V. C. A. Ondo Mve, *Justice des affaires en Afrique : les principes directeurs de la mission de régulation de la cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Memento, Lille, The Book Edition, 2019, n° 24, 25, 34 et 35, pp. 15-21.

²⁴ L. J. B. Tchouambia Tomtom, « La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instances camerounaises : où est passé le ministère public ? », *Revue de l'Ersuma*, n°4, sept. 2014, pp. 32-56, spéc. p. 41 ; D. Lekebe Omouali, « Les ambiguïtés de la voie de cassation en matière de droit pénal des actes uniformes », *Revue de l'Ersuma*, n°7, déc. 2017, pp. 224-236.

²⁵ E. Verges, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Etude d'une catégorie juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Décembre 2000, 523p.

procéder à la révocation « *ad nutum*²⁶ » du dirigeant; d'autre part, si nous sommes dans une société à responsabilité limitée, la société peut procéder à une révocation du dirigeant décidée par les associés à travers le contrôle a posteriori du juste motif. De ce qui précède, il est de nécessité impérieuse comme nous allons le défendre dans les développements qui vont suivre la centralisation des incriminations et des sanctions à la CCJA afin de diminuer les lenteurs procédurales.

2- Le vide juridique relatif à une véritable coopération judiciaire

Le Dictionnaire universel²⁷ appréhende la coopération comme le fait d'« *opérer, travailler conjointement avec quelqu'un* ». C'est le fait « *que deux ou plusieurs Etats peuvent s'accorder conventionnellement ou au cas par cas en matière particulièrement administrative, civile, commerciale, pénale, sociale, fiscale ou judiciaire pour la transmission, la reconnaissance réciproque et/ou l'exécution d'actes juridiques et de jugements étrangers, pour la transmission d'informations, pour le transfert de personnes arrêtées (extradition, entraide pénale, transfèrement de détenus), pour l'exécution de missions d'enquêtes, de commissions rogatoires, de recherche de personnes disparues* »²⁸. La coopération est nécessaire pour combattre efficacement la délinquance d'affaires. Malheureusement, en droit OHADA, les Etats n'ont pas prévu de règles spéciales de procédure permettant une véritable coopération judiciaire et policière entre les Etats parties. Ce vide juridique a rendu ineffective et même inefficace la lutte contre la délinquance d'affaires. Un examen du traité OHADA, des actes uniformes et de ses règlements montre qu'ils sont muets sur le point de la coopération. La criminalité économique qui est transnationale en raison de l'internationalisation des opérations commerciales, industrielles, technologiques serait mieux réprimée si les Etats parties avaient imaginé un système de coopération coordonné au niveau de la CCJA. Ce vide s'expliquerait par l'incomplétude du système pénal de l'OHADA, qui n'a pas par exemple prévu la présence d'un Ministère public auprès de la CCJA ayant pour mission d'assurer la protection de l'ordre public dans l'espace juridico-géographique de l'OHADA. Les règles d'extradition sous leur forme classique prévues par les textes nationaux apparaissent inadaptées au contentieux international des affaires. Il est dès

²⁶ C'est-à-dire à tout moment.

²⁷ Hachette, Edicef, 2^e éd., 1998.

²⁸ J. Salomon, (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, P.432.

lors vivement souhaitable comme il sera vu dans la deuxième articulation de ce travail, d'instituer un véritable mécanisme efficace de coopération dans la répression des infractions d'affaires.

3- Les difficultés liées à la règle *non bis in dem*

C'est une règle classique bien connue en droit pénal de forme qui signifie que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits* ». Aucune action en justice ne peut être intentée deux fois pour la même cause d'action. La règle est souvent invoquée pour désigner l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal²⁹. Elle met en exergue le principe selon lequel l'individu ayant fait l'objet d'une décision répressive irrévocable ne peut plus être poursuivi en raison des mêmes faits. Ce principe trouve son fondement dans l'impérieux besoin de sécurité devant la justice. Il est consacré dans diverses législations pour résoudre non seulement les questions en droit interne, mais aussi en droit international. Il est énoncé à l'article 14 et 7 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques en ces termes « *constitue une garantie en matière procédurale pour l'individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale en ce qu'il le protège de la conséquence injuste qu'aurait le cumul de compétence répressive (...) s'il devait conduire à un cumul des condamnations et des peines* ». Les difficultés qui pourraient surgir à la suite de cette règle viendraient de ce que tous les pays jusqu'à ce jour n'ont pas encore prévu des sanctions aux incriminations déterminées par les actes uniformes. La disparité des quantum des peines selon qu'on aurait certaines incriminations qualifiées de crimes, de délits ou de contraventions donnerait lieu à des « paradis pénaux ou à des enfers pénaux ». Il n'est pas exclu qu'un fait soit poursuivi comme délit dans un des pays membres et que le même fait soit poursuivi comme contravention dans l'un des pays n'ayant pas encore prévu de sanction aux incriminations des actes uniformes. On est en droit de se demander si, compte tenu des multiples critères de détermination du lieu de commission d'une infraction, un pays ayant une politique criminelle plus sévère considérant certaines infractions d'affaires comme constituant des crimes, pourra engager des poursuites contre une personne condamnée à des peines correctionnelles ou contraventionnelles dans un autre Etat. De telles poursuites nous paraissent en principe impossibles, du fait de la règle *non bis in dem*, qui interdit qu'un même fait, autrement qualifié fasse l'objet d'une double poursuite.

²⁹ J. Pradel, Procédure pénale, 13^e édition 2006/2007, n°1025 et s. ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 2003, p. 1180 et s.

Au bilan, le système pénal de l'OHADA comporte des carences à la fois de fond et de forme. A ces carences, des solutions sont envisageables en vue d'améliorer le dispositif de réponse pénale aux infractions d'affaires.

II- LES POSSIBLES SOLUTIONS AUX CARENCEES CONSTATEES

Page | 131

Le diagnostic du système pénal de l'OHADA fait état de ce que les fruits n'ont pas tenu la promesse des fleurs. La pertinence de ce système est en question. L'espoir est, peut-être déçu, mais il n'est pas perdu. Des solutions relatives aux carences d'ordre substantiel (A) et procédural (B) sont possibles.

A- Des possibles solutions aux carences d'ordre substantiel

Pour rendre le dispositif de répression des infractions d'affaires en droit OHADA plus pertinent, effectif et efficace, il est judicieux non seulement de procéder à la suppression du dédoublement des sources du droit pénal (1), mais aussi de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales commerçantes (2).

1- La suppression souhaitable du dédoublement des sources du droit pénal des affaires

Le partage des compétences normatives entre l'OHADA et les Etats membres a débouché sur un constat d'échec du fait de compétences nationales mal assumées. Cet éclatement de la compétence législative étend d'ailleurs ses effets pervers sur le terrain de l'application du droit en raison de l'incertitude qui en découle quant à l'identification de la juridiction compétente pour connaître du pourvoi en matière de droit pénal des affaires. Pour une protection pénale effective, pertinente et efficace de la vie des affaires, il est de nécessité impérieuse de changer de paradigme et d'orientation en reconnaissant une compétence totale de législation en matière pénale à l'OHADA. Le Conseil des Ministres, organe législatif de l'OHADA devrait à la fois avoir le pouvoir de définition des éléments constitutifs des infractions et celui de fixation du quantum des peines y afférentes. Plusieurs arguments plaident en faveur de l'attribution au législateur OHADA de la compétence de la détermination des sanctions pénales :

Premièrement, cette attribution permettrait d'uniformiser les peines, de garantir l'effectivité du droit pénal OHADA et d'en assurer la complétude. Si le législateur OHADA incrimine et sanctionne, c'est un dispositif pénal complet qui entrerait en vigueur sur le territoire de tous les Etats membres de l'OHADA, expurgé des vices et autres aléas attachés aux interventions des législateurs nationaux. L'inertie de certains législateurs nationaux sera vaincue.

Avec l'uniformisation, la sanction, corollaire naturel de l'incrimination, relèverait de la même autorité d'édiction, le système permettant ainsi d'obvier aux inconvénients du procédé actuel de pénalité par renvoi à des textes extérieurs. Le principe de légalité des délits et des peines serait mieux respecté parce que l'orthodoxie juridique voudrait que l'incrimination soit assortie de la sanction, les deux émanant de la même autorité.

Hormis le fait que l'abandon du pouvoir d'édicter les sanctions pénales aux législateurs nationaux peut constituer une importante cause de léthargie, il y a lieu de relever que cette situation est à l'origine d'une grande disparité entre les sanctions applicables dans les différents pays. Or, à l'intérieur de l'aire juridique que constitue l'OHADA, tout devrait être mis en œuvre afin que les différences en matière de droit des affaires soient réduites à leurs plus simples expressions. L'œuvre d'harmonisation, mieux d'uniformisation du droit OHADA risquerait d'être sérieusement entachée. Il pourrait y avoir introduction de « l'hétérogénéité dans l'uniformisation, et éventuellement un bouleversement de la classification des infractions selon que les Etats Parties auront adopté, pour les mêmes infractions, des sanctions relevant des crimes, délits ou contraventions³⁰. Les nouveaux moyens de communication et de l'information permettent que toute nouvelle puisse être portée à la connaissance de l'extérieur avec une certaine célérité. Il n'est pas exclu qu'un juge d'un pays donné se réserve le droit d'appliquer, ou alors exécute avec laxisme une disposition répressive simplement parce que dans un autre pays appartenant au même système juridique, la sanction est plus souple que celle en vigueur, dans sa propre législation. Un déséquilibre malheureux peut dès lors exister entre le quantum des peines, ce qui pourrait se répercuter sur les justiciables des différents Etats. En esquivant le pouvoir d'édicter les sanctions, l'OHADA a institué une discrimination regrettable dans la répression des infractions. Il est possible qu'existent des « paradis pénaux », des « pays refuges », des pays dans lesquels la sanction pénale est souple et moins sévère.

Deuxièmement, l'argument tiré de la nécessité de préserver les souverainetés et les particularités nationales n'est pas dirimant. S'il peut y avoir avantage à une répression différenciée du même comportement délictueux en fonction du contexte spécifique de chaque Etat, il est douteux que les particularismes nationaux soient à tel point prononcés que toute mesure commune des peines applicables devienne impossible. Aussi, un regard comparatiste enseigne que d'autres

³⁰ J. Issa Sayegh et J. Lohoues-Oble, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, Unida, Juriscope, 2002, p. 117.

organisations africaines d'intégration ont prévu à la fois les incriminations et les sanctions. C'est le cas par exemple de la CIMA, de l'OAPI et de la CEMAC.

S'agissant de la CIMA (Conférence interafricaine des marchés d'assurance), elle est dotée du pouvoir de fixer aussi bien les incriminations que les sanctions³¹. Ce pouvoir qui n'est pas expressément abordé dans le traité instituant une organisation intégrée de l'industrie des assurances dans les Etats africains a ses manifestations dans le code unique annexé à ce traité. Les articles 834 à 839 du code des assurances, dans la rédaction issue de la modification apportée par le règlement n°002/CIMA/PCMA/PCE/2015 du 09 avril 2015 de la CIMA définissent les infractions et fixent les sanctions de divers délits relatifs à la constitution, au fonctionnement et à la liquidation des sociétés d'assurance. Divers actes sont incriminés : banqueroute, escroquerie, abus de confiance, violation des règles de fonctionnement l'entreprise, violation des règles de publicité, violation des règles de publicité etc. Ce procédé qui garantit une autonomie législative en matière pénale nous paraît efficace. Si la volonté politique est favorable à une réelle sanction des infractions commises, la centralisation des pouvoirs d'édicter les incriminations et les sanctions entre les mains d'une seule institution nous semble être la bonne solution.

S'agissant de l'OAPI (Organisation africaine de la propriété intellectuelle), elle est investie à l'instar de la CIMA de pouvoirs consistants en matière pénale. Elle a le droit non seulement d'incriminer les actes, mais également de déterminer les peines applicables. Son pouvoir se distingue d'ailleurs positivement de celui de la CIMA dans la mesure où c'est elle qui prévoit les procédures pénales à suivre pour chaque matière. Si l'on considère l'exemple des poursuites pénales relatives au délit de contrefaçon, l'on se rend compte que l'OAPI a énuméré les conditions de mise en mouvement de l'action publique. Si la sanction de la violation des droits d'auteur est renvoyée aux codes pénaux nationaux, les articles 58-67 de l'annexe I de l'Accord de Bangui instituant l'OAPI définissent par contre le délit de contrefaçon de brevet, en fixent les peines, définissent les circonstances aggravantes, les circonstances atténuantes et leurs effets sur la peine encourue, et instituent même des règles processuelles relatives à l'administration de la preuve, aux exceptions de procédure... La même démarche est adoptée pour réprimer la contrefaçon des modèles d'utilité³², l'exploitation illicite des marques de produits ou de services³³, l'atteinte aux

³¹ L'organe législatif de la CIMA est le Conseil des ministres. La CIMA étant dénuée de juridiction commune, il appartient aux juridictions nationales d'assurer ce règlement du contentieux né de l'application du traité et des actes établis par les organes de la conférence.

³² Article 41-49 de l'Annexe II.

³³ Article 37-46 de l'Annexe III.

droits résultant des dessins et modèles industriels³⁴, la violation d'un nom commercial enregistré³⁵, l'utilisation illicite d'une indication géographique enregistrée³⁶, la reproduction et la distribution illicites d'un schéma de configuration protégé³⁷, ainsi que la contrefaçon d'obtentions végétales³⁸.

Troisièmement, le législateur OHADA fait montre à certains moments de contradiction. L'option prise d'adopter une attitude passive quant à la détermination des sanctions pénales n'a pas été entièrement tenue par l'OHADA. De gré ou par inadvertance, les rédacteurs du droit uniforme ont fixé des peines encourues au niveau de certaines infractions. L'article 246 de l'Acte uniforme originel portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose par exemple « sans préjudice des dispositions relatives au casier judiciaire, toutes décisions rendues en vertu des dispositions du présent titre (banqueroute et autres infractions), sont aux frais des condamnés, affichées et publiées dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ainsi que par extrait sommaire, au journal officiel mentionnant les numéros d'annonces légales où la première insertion a été publiée ». Dans cet article, le législateur OHADA a édicté une peine de nature complémentaire. Celle-ci s'impose au juge national qui a l'obligation de la prononcer. L'article 203 du même texte traitant des effets de la faillite³⁹ contient lui aussi des peines directement applicables. D'après ce texte, lorsque la juridiction compétente prononce la faillite personnelle, elle en fixe la durée qui ne peut être inférieure à trois ans et supérieure à 10 ans.

Ces dispositions apportent la preuve de ce que le législateur OHADA peut déterminer les sanctions pénales aux incriminations qu'il a lui-même fixé. Il viole lui-même le domaine qu'il s'est assigné, à savoir la détermination des seules incriminations. Il y a là une preuve éloquent de ce qu'il aurait pu adopter une attitude plus cohérente en traitant de chaque infraction de manière entière avec prévision, d'une part, de l'incrimination et d'autre part, de la sanction.

³⁴ Article 25-34 de l'Annexe IV.

³⁵ Article 16 de l'Annexe V.

³⁶ Article 15-17 de l'Annexe VI.

³⁷ Article 36-38 de l'Annexe IX.

³⁸ Article 43-51 de l'Annexe X.

³⁹ Les effets de la faillite sont : l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique ; l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique ; l'interdiction d'exercer une fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle.

2- La nécessaire consécration de la responsabilité pénale des personnes morales commerçantes

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que de nos jours, beaucoup d'infractions d'affaires sont commises par le truchement des personnes morales commerçantes. Comme relevé dans ce qui précède, l'entreprise est de plus en plus considérée comme le siège et l'instrument de nombreux délits et crimes. L'entreprise, personne morale, est criminogène par elle-même, en raison de sa structure ou de son organisation. A travers le monde, un vaste mouvement de prise de conscience a conduit les législateurs occidentaux et africains à mettre sur pieds des mécanismes visant à instituer la responsabilité pénale des groupements. Ce choix de politique juridique s'explique d'autant plus que certaines sanctions pénales applicables aux personnes physiques (amende, confiscation, dissolution, interdiction de faire appel public à l'épargne, publication de la condamnation etc) sont transposables aux personnes morales.

Page | 135

Il est de nécessité impérieuse que le législateur OHADA puisse consacrer la responsabilité pénale des personnes morales commerçantes. Cette consécration permettra non seulement de rétablir l'égalité dans le traitement pénal des commerçants personnes physiques et ceux personnes morales, mais aussi d'assurer efficacement l'assainissement et la moralisation du monde des affaires. Le législateur OHADA devrait être motivé à consacrer la responsabilité pénale des personnes morales parce que beaucoup de pays membres de l'OHADA l'ont intégrée dans leur arsenal juridique⁴⁰. Les textes africains sur la question peuvent servir de source d'inspiration pour une élaboration harmonieuse d'un régime uniforme de responsabilité pénale des sociétés commerciales.

Les personnes morales jouissent d'une importante marge de manœuvre à leur naissance, pendant leur fonctionnement, ainsi qu'à leur dissolution. Le fait de n'avoir prévu aucun régime de répression peut constituer un sérieux ingrédient pour le développement d'une délinquance d'un genre particulier. Les sociétés commerciales constituent d'incontournables acteurs de la vie économique. Plus le nombre d'entreprises s'accroît, grâce au principe de la liberté de commerce et de l'industrie, plus le nombre d'infractions susceptibles d'être commises par ces groupements s'accroît également. La possibilité d'assister aux violations des normes en vigueur en matière de prix, de consommation, de relations de travail, d'environnement notamment, devient plus élevée et pourquoi ne pas le souligner, se réalise fréquemment. Les victimes sont de divers ordres : les

⁴⁰ A titre d'exemple, le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Togo.

personnes physiques, les personnes morales, les personnes privées, les personnes publiques, bref les intérêts particuliers comme les intérêts généraux sont sacrifiés.

Le régime de responsabilité pénale des personnes morales qu'il est souhaitable d'instituer en droit OHADA devrait être logé dans la partie III réservée aux « dispositions pénales » de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce régime de notre point de vue, devrait être articulé autour de la détermination du champ d'application de la responsabilité et les conditions de mise en œuvre de ladite responsabilité.

S'agissant du champ d'application de la responsabilité, il concerne non seulement des personnes morales susceptibles de faire l'objet de condamnations pénales, mais aussi les différentes infractions qu'elles pourraient encourir. Sur le premier point, il s'agirait tout d'abord de tous les groupements de droit privé à but lucratif dotés de la personnalité juridique. Seraient dès lors concernées toutes les sociétés commerciales (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple, sociétés anonymes, sociétés par action simplifiée). On devrait aussi à la longue intégrer les groupements de droit privé dotés de la personnalité juridique, à but non lucratif comme des associations, des syndicats et des fondations. Seule la forme de personne morale de droit privé adoptée par la structure importe. Dans cette perspective, les entreprises publiques qui, d'ailleurs rentrent dans le champ d'application des dispositions de l'AUDSCGIE (article 1) devraient être concernées⁴¹. Ce sont des commerçants publics qui devraient répondre pénalement de leurs actes et activités illicites. Seules les personnes morales de droit public comme l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées, les établissements publics devraient être exclues du périmètre de la responsabilité pénale. Sur le second point, les infractions qu'une personne morale pourrait commettre seraient celles d'atteintes contre les personnes, d'atteintes contre les biens, d'atteintes contre l'environnement, d'atteintes contre les intérêts fondamentaux de l'Etat. Il serait irréaliste de croire qu'au nom du principe d'égalité de tous devant la loi, les personnes morales pourraient encourir au même titre que les personnes physiques, l'ensemble des infractions du Code pénal. S'il est plus vraisemblable et réaliste de condamner une personne morale pour vol, abus de confiance, escroquerie, blanchiment d'argent, de pollution de l'environnement, il en va autrement

⁴¹ Article 1 de l'AUDSCGIE dispose « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique... est soumise aux dispositions du présent acte uniforme... ».

des condamnations pour viol, pour harcèlement sexuel ou pour exhibition sexuelle. La personne morale n'a ni chair, ni os, ni conscience.

S'agissant des conditions de mise en œuvre, celles de forme, c'est-à-dire la procédure applicable, chaque Etat partie s'en occupera. Les conditions de fond, c'est-à-dire celles relatives aux personnes, il faudrait qu'une infraction soit commise par un organe ou un représentant de la personne morale et qu'elle soit commise pour le compte de cette dernière.

B- Les possibles solutions aux carences d'ordre procédural ou de forme

Ces suggestions s'articulent autour de la nécessaire reconnaissance de la totalité de la compétence de la CCJA en matière pénale (1), l'institution d'un mécanisme de coopération efficace (2) et celle du recours en manquement en droit OHADA (3)

1- La nécessaire reconnaissance de la totalité de la compétence de la CCJA en matière pénale

La suppression du dédoublement des sources du droit pénal des affaires telle que suggérée plus haut devrait déboucher naturellement sur la restitution à la CCJA de la totalité de la gestion au niveau suprême du contentieux pénal des affaires. Ce choix contribuerait à mettre fin au flou et à la controverse actuelle sur l'identification de la juridiction de cassation compétente pour connaître du contentieux pénal des affaires. Il est utile de rappeler que d'aucuns soutiennent que les cours suprêmes nationales ont compétence exclusive pour connaître des recours contre les décisions rendues en matière pénale, alors même que l'interprétation d'un acte uniforme serait en cause. D'autres pensent qu'il est convenable de réserver aux juridictions suprêmes nationales le seul contentieux de la peine, et à la CCJA celui de l'incrimination⁴². La compétence de la CCJA devrait s'imposer lorsque seule est contestée la qualification de l'incrimination. Cet éclatement du contentieux répressif des affaires entre la CCJA, compétente pour connaître du contentieux de la qualification et les juridictions de cassation nationales, auxquelles serait dévolu en dernier ressort le contentieux des sanctions n'est pas normal. La fragmentation du procès en cassation nous paraît contre-productive. La reconnaissance souhaitable de l'entière compétence à la CCJA devrait aussi s'accompagner de l'institution d'un ministère public auprès de cette haute juridiction dont le rôle

⁴² L. J. B. Tchouambia Tomtom, « La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instances camerounaises : où est passé le ministère public ? », *Revue de l'Ersuma*, n°4, sept. 2014, pp. 32-56, spéc. p. 41 ; D. Lekebe Omouali, « Les ambiguïtés de la voie de cassation en matière de droit pénal des actes uniformes », *Revue de l'Ersuma*, n°7, déc. 2017, pp. 224-236.

serait de coordonner la coopération entre les Etats membres dans l'application du droit pénal des affaires.

2- La nécessaire mise en place d'un mécanisme efficace de coopération

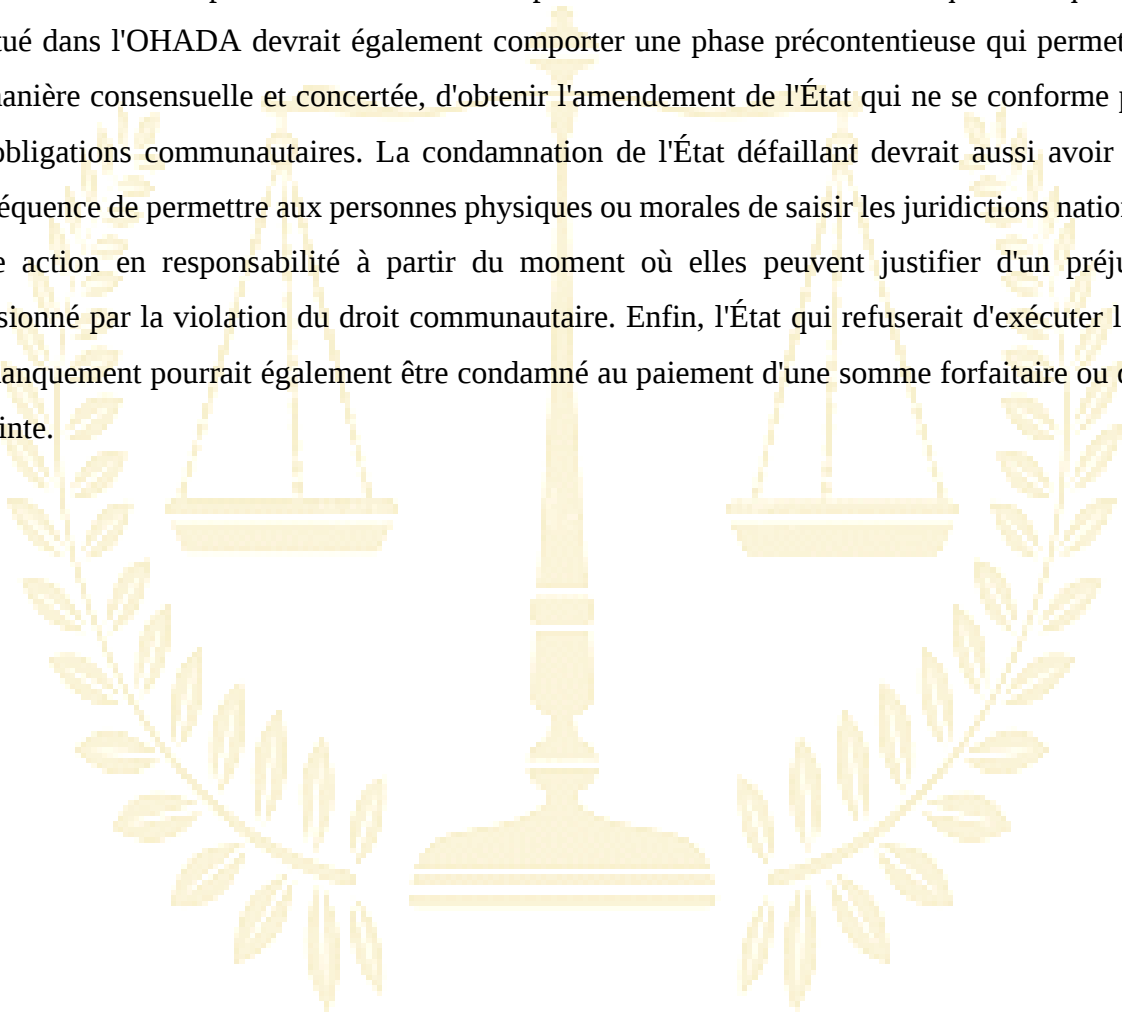
Le droit pénal reste un droit de souveraineté, mais en son sein, l'OHADA a le devoir d'améliorer la coopération entre ses Etats membres concernant l'entraide pénale. Il est nécessaire que les Etats coopèrent pour assurer la sécurité juridique et judiciaire au sein de leur espace. Sur la base de l'adage « l'union fait la force », les Etats membre au Traité OHADA doivent coopérer afin de faire face de manière efficace aux contraintes économiques, politiques, judiciaires et sociales de l'espace et même dans le monde. En l'absence actuelle d'un mécanisme coercitif obligeant les Etats membres qui manquent à leur engagement de les tenir, il est plus qu'impératif d'instituer un mécanisme efficace de coopération coordonné par le ministère public de la CCJA dont la création est souhaitable et nécessaire. Le Ministère public auprès de la CCJA aura une mission de coordination et de centralisation de tous les éléments de la procédure pénale liés aux enquêtes, à la constatation des infractions, aux arrestations, au rassemblement des indices, à la poursuite effectués par les autorités nationales de police et judiciaires. Les institutions nationales de police et judiciaires de l'espace OHADA doivent collaborer pour une lutte efficace de la délinquance d'affaire qui est transnationale. Une coopération au service des objectifs de l'OHADA ayant égard à la souveraineté des Etats est possible et nécessaire. A l'avenir pour que l'OHADA puisse atteindre ses objectifs et mieux lutter contre la délinquance d'affaires, il est souhaitable que le recours en manquement soit institué.

Page | 138

3- La nécessaire institution du recours en manquement

Le recours en manquement est un recours qui permet à la commission européenne ou à tout Etat membre de saisir la Cour de justice du non-respect par un Etat membre des obligations qui lui incombent en vertu des traités pour le contraindre à appliquer le droit de l'union européenne. Si la Cour de justice constate le manquement, l'Etat est tenu d'y mettre fin ; une amende et/ou une astreinte peuvent être prononcées contre lui (article 258 et s. du Traité fondateur de l'Union européenne). C'est un recours qui est mieux adapté dans des espaces communautaires bien intégrés. Or l'OHADA, n'est pas un espace de libre circulation des personnes, des biens et services dans la perspective d'un marché commun. Mais, qu'à cela ne tienne, l'OHADA est un modèle d'intégration juridique qui poursuit des finalités économiques. Pour que son droit soit plus effectif et opérationnel sur le territoire des Etats membres, il est souhaitable que l'OHADA puisse instituer

le mécanisme du recours en manquement, ce d'autant plus que le schéma de règlement en cas d'inexécution des obligations communautaires par un Etat mis en place par l'article 56 du Traité est faible et limité. Dans l'OHADA, le contrôle efficace du respect des obligations communautaires des États membres pourrait aussi se faire moyennant l'institution devant la CCJA d'un recours en manquement. Ce dernier, en l'absence de Commission dans l'OHADA pourrait être exercé à l'initiative d'un État partie ou du Secrétariat permanent. Le recours en manquement qui serait institué dans l'OHADA devrait également comporter une phase précontentieuse qui permettrait, de manière consensuelle et concertée, d'obtenir l'amendement de l'État qui ne se conforme pas à ses obligations communautaires. La condamnation de l'État défaillant devrait aussi avoir pour conséquence de permettre aux personnes physiques ou morales de saisir les juridictions nationales d'une action en responsabilité à partir du moment où elles peuvent justifier d'un préjudice occasionné par la violation du droit communautaire. Enfin, l'État qui refuserait d'exécuter l'arrêt en manquement pourrait également être condamné au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.



La pérennisation des canaux de distribution des produits financiers, un facteur de l'inclusion financière

Perennializing financial product distribution channels, a factor for financial inclusion

Par: Page | 140

OUSMAILA ABOUBAKAR

Doctorant en droit des Affaires

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Douala

Résumé :

La pérennisation des canaux de distribution des produits financiers constitue un facteur de l'inclusion financière. Ceci est visible tant dans la réglementation que dans les mécanismes de contrôle des canaux de distribution des produits financiers. S'agissant de la réglementation, il faut dire qu'elle constitue un bouclier contre la faillite des institutions bancaires et financières. Quant à l'instauration d'un contrôle des canaux de distribution des produits financiers, il faut dire que celui-ci se fait traditionnellement selon deux modalités. Le premier contrôle est interne. Il se place comme gage de l'efficacité et de l'efficience des opérations bancaires. Un système de contrôle interne efficace est une composante essentielle de la gestion d'un établissement et constitue le fondement d'un fonctionnement sûr et prudent d'une organisation bancaire. Le second contrôle est externe. Celui-ci est mis en œuvre tant par le commissaire aux comptes que par certaines institutions pour un respect scrupuleux du cadre législatif et réglementaire.

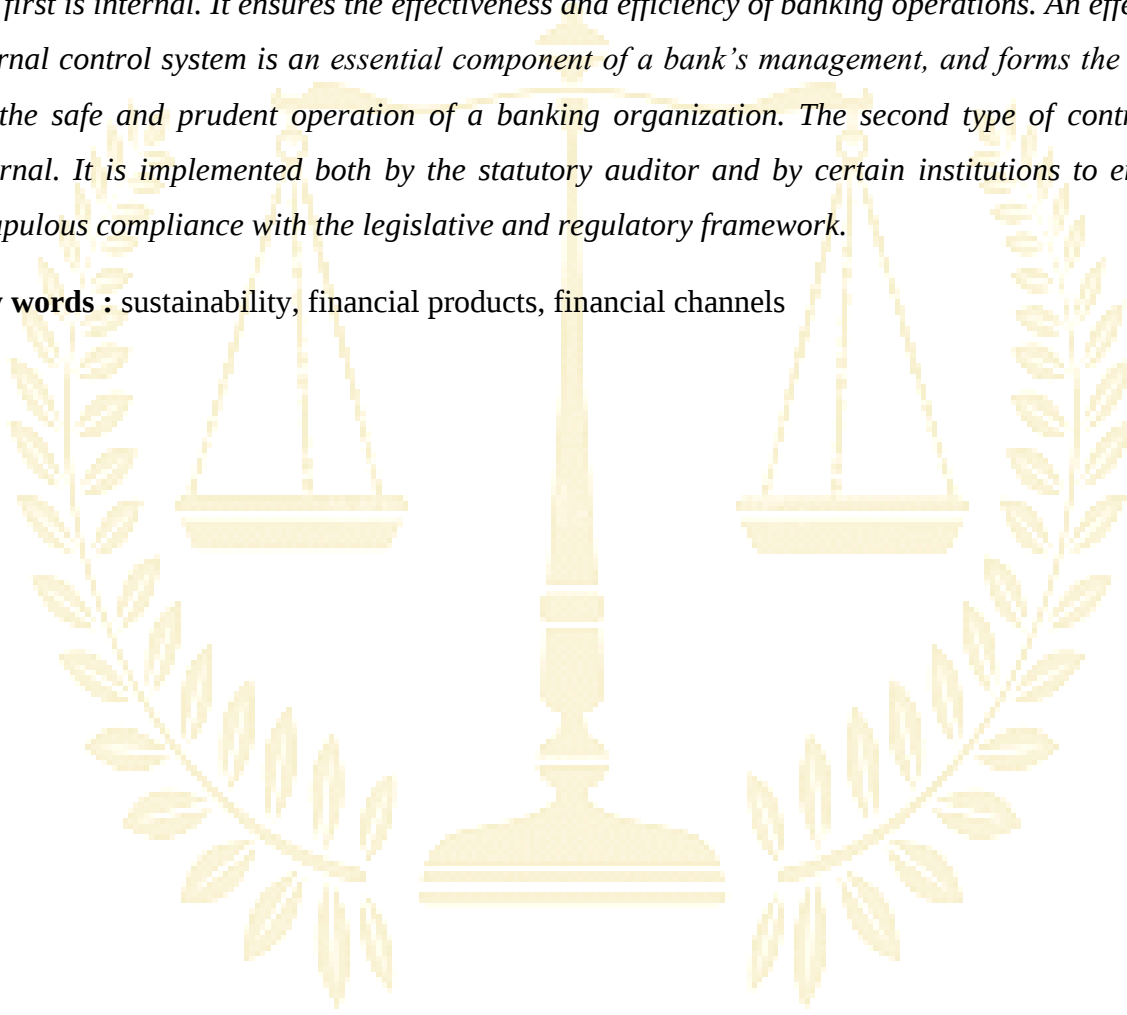
Mots-clés : pérennisation, produits financiers, canaux financiers.

Abstract:

seen in both regulation and control mechanisms for financial product distribution channels. As far as regulation is concerned, it must be said that it acts as a shield against the failure of banking and financial institutions. As for the introduction of controls over financial product distribution channels, it has to be said that these are traditionally carried out in two ways. The first is internal. It ensures the effectiveness and efficiency of banking operations. An effective internal control system is an essential component of a bank's management, and forms the basis for the safe and prudent operation of a banking organization. The second type of control is external. It is implemented both by the statutory auditor and by certain institutions to ensure scrupulous compliance with the legislative and regulatory framework.

Page | 141

Key words : sustainability, financial products, financial channels



Introduction

Les structures qui proposent les services financiers aux populations sont nombreuses : les institutions bancaires, les établissements de microfinance et les structures parabancaires¹. Les structures qui proposent les services financiers aux populations sont nombreuses, mais celles qui vont retenir notre attention dans cette partie, sont d'une part les institutions bancaires et d'autre part les établissements de microfinance².

Page | 142

Le règlement N°01/02/CEMAC/UMAC/COBAC relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité des EMF³ dans la zone CEMAC regroupe les établissements en trois catégories. Cela dit, les catégories se chevauchent parfois. Par exemple, un courtier en crédit hypothécaire peut aider son client à financer l'achat de sa maison au moyen d'un prêt dont l'échéance et le taux d'intérêt lui conviennent. Mais, ce même client pourrait aussi emprunter en utilisant sa carte de crédit ou en s'adressant à une banque commerciale. Une banque commerciale reçoit les dépôts de ses clients et prête cet argent en s'assurant un rendement plus élevé que la rémunération des dépôts. Une banque d'investissement aide les entreprises à trouver des fonds. Les sociétés d'assurance reçoivent les primes que paient leurs clients pour se prémunir contre un risque assuré tel qu'un accident de voiture ou un incendie.

Or, comme les personnes les plus aisées de pays développés, les plus démunis dans les pays en développement ont des besoins financiers diversifiés et devraient avoir accès à une gamme complète de services financiers abordables. Ceci comprend l'accès au crédit et aux comptes d'épargne mais également aux services de paiement, aux produits d'assurance et à la capacité de transférer et de recevoir des fonds à des coûts abordables. La promotion de marchés financiers de détail pluralistes est essentielle pour permettre l'implantation de différents types de prestataires intéressés à servir différents types de clients, y compris les plus éloignés et les moins sophistiqués.

Par ailleurs, tous ces prestataires devraient exploiter leurs activités dans des conditions égales de concurrence sur la base du principe fondamental « *mêmes activités, mêmes risques, mêmes règles* »⁴. Aucune discrimination ne doit être exercée contre un établissement en raison de

¹ MADJOU TATSING Priscille Diane, NEMBOT NDEFFO Luc, TANGAKOU SOH Robert L'inclusion financière dans la CEMAC : Une explication par la bancarisation, op.cit., p. 57.

² En zone CEMAC, les banques sont classées suivant, le règlement COBAC R-2009/2 portant fixation des catégories des établissements de crédit.

³ Etablissements de Micro Finance.

⁴ <https://www.findevgateway.org/sites/default/files/publications/files/mfg-fr-publications-diverses-inclusion-financiere-propositions-de-wsbi-10-2011.pdf>

sa forme juridique ou de la façon dont il utilise ses bénéfices. De même, les acteurs non bancaires offrant des services bancaires doivent être soumis au même niveau d'obligations que les banques lors de la prestation d'un service similaire.

Dans quelle mesure est-ce que la pérennisation des canaux de distribution des produits financiers constitue-t-elle un facteur d'inclusion financière ?

Page | 143

La réflexion ici envisagée revêt au moins deux intérêts forts. Le premier, théorique s'analysant en un apport dans la compréhension des défis et des opportunités liés à la réglementation des services financiers. Les canaux de distribution des produits financiers peuvent être influencés par la réglementation des services financiers, qui peut présenter des défis et des opportunités pour l'inclusion financière.

Quant à l'intérêt pratique, cette étude permettra la création de produits financiers adaptés aux besoins des populations vulnérables. Les institutions financières peuvent créer des produits financiers spécifiques pour répondre aux besoins des populations vulnérables. En outre cette étude contribuera au développement de canaux de distribution numériques. Les institutions financières peuvent développer des canaux de distribution numériques pour proposer des services financiers innovants et adaptés aux besoins des clients.

Cependant, l'on doit s'assurer que les règles et réglementations sont pratiques et n'entravent pas l'accès aux services financiers en tenant compte de la nature particulière de l'offre de services aux communautés mal desservies. Il importe dans ce sens de restituer dans le cadre la quintessence de la réglementation des canaux de distribution des produits financiers (I). Cela permettra de rendre compte des mécanismes de contrôle des canaux de distribution des produits financiers (II).

I- LA REGLEMENTATION DES CANAUX DE DISTRIBUTION DES PRODUITS FINANCIERS

Les canaux de distribution sont les chemins qu'empruntent les produits et les services pour aller du fabricant ou du prestataire de services au consommateur final⁵. Les canaux de distribution peuvent être classés en deux grandes catégories : directs et indirects.

⁵ <https://www.salesforce.com/fr/learning-centre/sales/distribution-channels/>

Un canal de distribution direct est celui où une entreprise vend directement au consommateur final. Par exemple, une entreprise de vêtements de sport qui fabrique des chaussures de sport et les vend sur un site web de commerce électronique ou dans son propre magasin de détail utilise un canal de distribution direct. Les produits vont directement à l'acheteur, sans intermédiaire ni partenaire intervenant entre eux. Comme avantage l'entreprise reçoit plus de bénéfices directement du consommateur.

En termes d'inconvénients, les entreprises qui utilisent des canaux de distribution directs doivent investir massivement dans des équipes de vente et des infrastructures de marketing grand public, plutôt que de s'appuyer sur des partenaires. Il est également beaucoup plus difficile d'atteindre un large public sur le plan géographique ou sur divers segments de marché sans l'aide d'intermédiaires⁶.

Un canal de distribution indirect est celui dans lequel il existe un secteur où les entreprises travaillent avec un ou plusieurs partenaires de distribution ou intermédiaires pour apporter des produits et des services aux clients⁷. Il existe de nombreux types d'intermédiaires dans ce cadre : certains ajoutent des fonctionnalités à un produit pour l'améliorer et vendent ensuite le nouveau produit directement aux clients détaillants⁸. D'autres ne tirent pas directement profit de la vente de produits ou de services, mais ils peuvent tout de même être des intermédiaires puissants, qui incitent les clients à acheter⁹.

D'autres encore permettent aux entreprises d'externaliser leur gestion technologique en fournissant des services informatiques et de gestion électronique à travers un réseau à plusieurs entreprises¹⁰. Mais ceux qui nous intéressent plus ce sont ceux qui étendent la portée des produits destinés aux grossistes et aux détaillants et en assurent la logistique ou qui vendent les produits directement aux consommateurs en plus petites quantités. En effet, lorsque le prestataire ne distribue pas lui-même ses services, il a recours à d'autres structures qui lui permettent de les écouler.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Il s'agit des détaillants à valeur ajoutée (VAR).

⁹ Ce sont des consultants.

¹⁰ Il s'agit des fournisseurs de services gérés (MSP).

La réglementation des canaux de distribution des produits financiers ne portera guère dès lors uniquement sur l'aspect financier, au regard de la diversité d'intervenants dans le secteur, et spécialement dans les canaux de distribution¹¹. Pour mieux rendre compte des règles applicables, il est de bonne méthode de présenter d'une part la réglementation prudentielle (A), et la réglementation non prudentielle (B) d'autre part.

A- La réglementation prudentielle, un bouclier contre la faillite des institutions bancaires et financières

Le secteur financier des pays représente l'un des domaines de l'économie où l'immersion du pouvoir public est la plus accentuée. La justification traditionnelle d'une telle intervention dans l'industrie bancaire repose entre autres sur les défaillances classiques du marché, la présence des asymétries informationnelles, des externalités et du pouvoir de marché, mais aussi sur les spécificités du secteur ; en l'occurrence la fragilité inhérente à la structure du bilan bancaire, les ruées bancaires, le spectre du risque systémique et le fonctionnement du système de paiement¹².

L'implantation des normes de réglementation universellement reconnues ambitionne la promotion des règles de sécurité standards pour prévenir le risque systémique d'un système financier mondialisé et de créer un climat de compétitivité et de synergie entre les établissements bancaires. La réglementation du secteur de la microfinance a connu une profonde révision par la modification de l'organisation de l'activité, les conditions d'accès à la profession, les dispositions relatives au capital social minimum, la gouvernance, les normes prudentielles et la mise en place d'un dispositif de contrôle interne dans les EMF¹³.

La diversité des normes prudentielles applicables transcrit la différence d'approche entre les autorités de régulation. Si les normes applicables aux banques convergent sensiblement, en revanche, on retrouve dans les normes applicables aux IMF une grande partie du clivage existant entre les réglementations issues des réglementations des coopératives d'épargne, de crédit et de développement mutualiste, les réglementations sur la notion de secteur et de viabilité financière et les réglementations relatives aux associations de microcrédit de « niche ».

¹¹ LE CENTRE POUR L' INCLUSION FINANCIERE D'ACCION, *Manuel de protection des clients en faveur de l'inclusion financière : lignes directrices et discussions à l'intention des organismes de réglementation*, p. 16.

¹² Mohamed KARIM KEFI, Hichem MARAGHNI, Respect des normes prudentielles et solvabilité des banques commerciales : étude empirique des banques tunisiennes, in *Management & Avenir* 2011/8 (n° 48), pages 382 à 403, spéc. n°1.

¹³ À la suite de l'adoption en 2017 du règlement n°01/17/CEMAC/UMAC/COBAC du 27 Septembre 2017 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC.

La réglementation prudentielle au regard de ce qui précède a des caractères divers et variés. Il existe en la matière une réglementation prudentielle à caractère général (1) à côté d'une la réglementation prudentielle à caractère spécifique (2).

1- La réglementation prudentielle à caractère général

Page | 146

Le système financier est régulièrement confronté à des difficultés bien que ce secteur soit l'un des plus réglementés de l'économie. L'exemple le plus récent est la crise des *subprimes*¹⁴. Cette crise a entraîné des défaillances bancaires avec des conséquences néfastes sur l'économie réelle à travers le monde. Il est donc impératif de protéger les déposants contre ces défaillances bancaires dans un environnement caractérisé par l'existence d'imperfections de marché.

La puissance de l'autorité de contrôle est importante pour les effets d'exécution d'autres règles prudentielles. Plus largement, différents volets de la réglementation prudentielle semblent interagir dans leur façon d'affecter plus généralement la concurrence bancaire. En d'autres termes, l'effet d'une mesure réglementaire sur la concurrence peut dépendre de l'orientation suivie dans d'autres volets de la réglementation¹⁵.

On constate également que la puissance de l'autorité de contrôle atténue l'effet préjudiciable à la concurrence des règles d'entrée sur le marché et de propriété du capital au point de pratiquement le contrebalancer intégralement lorsque l'autorité de contrôle est très puissante. Cela pourrait indiquer que l'effet préjudiciable à la concurrence des règles d'entrée et de propriété du capital peut être atténué si ces règles sont convenablement administrées, mais que ces règles peuvent être exploitées pour fausser la concurrence dans des situations de plus grande faiblesse des institutions¹⁶.

De la même façon, les règles de sortie et les mécanismes disciplinaires semblent d'autant plus bénéfiques pour la concurrence que l'autorité de contrôle est puissante, ce qui tend à montrer que l'avantage potentiel de ces règles sous l'angle de la concurrence – peut dépendre de leur application judicieuse.

¹⁴ La crise des subprimes est la crise du marché des crédits hypothécaires américains à risque déclenchée à partir du second trimestre 2006. Elle s'est transformée en crise financière internationale et a entraîné la faillite de la banque américaine LEHMAN BROTHERS en Septembre 2008. Elle a conduit à une récession économique à travers le monde.

¹⁵ Jean DERMINE & Youssef BISSADA (2005), *Asset and Liability Management*, Ed Pearson Education.

¹⁶ <https://www.cairn.info/revue-reformes-economiques-2010-1-page-209.htm>, 13 Mai 2023.

Dans la zone CEMAC comme ailleurs un dispositif prudentiel de supervision des banques a été mis en place afin de veiller à la solvabilité de ces dernières. Le dispositif prudentiel dans la CEMAC comporte des mesures que nous pouvons diviser en deux séries : Une première série de mesures seront relatives à l'application du ratio Cooke¹⁷ au niveau de la zone CEMAC par les autorités monétaires et la deuxième série de mesures seront relatives à celles prises de manière discrétionnaire par la commission bancaire de l'Afrique Centrale¹⁸ dans le cadre de la supervision des banques. Examinons plus en détails ces deux séries de mesures de contrôle des risques bancaire.

Les décisions du Comité de Bale sur la supervision bancaire¹⁹ sont appliquées par tous les États. La zone CEMAC²⁰ n'a pas échappé à cette règle dans la mesure où le ratio Cooke y est respecté. Cependant il faut dire que les dispositions prises ici sont encore plus restrictives que celle du ratio Cooke notamment pour ce qui concerne les pondérations des risques²¹.

La définition des fonds propres nets est nécessaire²². Les fonds propres nets sont constitués de la somme des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires de laquelle sont déduits : Les titres de participation dans des établissements de crédit assujettis ou étrangers ainsi que les prêts participatifs et subordonnés aux dits établissements, les engagements portés directement ou indirectement par un établissement assujetti sur un actionnaire ou un associé détenant au moins 10% des droits de vote, sur un de ses administrateurs ou dirigeants agréés ou sur un de ses agents, excédant 5% des fonds propres nets.

¹⁷ Le ratio Cooke définit la quantité de risques qu'une banque peut prendre en fonction de son capital. La formule pour l'obtenir se présente comme suit : Ratio Cooke = capital/ total des risques pondérés = 8 %.

¹⁸ Fabrice BATCHAGNA, *Contrôle de gestion bancaire et réglementation prudentielle dans la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) : Cas de Ecobank Cameroun*, Mémoire de Master en banque et finance 2005, Centre Africain d'Etudes Supérieures en Gestion (CESAG), Dakar Sénégal.

¹⁹ Ce comité est constitué des représentants seniors des banques centrales des différents pays suivant : Belgique, France, Allemagne, Italie, Japon, Luxembourg, Pays Bas, Suède, Suisse, Royaume Unie, Etats Unies d'Amérique. Son rôle est d'apporter des solutions concertées aux problèmes auxquelles les banques centrales sont confrontées de manière globale. Un de ces problèmes qui touchent les banques centrales est celui du minimum de capital requis pour une banque afin de pouvoir absorber ses pertes en cas de récession. Certes sur un point de vue légal les décisions du comité de Bale n'ont aucun pouvoir réel sur les banques. Cependant le fond monétaire international et la banque mondiale exigent de leurs différents partenaires bancaires dans le monde qu'ils respectent les mesures prises par le comité de Bale.

²⁰ Fabrice BATCHAGNA, *Contrôle de gestion bancaire et réglementation prudentielle dans la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) : Cas de Ecobank Cameroun*, Mémoire de Master en banque et finance 2005, Centre Africain d'Etudes Supérieures en Gestion (CESAG), Dakar Sénégal.

²¹ Ibid.

²² Règlement COBAC R- 93/02 modifié par le règlement COBAC R - 2001/01.

Dans tous les cas les fonds propres complémentaires ne peuvent être inclus dans le calcul des fonds propres nets qu'à hauteur du montant des fonds propres de bases. Ce qui veut dire que les fonds propres complémentaires sont inférieur ou égal à 100% des fonds propres de bases.

Les différentes pondérations retenues pour les risques dans la zone CEMAC sont d'une part le taux de pondération de 100%. Sont retenues sous ces rubriques les principaux engagements suivants :

- a) Les créances de toute nature sur la clientèle publique ou privée à l'exception de l'escompte documentaire, des crédits à l'exportation liés aux produits de base, des avances sur stocks...etc.
- b) Autres titres de participation dans des entreprises publique ou privées
- c) Garanties de remboursements de crédits à la clientèle financés par d'autres établissements de crédit
- d) Acceptation souscrite sur ordres de la clientèle
- e) Autres ouvertures de crédit confirmées sur ordre de la clientèle
- f) Crédit directs aux Etats de la zone CEMAC ne respectant aucun critère de convergence ou seulement un critère hormis celui de la non accumulation des arriérés intérieurs et extérieurs.

D'autre part, le taux de pondération de 75%. Ici, on voit comment la réglementation bancaire de la CEMAC se révèle plus stricte dans son application que le comité de Bale. En effet ce n'a pas prévu 75% de pondération contrairement à la COBAC. Les engagements retenus sous cette rubrique sont les suivants :

- a) Crédits garantis par une hypothèque ferme de premier ou de deuxième rang sur des immeubles.
- b) Crédits directs sur les Etats de la zone CEMAC respectant deux critères ou uniquement celui de non accumulation d'arriérés intérieurs et extérieurs.
- c) Créances de toute nature et engagements de hors -bilan, à l'exception des c cautions et aval sur les établissements de crédit agréés par la COBAC en situation financière fragile (cote3)

d) Créances de toutes nature et engagements de hors bilan, à l'exception des cautions et avals, sur des correspondants extérieurs dont la notation à la cote 3 de l'échelle de notation COBAC.

Ensuite, le taux de pondération de 50%. Sont considérés dans cette catégorie les engagements suivants des banques dont nous ne citerons que quelques uns :

- a) Avances sur stocks à la clientèle privée et publique.
- b) Avance sur marchés publics nantis.
- c) Escompte commercial à la clientèle privée et publique
- d) Ouvertures de crédits documentaires confirmés.
- e) Confirmation de crédits documentaires confirmés...

Par ailleurs, il y a également un taux de pondération de 20%. Sont considérés entre autres dans cette catégorie les engagements suivants :

- a) Escompte documentaire
- b) Crédits à l'exportation liés aux produits de base
- c) Crédits directs sur les Etats de la zone CEMAC respectant trois critères de convergence dont celui de la non accumulation d'arriérés intérieurs et extérieurs.
- d) Créances de toutes nature et engagement de hors bilan, à l'exception des cautions et avals, sur des correspondants extérieurs dont la notation par une agence de rating international est assimilable à la cote 1 de l'échelle de notation COBAC

Enfin un taux de pondération de 0%. Sont considérés comme sans risques les éléments suivants :

- a) Eléments d'actifs et de hors bilan autres que ceux visés ci-dessus.
- b) Titres émis par la BEAC
- c) Crédits directs aux Etats de la zone CEMAC respectant les quatre critères de convergences

d) Créances titrisées sur l'Etat dans la mesure où le mécanisme de titrisation permet de sécuriser le remboursement de la dette

e) Prêts et titres à souscription obligatoire.

Le Secrétariat Général de la Commission Bancaire peut s'opposer à ce qu'une pondération donnée soit appliquée à un risque s'il estime que les conditions fixées ne sont pas remplies d'une façon satisfaisante. Les missions prudentielles et monétaires doivent être accomplies avec prudence dans un environnement économique extrêmement dynamique caractérisé par la variabilité excessive des marchés²³. On en veut pour exemple la diversité des instruments financiers, la complexité générée par l'intégration, l'internationalisation des marchés financiers et du métier bancaire.

Page | 150

La réglementation prudentielle assure la protection du système financier du pays en le prévenant des faillites d'institutions pouvant mettre en péril les autres. Elle protège aussi les petits déposants dans la mesure où ceux-ci ne sont pas à mesure d'apprécier la solvabilité des institutions qui collectent leurs dépôts. Cette réglementation est donc source d'une efficience qui peut s'apprécier par défaut. En effet, son absence peut être source de gaspillage de ressources déjà limitées ou de contraintes plus excessives après coup ou encore de freins à la dynamique du secteur financier. A côté de cette réglementation prudentielle à caractère général, il en existe celle à caractère spécifique.

2- La réglementation prudentielle à caractère spécifique

La réglementation de la CEMAC a prévu des mesures autres que celles proposée par le comité de Bâle pour accroître la supervision des banques. Nous pouvons brièvement énumérer quelques-unes des plus significatives :

- Le ratio de division des risques qui obéit au règlement COBAC R- 2001/04. Ce qu'il faut retenir ici c'est que les établissements de crédit sont tenus de respecter un rapport maximum entre le montant de leur fonds propres nets et l'ensemble des risques qu'ils encourent du fait de leurs opérations avec un même bénéficiaire ayant reçu des concours supérieurs à une certaine proportion desdits fonds propres nets. Ce qu'il faut retenir ici c'est que à tout moment les établissements de crédit doivent justifier que :

²³ Ibid.

a) Le montant total des risques encourus sur un même bénéficiaire n'excède pas 45% des fonds propres nets

b) le montant total des risques encourus sur les bénéficiaires dont les engagements dépassent pour chacun d'entre eux 15% des fonds propres nets n'excède pas l'octuple des fonds propres nets.

Page | 151

- Le coefficient de transformation à long terme (règlement COBAC R-93/07)¹³. Ce qu'il faut retenir ici c'est que le rapport entre les ressources à plus de 5 ans d'échéance et les emplois et engagements de même terme doit être au moins égal à 50% c'est-à-dire que les ressources longues doivent financer au minimum la moitié des emplois de même nature.

- Les couvertures des immobilisations (règlement COBAC R-93/05 modifié par le règlement COBAC R-2001/06). En substance ce ratio stipule que les établissements de crédit sont tenus de respecter un rapport minimum de 100% entre le montant de leur fonds propres nets et de leurs ressources permanentes, d'une part, et celui des immobilisations d'autre part.

- Le ratio de liquidité (règlement COBAC R-93/06). Celui-ci stipule que les établissements de crédit sont tenus de respecter, à tout moment, un rapport minimum de 100% entre leurs disponibilités et leurs exigibilités à moins d'un mois.

- Le ratio de structure du portefeuille (règlement COBAC R- 96/01) ; qui dit que les établissements de crédit sont tenus de respecter un rapport minimum de 35% entre leur risques en trésorerie refinancés par la banque centrale et/ou mobilisables auprès d'une institution financière et l'ensemble des crédits bruts de même nature consentis à la clientèle.

Le champ d'application de la réglementation fait débat sur plus d'un point dont l'un est relatif à la question des sources de financement. Ainsi que nous l'avons rappelé, la réglementation prudentielle a comme double objectif de prévenir les risques pouvant menacer le système financier et de protéger les petits déposants.

Ces buts sont atteints dès que la protection des dépôts du public est garantie. Par conséquent, il devient concevable d'admettre que dès lors qu'une IMF se finance par ce type de modalité, elle doit être soumise à la réglementation prudentielle. La question se pose alors pour celles qui assurent leurs missions en se servant d'autres sources de financement. En d'autres termes, la problématique soulevée notamment par GREUNING, GALLARDO et RANDHAWA (1999) est de savoir si l'on peut assimiler les IMF qui ne se financent pas par l'épargne des populations à

des intermédiaires financiers. Pour ces auteurs, la réponse à cette interrogation conduit à des analyses très pointues et à des solutions différenciées selon les pays.

Ainsi, dans les pays où les bailleurs de fonds apportent un soutien financier aux IMF par le biais des structures bilatérales ou multilatérales de développement, la réglementation non prudentielle ne se justifie pas si le financement se limite à des subventions et plus généralement, lorsque l'activité de la microfinance est soutenue par un donateur. Dans ce cas, l'autorité publique de supervision peut dimensionner son action à la simple vérification de l'utilisation des fonds selon leur destination.

Page | 152

Pour la microfinance, les experts préconisent des ajustements réglementaires. Leur mise en œuvre ne dépendrait aucunement de la forme d'IMF. Toutefois, il faut admettre que dans certains cas et pour une certaine réglementation, on ne peut pas faire l'impasse sur les types d'institutions et se centrer exclusivement et seulement sur l'activité.

Ils estiment aussi qu'il faut des normes spécifiques dans plusieurs domaines. Le premier concerne les fonds propres. A ce sujet, la question est de savoir s'il faut appliquer aux IMF spécialisées une réglementation plus contraignante que celle imposée aux banques commerciales dont l'activité est plus diversifiée. Cette interrogation est fondée sur plusieurs raisons. D'une façon générale, les taux de recouvrement des IMF sont supérieurs à ceux des banques commerciales. On estime à environ 80 à 98,6%²⁴ le taux de recouvrement des IMF.

Le domaine pour des normes spécifiques concerne le plafonnement du crédit non garanti et des provisions pour créances douteuses. Le but ici est de minimiser le risque. En général, dans les banques classiques, ce type de crédit est limité à 100% des fonds propres. Il est certain que transposer une telle disposition dans le secteur de la microfinance conduirait les IMF à se priver d'un effet de levier²⁵ sur leurs fonds propres par la collecte de l'épargne ou des emprunts. Les mécanismes théoriques en jeu peuvent se comprendre à partir de la définition et la mesure des rentabilités financières et économiques d'une entreprise.

Du fait de l'endettement, un investisseur n'apporte qu'une somme partielle des fonds nécessaires pour le financement de l'investissement. Cet effet démultiplicateur est d'autant plus

²⁴ Ces chiffres sont issus de <http://www.wikiwater.fr/b11-le-microcredit-un-nouveau.htm>. 24 Mai 2025.

²⁵ L'effet de levier consiste à augmenter sa capacité de financement au moyen de l'endettement. L'utilisation de cet endettement a un impact sur la rentabilité des capitaux investis. Théoriquement, l'effet de levier n'est positif c'est-à-dire qu'il n'améliore la rentabilité des capitaux qu'à la condition que le coût de l'endettement soit inférieur à l'augmentation des bénéfices obtenus du fait de l'endettement.

important que le taux d'intérêt de cet emprunt est faible et que la rentabilité économique est importante. A l'inverse, lorsque la rentabilité économique est inférieure au coût de l'endettement, l'impact est négatif et on parle alors d'effet de massue ou d'effet boomerang.

Dans le cadre de gestion des créances douteuses, les règles comptables bancaires imposent parfois de constituer des provisions à hauteur de la totalité des prêts non garantis. Les experts estiment que cette règle n'est pas transposable aux IMF. L'argument retenu est que même en cas de reprise de cette provision du fait d'un recouvrement effectif des créances in fine, l'addition de ces provisions pour les prêts sans risques peut avoir comme effet une sous-représentation de la valeur réelle de l'IMF.

La solution pour cette double problématique, à savoir limitation du volume des crédits non garantis et la provision pour créances douteuses, consiste à ajuster la réglementation. En pratique, il est proposé de traiter les garanties de groupe comme des garanties matérielles. Cette solution est d'autant plus judicieuse que cette modalité de garantie est généralisée dans le secteur de la microfinance. Mais, en situation d'impayés, le caractère non-garanti des prêts justifie l'adoption d'un mécanisme plus rigoureux de dotation aux provisions pour créances douteuses que celui des prêts garantis²⁶.

La contrainte sur les réserves obligatoires peut être adaptée aussi. Si les banques doivent conserver un pourcentage de leurs dépôts sous forme de réserve légale, les experts estiment que cette réserve a une utilité du point de vue de la politique monétaire mais qu'elle peut être assimilée à un impôt sur l'épargne et, par conséquent, elle serait préjudiciable aux petits déposants dans la mesure où elle contraint les banques ou les IMF à relever leur seuil critique c'est-à-dire, le montant minimum qu'elles peuvent traiter de façon rentable.

On peut raisonnablement considérer par exemple que lorsque le retard de paiement correspond à une certaine fraction d'une durée courte d'un crédit non garanti, la probabilité d'un défaut est plus élevée que dans le cas d'un prêt à moyen terme par ailleurs garanti. Qu'en est-il de la réglementation non prudentielle.

²⁶ Cette disposition est particulièrement pertinente lorsque le système de la microfinance tend à octroyer des prêts à court terme.

B- Une réglementation non prudentielle pour une continuité du financement de l'économie

Du champ d'application des normes prudentielles, il faudrait exclure, les structures qui empruntent pour leurs activités auprès des entités non commerciales. C'est une pratique courante et bien qu'elle soit assimilable à de l'intermédiation financière, un cas de faillite d'une de ces institutions ne met pas en danger tout le système du pays. Dans ce cas-ci, le risque systémique est quasi nul pour le pays. On peut considérer que les bailleurs sont à même de défendre leurs intérêts sans recourir aux modestes moyens de l'autorité publique de supervision.²⁷

Page | 154

D'autres structures participent de l'intermédiation financière mais sont à exclure aussi du champ de la réglementation prudentielle. Il s'agit des IMF qui obtiennent des prêts commerciaux auprès des fonds d'investissement internationaux réservés aux investissements à caractères social et auprès des banques commerciales locales. Cette exclusion est préconisée dans la mesure où une faillite des structures ne peut pas enclencher un risque systémique. Les prêteurs internationaux doivent eux-mêmes veiller sur leurs intérêts. Le fait que le prêteur soit une banque commerciale locale soumise aux normes prudentielles n'engage pas une structure qui reçoit son financement²⁸.

Par contre, le débat n'est pas tranché sur le cas des IMF qui se financent en émettant des instruments financiers tels que des billets de trésorerie et des obligations par exemple. Dans la littérature financière, on considère que ces instruments émis sur les marchés locaux de valeurs mobilières ont vocation à attirer des investisseurs et non pas à collecter l'épargne du grand public. Pour certains auteurs, les investisseurs ayant acquis ces valeurs devraient être à mesure d'apprécier eux-mêmes la solvabilité des émetteurs de ces titres sans déléguer cette fonction à une autorité de supervision prudentielle. Pour ces auteurs, la société émettrice ne doit être soumise qu'à la réglementation des valeurs mobilières²⁹.

²⁷ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la réglementation prudentielle de la microfinance : cas de la CEMAC (Communauté Economique et Monétaire De l'Afrique Centrale)*, Thèse En Sciences De Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

²⁸ La tendance de certaines banques commerciales à accorder plus de crédits aux IMF agréées s'explique par la possibilité qui leur donnée de provisionner la totalité des prêts non garantis. Ce contexte est d'autant plus incitatif

²⁹ La réglementation normale sur les valeurs mobilières ne cherche pas à fournir des garanties sur la solvabilité des émetteurs des titres. Il revient à l'acquéreur lui-même d'analyser et d'apprécier la situation de la trésorerie du vendeur. Pour l'essentiel, cette réglementation ne porte que sur la transparence intégrale et se contente donc d'exiger une publication intégrale des informations indispensables pour l'opération d'intermédiation financière et par conséquent ces IMF ne sont pas du champ d'application de la réglementation prudentielle. Ce consensus est discuté par Robert, Timothy et Richard (2003).

D'autres auteurs défendent la thèse contraire. Pour ces derniers, il faut soumettre toutes les structures qui émettent des instruments financiers à la réglementation prudentielle. Ils considèrent qu'il s'agit de l'intermédiation financière et en plus de douter de la capacité des systèmes juridiques locaux à contrôler rigoureusement les marchés des valeurs mobilières, ils relèvent la difficulté à distinguer nettement les dépôts des petits épargnants et ceux des investisseurs à fort potentiel.

Ils estiment dans une première argumentation qu'au-delà d'une taille, les sociétaires de la coopérative financière ne sont plus à mesure de contrôler la direction de ces structures. Il s'agit précisément d'une question d'aptitude par rapport à la capacité d'une banque commerciale.

Ensuite, ils soulignent le caractère imprécis de la notion de membre. A cet effet ils font remarquer que dans certaines coopératives financières dont l'attachement à un territoire géographique est un critère fort, la collecte de fonds peut se faire auprès des personnes à qui l'on donne la qualité de membre alors qu'elles ne sont effectivement pas dans la zone. Ils soulèvent une troisième objection qui semble majeure. En général, les coopératives financières et même non financières ayant un agrément sont supervisées par des instances gouvernementales dans le cadre de lois spéciales. Certes, ces organismes ont légalement la responsabilité de la réglementation prudentielle sur la protection de l'épargne collectée mais ils souffrent d'une carence manifeste de moyens pour assurer efficacement cette charge de supervision. Par conséquent, cette triple objection conduit à recommander que les coopératives financières³⁰ soient elles aussi placées sous la supervision prudentielle d'autorités financières spécialisées.

Un second volet du débat autour de l'applicabilité des normes prudentielles porte sur l'objet de la réglementation. La problématique est de savoir s'il convient de réglementer les IMF ou leurs activités.

Autour de ce questionnement, des auteurs³¹ introduisent la remarque selon laquelle la tendance naturelle, lorsqu'il s'agit d'étendre l'espace de la réglementation pour la microfinance, consiste à penser de nouveaux types d'institutions spécialisées. Pour eux, dans certains cas, cette option est peut être la meilleure. Mais ils estiment qu'il peut être intéressant d'envisager d'autres approches allant jusqu'à la possibilité d'adapter une forme existante d'agrément financier. Ils considèrent que le fait de se centrer exclusivement sur un type particulier d'institution expose au

³⁰ On pourrait à la limite se contenter des coopératives les importantes.

³¹ ROBERT, TIMOTHY et RICHARD (2003).

risque de brider l'innovation et la compétition, d'encourager l'arbitraire réglementaire ou de faire bloquer un processus d'intégration de la microfinance dans le secteur financier.

A partir de ces points de vue, dans la littérature de la microfinance, des experts adoptent et prônent une démarche positive en considérant qu'en matière de réglementation la microfinance peut être vue comme un ensemble d'activités ce qui revient à ne pas se focaliser sur le type particulier d'institution qui les exerce.

Le caractère spécifique de la réglementation non prudentielle se manifeste à travers plusieurs figures. Ceci impose de s'intéresser d'abord aux différents aspects de cette réglementation non prudentielle (1), avant de s'attarder sur son application (2).

1- Les aspects de la réglementation non prudentielle

Le terme « réglementation » désigne l'ensemble des règles établies par l'État et applicables à un sujet ou à un domaine. La « supervision » est le processus destiné à assurer le respect de ces règles. Les prestataires de microfinance qui acceptent des dépôts du public doivent être soumis à une réglementation « prudentielle ». Ce type de réglementation préserve leur bon équilibre financier afin de les empêcher de perdre les fonds des petits déposants et d'endommager la confiance que le public éprouve pour le système financier.

Les règles « non-prudentielles » ont pour objectif par exemple l'élimination préalable des actionnaires/gérants inacceptables ou l'imposition d'un processus transparent de présentation et de publication de rapports dans la mesure où les pouvoirs publics n'ont pas à assumer la responsabilité de la solidité financière de l'organisation.

Le domaine non prudentiel de la réglementation est assez vaste. Chacun des thèmes qui sont abordés dans cette démarche recouvre une réalité qui n'est pas sans intérêt. Un aspect est constitué par la fiscalité et le traitement comptable. La question de la fiscalité fait débat dans un grand nombre de pays. Deux approches sont retenues comme base de départ par la Banque mondiale. Elles se rapportent aux opérations financières. La première se fonde sur une distinction entre les taxes imposées sur ces opérations et la seconde a trait à la taxation des bénéfices nets générés aussi par ces opérations.

Selon les experts de la Banque mondiale, le régime fiscal des transactions financières doit assurer « l'égalité des chances pour tout type d'institutions »³². De la littérature de la Banque mondiale sur ce sujet, il ressort que qu'il y a deux groupes de pays. Dans l'un, la fiscalisation préférentielle est le privilège des institutions disposant d'un agrément prudentiel³³ et dans l'autre, les taxes sur les opérations financières agissent de façon différente selon qu'il concerne des banques ou des coopératives financières.

Pour des experts³⁴, toute chose restant égale par ailleurs, une fiscalité préférentielle sur les opérations financières doit tenir compte du type d'activité ou d'opération. Elle concerne aussi bien une imposition d'une taxe sur la valeur ajoutée (TVA) ou même d'un prélèvement opéré sur les intérêts perçus.

Quant à l'imposition sur les bénéfices, la Banque mondiale préconise d'assimiler les IMF à des ONG à but non lucratif et de les soumettre au même régime fiscal. L'idée est que ces institutions assurent une mission sociale. Elles rendent un service public reconnu et accepté et leurs bénéfices ne sont pas distribués aux actionnaires mais réinvestis dans la structure à des fins qui cadrent avec leur mission de base³⁵.

La Banque mondiale ne préconise pas de dispositions particulières en matière de comptabilisation des charges pour une IMF. Les règles sur la déductibilité des charges telles que les provisions pour créances douteuses peuvent être les mêmes que celles appliquées à toute autre institution. Toutefois, la Banque considère comme raisonnable le fait d'effectuer des dotations aux provisions plus élevées lorsqu'il s'agit de portefeuille de microcrédit que pour un prêt traditionnel et les réductions fiscales accordées aux IMF devraient traduire fidèlement ces faits³⁶.

Dans les faits, le niveau de l'encours des dotations aux provisions ne se posent pas pour toutes IMF. Pour celles qui disposent d'un agrément, la réglementation prudentielle impose le montant des dotations aux provisions. Cette question se pose donc pour les IMF sans agrément. Pour ces dernières, lorsqu'elles ne font que des prêts comme activité, pour éviter des abus, il

³² Cette approche ne se défend pas seulement dans le cas de la microfinance ou même de la finance en général.

³³ L'avantage accordé du fait de l'agrément ne se justifie pas vraiment dans la mesure où son lien avec la réglementation prudentielle n'est pas établi.

³⁴ ROBERT, TIMOTHY et RICHARD (2003),.

³⁵ Le caractère non lucratif est souvent discutable. Dans les faits, les IMF adoptent des stratégies de contournement de ce principe.

³⁶ Autrement, il peut être considéré que l'avantage accordé à une telle institution est arbitraire par rapport aux autres.

reviendrait aux autorités fiscales de déterminer le plafond acceptable des dotations aux provisions. L'application de la réglementation non prudentielle présente quelques particularités.

2- L'application de la réglementation non prudentielle

Dans la littérature, il apparaît une réelle difficulté à distinguer la réglementation prudentielle et la réglementation non prudentielle. Cette distinction est d'autant moins explicite qu'une disposition peut répondre à la fois à des objectifs prudents et non prudents. C'est le cas des règles relatives à la lutte contre la fraude par exemple.

Le passage d'une forme institutionnelle à une autre en microfinance soulève des problématiques qui relèvent judicieusement de la réglementation non prudentielle³⁷. Simplement et couramment, le besoin d'une transformation juridique se pose lorsque les activités d'une entité existante sont absorbées par une représentation locale d'une ONG internationale. Pour un tel transfert, des obstacles réglementaires apparaissent dès lors qu'il s'agit, comme nous l'avons dit plus haut, des points tels que : la participation au capital des populations étrangères ; la fiscalité ; le transfert du personnel.

Elles y arrivent par exemple au moyen des rémunérations excessives ou des prêts accordés aux membres à des taux bonifiés. Toutefois, même si la fraude existe, elle ne peut être seulement l'apanage des IMF seulement. On peut faire l'hypothèse raisonnable que ces cas de contournement concernent toutes les formes d'ONG à but non lucratif.

De plus en plus de problèmes sont posés lors de la création par une ONG d'une société commerciale. Les difficultés recensées concernent notamment : les modalités de transfert à la nouvelle structure des avantages fiscaux consentis à l'ONG ; le droit de transférer les actifs à vocation sociale à une entité privée ; le droit de participer au capital d'une structure commerciale³⁸.

A en croire les experts de la Banque mondiale, tous ces éléments de réglementation relatifs aux transformations juridiques des IMF ne sont pas applicables et ne l'ont jamais été. Aussi

³⁷ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)* Thèse en Sciences de Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

³⁸ Ibid.

préconisent-ils comme réforme importante et utile au secteur de la microfinance, une harmonisation des contenus et la création d'un système clair de transformation des IMF³⁹.

La réglementation non prudentielle porte donc sur des domaines très variés et assez vastes. Son champ d'application couvre un domaine qui va de la création et l'exploitation d'une IMF à la protection des consommateurs de services de microfinance en passant par la lutte contre la fraude et l'activité criminelle financière, la capitalisation des IMF, les questions liées à leurs statuts juridiques et à celles de leurs employés étrangers ainsi qu'aux normes comptables. A ce socle commun de réglementation non prudentielle, s'ajoutent les dispositions d'un consensus sur la réglementation prudentielle⁴⁰.

La microfinance doit être traitée différemment des activités bancaires normales car les actifs de la microfinance se composent de nombreux petits prêts sans garantie. Les domaines pour lesquels il est généralement nécessaire d'adapter la réglementation concernent le plafonnement des prêts sans garantie, les ratios d'adéquation du capital, les règles concernant les provisions pour pertes sur prêts et le taux minimum de capital.

Dans le principe, lorsque l'agrément explicite est exigé, seuls les organismes agréés et réglementés sont habilités à accorder des prêts. Ce droit leur est accordé même s'ils ne reçoivent aucun dépôt préalable. Le problème se pose en principe lorsque le cas est une ambiguïté juridique ou alors lorsque l'on se trouve face à une entité non agréée et non réglementée. Dans ce cas, les experts recommandent d'introduire une réglementation non prudentielle qui autorise clairement et explicitement l'unité qui ne reçoit pas de dépôts à effectuer des prêts⁴¹.

Il est admis que la simplicité doit être la règle en matière de réglementation de l'activité de crédit. Il peut suffire d'exiger une simple procédure d'inscription sur un répertoire public. Si les objectifs spécifiques de la réglementation sont de faciliter l'action des pouvoirs publics en cas de comportements douteux et d'établir les normes de performances et d'efficacité permettant notamment de faire des comparaisons pertinentes, alors il faut que la documentation et les informations requises pour un agrément soient compatibles avec cet esprit⁴².

³⁹ Toutefois, ROBERT, TIMOTHY et RICHARD (2003) estiment que la portée d'une telle réforme peut être faible si le nombre des ONG de microfinance susceptibles d'entreprendre une telle mutation juridique était limité

⁴⁰ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)* Thèse en Sciences de Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

⁴¹ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance*, op.cit.

⁴² Ibid.

Dans le cadre de la réglementation de la microfinance, la lutte contre les formes d'escroquerie financière revêt principalement un double aspect dont le premier concerne la lutte contre les produits financiers et les montages d'investissements illégaux et le second la lutte contre le blanchiment de l'argent.

Des auteurs⁴³ estiment que les prestataires de la microfinance s'opposent à l'idée de cette transparence des coûts des microcrédits mais qu'il est difficile de ne pas être sceptique à l'égard de leurs motivations et qu'il faudrait de solides arguments pour convaincre de ne pas donner aux emprunteurs pauvres un outil supplémentaire d'évaluation du coût d'un prêt. Ils estiment par ailleurs qu'il s'agit d'une exigence forte dans la mesure cet outil favorise la concurrence au niveau des prix.

La centrale des risques est un service d'information sur la solvabilité des emprunteurs. Elle est nécessaire aussi bien pour les IMF que leurs clients. En effet, les informations collectées sur l'état et l'historique des crédits des emprunteurs constituent une base de données permettant aux prêteurs de réduire leur risque de crédit et aussi aux emprunteurs de valoriser auprès d'une IMF, son historique de remboursement auprès d'une autre, pour obtenir un accès aux facilités de crédit qu'elle offre⁴⁴.

L'effet de la centrale des risques est d'autant plus efficace qu'il est conjugué à celui des techniques de traitement des données statistiques relatives à la notation du risque. En France⁴⁵ (et c'est certainement le cas dans les pays à économie comparable) ce double effet a permis une expansion massive de l'accès au crédit des populations à faibles revenus⁴⁶.

L'intérêt pour une centrale des risques étant affirmé, le débat dans la littérature se porte sur l'autorité qui doit en avoir la paternité. Les experts de la Banque mondiale s'interrogent sur la nécessité qu'elle soit du ressort de l'Etat ou alors que celui-ci en impose la participation. Des débats sur la question, il ressort qu'il n'y a pas de solution unique.

⁴³ A l'instar de ROBERT, TIMOTY et RICHARD (2003).

⁴⁴ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)* Thèse en Sciences de Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

⁴⁵ Voir à propos de l'origine et du rôle notamment : RATTIER Gabriel, Le Service Central des Risques Bancaires, in *Revue économique*, Volume 2, n°5, 1951 pp 600 –609 et la Note d'Information n°115 de la Banque de France La Centralisation des Risques Bancaires.

⁴⁶ ROBERT, TIMOTY et RICHARD, 2003.

Tout dépend du pays considéré. Dans tous les cas et notamment lorsque la participation des banques est requise, il se pose le problème de la protection des données à caractère personnel collectées. Le risque est qu'une défaillance dans la confidentialité des informations sur les clients ne crée une violation manifeste de leur droit⁴⁷.

En matière de finance, étant donné le niveau et la nature des risques auxquels les créanciers s'exposent, il est nécessaire d'avoir des sûretés en garantie des prêts. Le système économique est gagnant si un dispositif légal permet que les prêts soient des cages⁴⁸ des hypothèques⁴⁹ ou des nantissements⁵⁰.

Dans les économies pauvres, les transactions garanties ont un coût relativement élevé et il est souvent impossible d'accepter un gage quand on peut en produire ou même d'en trouver lorsqu'il est accepté. De même, plusieurs contraintes peuvent rendre difficile l'usage d'une hypothèque. Dans ces conditions, pour encourager les transactions garanties, la Banque mondiale préconise des réformes juridiques adéquates portant plutôt sur les lois à caractère commercial et judiciaire et non des lois de nature bancaire.

La question des taux se pose aussi dès lors que celle du seuil de rentabilité pour une IMF est introduite. Comme nous l'avons déjà dit, pour atteindre son seuil critique, toute IMF doit se doter une tarification de ses prestations qui lui permette de faire face aux coûts de ses ressources, aux pertes sur ses créances irrécouvrables et à ses coûts d'administration. Ceux-ci n'ont pas les mêmes caractéristiques. Alors que les deux premiers varient proportionnellement au volume des prêts accordés et il n'en est pas de même des coûts administratifs qui sont constants à court terme⁵¹.

Ces limites peuvent être inefficaces dans la mesure des IMF locales ont des besoins financiers exprimés notamment en termes de fonds propres qui ne trouvent de solutions qu'auprès des investisseurs étrangers. De même, il peut arriver que localement une IMF ne puisse trouver

⁴⁷ A la Banque mondiale, on estime qu'il existe bien d'autres risques à la constitution d'une centrale de risque comme le fait de confier une telle base à des gestionnaires véreux qui se livreraient au commerce des données collectées ou le fait pour une administration fiscale de chercher à utiliser une telle base pour retrouver les micro entreprises non déclarées ou encore, le fait que des emprunteurs peuvent souffrir des informations inexacts disponibles dans la base de données même si pour ces citoyens, un droit à la consultation et à la modification peut leur reconnu.

⁴⁸ Biens mobiliers.

⁴⁹ Biens immobiliers corporels

⁵⁰ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)* Thèse en Sciences de Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

⁵¹ La notion d'un coût fixe ne peut s'envisager qu'à une échelle de temps courte. A long terme tous les coûts sont variables évidemment.

sur le marché local du travail, la ressource humaine, en quantité et en qualité dont elle aurait besoin⁵². De la littérature de la Banque mondiale sur ce sujet, il ressort que qu'il y a deux groupes de pays. Dans l'un, la fiscalisation préférentielle est le privilège des institutions disposant d'un agrément prudentiel⁵³ et dans l'autre, les taxes sur les opérations financières agissent de façon différente selon qu'il concerne des banques ou des coopératives financières⁵⁴.

Le passage d'une forme institutionnelle à une autre en microfinance soulève des problématiques qui relèvent judicieusement de la réglementation non prudentielle. Simplement et couramment, le besoin d'une transformation juridique se pose lorsque les activités d'une entité existante sont absorbées par une représentation locale d'une ONG internationale. Pour un tel transfert, des obstacles réglementaires apparaissent dès lors qu'il s'agit, comme nous l'avons dit plus haut, des points tels que : la participation au capital des populations étrangères ; la fiscalité ; le transfert du personnel⁵⁵.

A en croire les experts de la Banque mondiale, tous ces éléments de réglementation relatif aux transformations juridiques des IMF ne sont pas applicables et ne l'ont jamais été. Aussi préconisent-ils comme réforme importante et utile au secteur de la microfinance, une harmonisation des contenus et la création d'un système clair de transformation des IMF⁵⁶.

A ce socle commun de réglementation non prudentielle⁵⁷ s'ajoutent la nécessité du contrôle des canaux de distribution des produits financiers.

⁵² Cette approche ne se défend pas seulement dans le cas de la microfinance ou même de la finance en général.

⁵³ L'avantage accordé du fait de l'agrément ne se justifie pas vraiment dans la mesure où son lien avec la réglementation prudentielle n'est pas établi.

⁵⁴ Le caractère non lucratif est souvent discutable. Dans les faits, les IMF adoptent des stratégies de contournement de ce principe.

⁵⁵ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)* Thèse en Sciences de Gestion, 30 Novembre 2016, Université Paris Est.

⁵⁶ Toutefois, ROBERT, TIMOTHY et RICHARD (2003) estiment que la portée d'une telle réforme peut être faible si le nombre des ONG de microfinance susceptibles d'entreprendre une telle mutation juridique était limité

⁵⁷ Roger Claude ELOBO, *Contrôle de la Réglementation Prudentielle de la microfinance : Cas De La CEMAC (Communauté Economique Et Monétaire De l'Afrique Centrale)*, Thèse en Sciences de Gestion, Université Paris Est, 30 Novembre 2016.

II-L'INSTAURATION D'UN CONTROLE DES CANAUX DE DISTRIBUTION DES PRODUITS FINANCIERS

Les principaux risques gérés par les banques⁵⁸ sont entre autres, le risque de crédit⁵⁹ ou le risque de défaut des clients, c'est-à-dire le risque de pertes consécutives au défaut d'un emprunteur face à ses obligations et ainsi que le défaut de liquidité qui est le premier des risques auquel est confronté un établissement de crédit. Cela correspond aux situations où la banque ne dispose pas de liquidités suffisantes pour faire face à ses engagements immédiats. Ce risque découle principalement de la fonction de transformation d'échéances d'une banque qui amène celle-ci à avoir des emplois dont le terme est supérieur à celui de ses ressources.

Le risque de taux d'intérêt est celui de voir les résultats affectés défavorablement par les mouvements de taux d'intérêt. Il provient principalement du fait que les emplois et ressources bancaires n'ont pas la même sensibilité aux variations de taux d'intérêt du marché. En particulier, certains éléments du bilan sont rémunérés à taux variables, d'autres à taux fixes. Le risque du marché correspond aux pertes susceptibles de provenir de la diminution de la valeur des portefeuilles bancaires investis en actions ou en obligations dont la valeur est volatile.

Le risque de change est lié à l'éventualité de pertes causées par l'évolution des taux de change. Il provient du fait qu'une partie du bilan des banques est libellée en devises étrangères. Les variations du cours de celles-ci contre la monnaie nationale entraînent des plus ou moins-values susceptibles de peser sur les résultats bancaires. Le risque pays est le risque qu'un emprunteur situé dans un pays étranger n'honore pas ses engagements. Il a donc 3 dimensions : Il s'apparente au risque de crédit en ce qu'il est lié au défaut d'un emprunteur. Toutefois, le défaut est, en ce cas, d'une nature particulière du fait de la spécificité du débiteur défaillant, celui-ci étant localisé à l'étranger.

Par ailleurs, les emprunteurs étrangers sont souvent des entreprises publiques ou des États. Ce qui introduit la notion de risque politique, appelé également « risque souverain ». L'instabilité politique régnant dans certains pays donne une importance particulière au risque de défaut : c'est

⁵⁸ <https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/marches-financiers/acteurs-de-la-finance/banque/un-secteur-tres-controle-pourquoi-et-comment/le-controle-interne/>, 24 Mai 2023.

⁵⁹ Ou risque de contrepartie.

le risque politique. Enfin, le risque pays a souvent une dimension économique ou monétaire, liée à la situation économique et monétaire du pays emprunteur⁶⁰.

Le risque opérationnel est défini par le comité de Bâle comme le « risque de pertes résultant d'une inadéquation ou d'une défaillance attribuable aux procédures, au facteur humain et aux systèmes ou à des causes externes ». Il provient des dysfonctionnements de la banque, en particulier de ses systèmes informatiques et de télécommunications.

Page | 164

Les nombreuses défaillances bancaires ont souvent été mises sur le compte de prises de risques excessives par les banques. Non sans raison ! Pourtant le paradoxe est que les banques avaient considérablement amélioré la gestion de leurs risques depuis deux décennies⁶¹. Il y a eu en effet durant les années passées deux améliorations majeures : la gestion des risques et le contrôle interne.

Alors que la gestion traditionnelle des risques est fondée sur un suivi des risques individuels, les banques pratiquent maintenant une gestion globale de leurs risques⁶² qui leur permet de répondre aux exigences de fonds propres des réglementations internationales et d'optimiser l'utilisation de ces fonds propres. Et tout cela passe aussi par un contrôle des canaux de distribution des produits financiers. Ce contrôle se fait traditionnellement selon deux modalités. L'on note à côté d'un contrôle interne (A), un contrôle externe (B).

A- L'exercice d'un contrôle interne, gage de l'efficacité et de l'efficience des opérations bancaires

Un système de contrôle interne efficace est une composante essentielle de la gestion d'un établissement et constitue le fondement d'un fonctionnement sûr et prudent d'une organisation bancaire⁶³. Il ne s'agit pas simplement d'une procédure ou d'une politique appliquée à un moment donné, mais plutôt d'un système qui doit fonctionner en continu à tous les niveaux de la banque sous la responsabilité du conseil d'administration et de la direction générale.

⁶⁰ <https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/marches-financiers/acteurs-de-la-finance/banque/un-secteur-tres-contrôle-pourquoi-et-comment/le-contrôle-interne/>, 25 mai 2023.

⁶¹ Constate l'économiste Dominique PLIHON.

⁶² Par exemple selon la méthode dite gestion actif/passif.

⁶³ <https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/marches-financiers/acteurs-de-la-finance/banque/un-secteur-tres-contrôle-pourquoi-et-comment/le-contrôle-interne/>, ibid.

S'agissant du contrôle interne, le nouveau règlement CEMAC dispose que tout établissement est tenu de se doter d'un système de contrôle interne⁶⁴. Les règles relatives au contrôle interne des EMF s'appliquent principalement aux EMF du 2^{ème} et 3^{ème} catégories et, aux organes faîtières des réseaux d'EMF. Pour le cas des établissements en réseau, l'organe faîtier a l'obligation d'effectuer régulièrement le contrôle des établissements affiliés et plus spécifiquement, de veiller au respect des normes prudentielles par ces derniers.

Les objectifs sont notamment d'établir une culture de contrôle des risques dans toutes les activités, de se doter des instruments appropriés de reconnaissance et d'évaluation des risques⁶⁵ et d'établir une organisation interne garantissant une séparation entre activités de contrôle et tâches opérationnelles.

La responsabilité du contrôle interne est d'autant plus importante que dans le cadre de la réglementation mise en place à l'échelle internationale, les autorités de supervision et de contrôle des banques supervisent désormais essentiellement les instruments et les procédures de gestion des risques mises en place par chaque banque. Les banques ont donc progressé dans le contrôle interne des risques notamment avec la mise en place de modèles de quantification et d'évaluation des risques fondés en règle générale sur le concept de « Valeur en Risque »⁶⁶.

L'autre problème le souvent évoqué est l'externalisation des risques pratiquée à plus ou moins grande échelle par les banques et qui a entraîné des dérives importantes. Cette politique consiste à transférer des risques initialement pris par les banques⁶⁷ à des investisseurs⁶⁸ ou à d'autres banques. Deux méthodes ont été principalement utilisées. Il s'agit de la titrisation et des dérivés. En principe, ces méthodes constituent des facteurs d'amélioration de la gestion des risques notamment par leur dispersion parmi un nombre accru d'acteurs. Mais des dérives importantes les ont transformés en facteurs majeurs de la crise des *subprimes*.

Le contrôle interne est une clé de la performance d'un établissement bancaire. La Direction Générale a la responsabilité finale de la qualité du service et de l'image de marque de

⁶⁴ NDZIE Félix, KENKOUO Guy Albert, BOMBA MBIDA Frédéric, ONOMO BETSAMA Julie, *Microfinance et surliquidité bancaire dans la CEMAC. Etat des lieux du paysage de la microfinance dans la CEMAC*, Etude thématique 2019, p. 12.

⁶⁵ Mise en place de modèles appropriés.

⁶⁶ *Value at Risk* ou *VaR* selon la terminologie anglaise.

⁶⁷ Crédit, changes, taux d'intérêt...

⁶⁸ Sociétés d'assurances, *hedge funds*, fonds de pension.

l'établissement. Elle a besoin d'un bon fonctionnement du contrôle interne pour atteindre ses objectifs⁶⁹.

Il n'est pas simple de devenir contrôleur interne d'une banque : Il faut des compétences humaines, être autonome, avoir un sens de l'écoute, savoir poser les bonnes questions – avec tact, mais aussi disposer de compétences techniques : avoir de la curiosité intellectuelle, bien comprendre ce qui se passe, connaître les risques liés aux opérations, être capable de rédiger un rapport documenté dans le respect des principes d'éthique et de confidentialité⁷⁰. Il sera question de présenter les organes de contrôle (1), ainsi que les objectifs dudit contrôle (2).

Page | 166

1- Les organes de contrôle

Le premier contrôle est l'autocontrôle du titulaire du poste : le salarié vérifie qu'il a bien fait son travail. Le hiérarchique est responsable du travail de ses subordonnés⁷¹. Cela fait partie intégrante de la responsabilité du hiérarchique de s'assurer de la qualité du travail de son subordonné. Le premier échelon du contrôle interne est assuré par le personnel opérationnel, par l'encadrement des équipes et par les responsables hiérarchiques.

Le contrôle de second niveau est un dispositif de la banque, défini et mis en œuvre sous la responsabilité de la direction générale, qui contribue à la prévention des risques. Il est effectué par un contrôleur interne indépendant du hiérarchique. Le contrôle périodique ou Audit interne est effectué, sous la responsabilité de l'organe délibérant et du comité d'Audit, par un personnel indépendant intervenant sur pièces ou sur place dans le cadre d'audits ponctuels. Le service d'audit interne a la responsabilité d'évaluer le fonctionnement du dispositif de contrôle interne et de faire toutes préconisations pour l'améliorer, dans le champ couvert par ses missions. Il sensibilise et forme habituellement l'encadrement au contrôle interne mais n'est pas directement impliqué dans la mise en place et la mise en œuvre quotidienne du dispositif. Le responsable de l'audit interne rend compte à la Direction Générale et, selon des modalités déterminées par chaque société, aux organes sociaux, des principaux résultats de la surveillance exercée.

Les banques et les établissements de microfinance doivent instituer une fonction audit interne chargée de la supervision des dispositifs de prévention et de contrôle des risques, de vérifier

⁶⁹ Ce contrôle est exigé par règlement n° 01/17/CEMAC/UMAC/COBAC du 27 septembre 2017 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC.

⁷⁰ <https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/marches-financiers/acteurs-de-la-finance/banque/un-secteur-tres-controle-pourquoi-et-comment/le-controle-interne/>, 24 Mai 2023.

⁷¹ Exemple le chef de caisse.

l'efficacité et la cohérence du contrôle interne, d'en détecter les faiblesses afin de proposer les mesures de redressement. Cette fonction doit être indépendante, avoir une compétence exhaustive, être dotée des moyens nécessaires, avoir des objectifs clairs et être permanente.

L'efficacité du contrôle des secteurs financiers est fonction du degré de fiabilité des organes, qui en soi est un gage de l'impartialité du contrôle, et passe par la définition préalable des critères de contrôle, gage de la sécurité juridique. La fiabilité se traduit en réalité par la nécessité de l'indépendance des organes de contrôle, ainsi que leur compétence technique. Ces conditions permettent d'atteindre les objectifs d'un contrôle efficient qu'il faut rappeler.

2- Les objectifs de contrôle

Les contrôles sont d'abord orientés vers la prévention. Ils visent dans ce cas, la conformité des ouvertures de comptes, la limitation des accès, l'organisation du suivi des mouvements⁷², la séparation des fonctions et l'établissement périodique de fiches de justification de compte.

Les contrôles sont ensuite orientés vers la détection. Ils concernent les blanchiments d'argent, les contrôles contradictoires des espèces en caisses, les interrogations et recoupements d'informations. Au niveau des métiers du contrôle interne on distingue 3 grandes catégories : Les métiers liés à la conformité, les métiers liés au contrôle des risques, les métiers d'auditeur ou d'inspecteur.

Les procédures de contrôle interne impliquent le respect des politiques de gestion, la sauvegarde des actifs, la prévention et la détection des fraudes, l'exactitude et l'exhaustivité des enregistrements comptables ainsi que l'établissement en temps voulu d'informations comptables et financières fiables⁷³. Le contrôle interne est mis en œuvre par le conseil d'administration, les dirigeants et le personnel d'une organisation destiné à fournir une assurance raisonnable quant à la réalisation des objectifs suivants: la réalisation et l'optimisation des opérations, la fiabilité des informations financières, la conformité aux lois et aux réglementations en vigueur.

L'efficacité opérationnelle ne concerne pas seulement l'optimisation de la gestion interne mais également la maîtrise des différents risques attachés à l'activité bancaire. La première référence à l'obligation de mettre en place un contrôle interne au sein des banques apparaît avec

⁷² exemple : la mise en place d'un crédit

⁷³ Dove OGIEN, Le contrôle interne dans les banques, *Dans Comptabilité et audit bancaires* (2016), pages 371 à 389. <https://www.cairn.info/comptabilite-et-audit-bancaires--9782100754267-page-371.htm>, 25 Mai 2023.

les mesures de surveillance et de contrôle des risques encourus sur les marchés financiers à terme par les banques en distinguant: la mesure des positions et des résultats et la surveillance ainsi que la gestion des risques⁷⁴.

Grâce à leur pluralité, les produits financiers permettent différents avantages en fonction de leur type. Il est fortement recommandé avant de se lancer dans l'achat de produits financiers d'analyser les points positifs et négatifs en fonction des objectifs à atteindre. Par exemple, il est nécessaire avant de faire l'acquisition d'actions en bourse d'une société d'étudier et d'analyser le potentiel de croissance et de rendement de ladite société afin de déterminer les risques ou les bénéfices d'un tel investissement⁷⁵.

Les produits financiers correspondent d'une manière générale aux intérêts générés par différents placements, ou investissements, effectués avec les excédents de trésorerie d'une entreprise à l'occasion de son exercice comptable. Les investisseurs sont en charge des placements qui se présentent alors sous la forme de différents produits financiers à l'instar d'actions, d'obligations, de titres de créances, d'achats immobiliers, etc⁷⁶.

Les taux d'intérêt, les risques et la rentabilité fiscale des produits financiers sont soumis à différentes variations en fonction de leur type. Les actions qui sont des titres de propriété délivrés par une société de capitaux par lesquelles les acheteurs deviennent propriétaires d'une partie du capital avec les droits qui lui sont associés. En tant qu'actionnaires, ils possèdent un droit décisionnel et peuvent s'exprimer lors des différentes assemblées⁷⁷.

Les obligations qui sont considérées comme une part d'emprunt réalisée par une entreprise. Estimées comme moins risquées que les actions, les obligations sont parfois jugées moins rentables. Elles s'apparentent en cela à un titre de créance. Il en existe plusieurs types qui se distinguent par leur émetteur : les obligations d'État ou les obligations d'entreprises. Enfin, elles se composent généralement d'une valeur nominale⁷⁸, d'un coupon⁷⁹ et d'une date d'échéance ou maturité⁸⁰.

⁷⁴ Dove OGIEN, Le contrôle interne dans les banques, Dans Comptabilité et audit bancaires, op.cit., pages 371 à 389.

⁷⁵ <https://www.sage.com/fr-fr/blog/glossaire/produits-financiers-definition-du-produit-financier/>, 25 mai 2023.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Op.cit.

⁷⁸ Valeur comptable prêtée qui sert de base à différents calculs de remboursement ou d'intérêts

⁷⁹ Soit l'intérêt que verse à son détenteur l'obligation.

⁸⁰ <https://www.sage.com/fr-fr/blog/glossaire/produits-financiers-definition-du-produit-financier/>

B- L'exercice d'un contrôle externe pour un respect scrupuleux du cadre législatif et réglementaire

Le contrôle externe des canaux de distribution des produits financiers est mis en œuvre tant par le commissaire aux comptes (1) que par certaines institutions (2).

Page | 169

1- Le contrôle par le commissaire aux comptes

En matière de contrôle des EMF par les commissaires aux comptes, le corpus réglementaire y relatif consacre l'obligation de contrôle des établissements de microfinance par au moins un commissaire aux comptes titulaire agréé (personne physique ou personne morale), précise le cadre légal d'exercice du contrôle réalisé par les commissaires aux comptes, et organise un régime de responsabilité des commissaires aux comptes dans le cadre de leur activité de contrôleur externe⁸¹.

Dans les établissements du secteur bancaire et financier⁸², la mise en œuvre de la mission des commissaires aux comptes est un principe. Le Code monétaire et financier prévoit ainsi explicitement l'application de règles uniformes pour tous les établissements de crédit, pour l'établissement et la publication des comptes sociaux et des comptes consolidés des établissements de crédit⁸³. Parallèlement, le législateur a souhaité que le statut des commissaires aux comptes désignés dans les établissements du secteur bancaire et financier soit renforcé et adapté aux particularités de ce secteur, en particulier afin de garantir un degré de protection des déposants encore plus élevé que le niveau de protection assuré sous le régime général du contrôle légal des comptes des sociétés⁸⁴.

À la différence des pays où l'autorité de contrôle ne dispose pas d'un corps propre d'inspection, les commissaires aux comptes ne sont pas en France chargés d'une mission de contrôle de la réglementation bancaire et prudentielle, leur rôle concernant exclusivement la certification des comptes et autres missions accessoires prévues par le Code de commerce. Néanmoins, le contrôle des comptes est bien entendu, par de nombreux aspects, complémentaire

⁸¹ NDZIE Félix, KENKOUO Guy Albert, BOMBA MBIDA Frédéric, ONOMO BETSAMA Julie, *Microfinance et surliquidité bancaire dans la CEMAC. Etat des lieux du paysage de la microfinance dans la CEMAC*, Etude thématique 2019, p. 12.

⁸² On désignera ainsi les établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire en application des articles L 613-1 et L 613-2 du Code monétaire et financier, les principaux étant les établissements de crédit et les entreprises d'investissement.

⁸³ Dans tous les pays disposant d'un contrôle prudentiel développé, l'autorité qui en a la charge attache donc un souci particulier à ce que les « auditeurs externes », « commissaires-réviseurs » __F « réviseurs » « vérificateurs » __F.

⁸⁴ É. FERNANDEZ-BOLLO, « Structure, réglementation et contrôle public des professions bancaires », *Jurisclasseur Banque et crédit*, fasc. 60, n°28.

du contrôle prudentiel, puisque l'appréciation de la situation financière d'un établissement doit de toute évidence s'appuyer sur des données comptables fiables. Les commissaires aux comptes exercent leurs missions avec des compétences étendues et clairement définies et en toute indépendance⁸⁵. Le contrôle par le commissaire aux comptes est complété pour plus d'efficacité est complété par la COBAC.

2- Autres contrôles externes de l'activité bancaire

Le contrôle de l'activité bancaire est assuré par plusieurs organes nationaux ou sous régionaux. En ce qui concerne les organes nationaux, il s'agit de l'autorité monétaire c'est-à-dire le Ministre des Finances (MINFI). Il est notamment habilité à se prononcer sur l'agrément des établissements de crédit et de leurs dirigeants. Il s'agit aussi du Conseil National du Crédit (CNC) qui est un organisme consultatif chargé de donner des avis sur l'orientation de la politique d'épargne et de crédit et sur la réglementation bancaire. Il en est de même de l'association professionnelle des établissements de crédit (APEC) et de l'association professionnelle des établissements de microfinance. Chaque établissement de crédit ou EMF est tenu dans son pays d'adhérer à l'association professionnelle qui a pour objet entre autres la représentation des intérêts collectifs des établissements de crédit ou des EMF auprès des pouvoirs publics, l'information de ses adhérents et du public⁸⁶.

Quant aux organes sous régionaux, il s'agit de la Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC) qui prête son concours à la mise en œuvre du contrôle des établissements de crédit et surtout de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC) qui dispose du pouvoir réglementaire, du pouvoir d'autorisation préalable et surtout du pouvoir de sanction⁸⁷. Pour ce qui est de la supervision exercée par la COBAC, elle s'applique à tous les établissements de microfinance agréés et en activité⁸⁸. Cependant, pour les établissements de microfinance organisés en réseau, la Commission Bancaire assure principalement le contrôle de l'organe faîtière, à qui revient la charge de contrôler les établissements affiliés. La COBAC peut néanmoins, lorsqu'elle

⁸⁵ À titre d'exemple récent, le Comité de Bâle a publié en janvier 2002, en association avec l'*International Auditing Practice Committee*, un document d'information, destiné à inspirer les praticiens dans leur travail, sur la relation entre les superviseurs bancaires et les auditeurs externes des banques (« *The relationship between banking supervisors and banks' external auditors* »).

⁸⁶ Yvette KALIEU, *Cours de droit bancaire*, polycopié, Master 1 2015-2016.

⁸⁷ Yvette KALIEU, *Ibid.*

⁸⁸ Consacré à l'article 9 du règlement n° 01/17/CEMAC/UMAC/COBAC du 27 septembre 2017 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC

le juge utile, réaliser des contrôles sur place dans les établissements affiliés afin de s'assurer de la qualité des diligences accomplies par l'organe faîtière⁸⁹.

Par ailleurs, le non-respect de la réglementation peut entraîner la mise en œuvre des sanctions par les autorités nationales ou surtout par la COBAC. Ces sanctions sont essentiellement et par ordre de gravité l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations, la révocation des commissaires aux comptes, la suspension des dirigeants, la désignation d'une administration provisoire ou le retrait d'agrément. Le prononcé de ces sanctions intervient après une procédure disciplinaire⁹⁰ et il y a une possibilité de recours contre ces sanctions devant la cour de justice de la CEMAC.

Pour tout dire, les outils et les organes de supervision dont il vient d'être question sont des éléments essentiels. Leur inefficacité dans la pérennisation des secteurs financiers pourrait induire que la réglementation de ce secteur ne peut pas faire l'objet d'une supervision prudentielle ou non prudentielle. Les autorités en charge de la réglementation devraient intégrer dans leur décision d'octroi d'agrément et de fixation du niveau de prudence à adopter les limites ainsi exposées pour une meilleure organisation. L'encadrement juridique des vecteurs fondamentaux de la promotion de l'inclusion financière passe également par l'encadrement juridique des produits et services ayant une incidence sur cet objectif.

⁸⁹ NDZIE Félix, KENKOUO Guy Albert, BOMBA MBIDA Frédéric, ONOMO BETSAMA Julie, *Microfinance et surliquidité bancaire dans la CEMAC. Etat des lieux du paysage de la microfinance dans la CEMAC*, Etude thématique 2019, p. 12.

⁹⁰ Voir règlement du 25 avril 2014.



Trigger Mechanisms and Effective Prosecution of International Crimes by the International Criminal Court

Mécanismes de déclenchement et poursuites efficaces des crimes internationaux par la Cour pénale internationale

Page | 172

By:

Fon Fielding Forsuh (Ph.D)

Lecturer, Department of English Law of the Faculty of Law and Political Science of The University of Dschang

Abstract:

The trigger mechanisms used to commence proceedings at the ICC can be a serious determinant to a successful prosecution of international crimes by the Court. According to article 13 of the Rome Statute, proceedings at the ICC can be commenced in three ways to wit- State referrals, United Nations Security Council (UNSC) referrals and by the prosecutor using his/her pro prio motu powers. Since the ICC depends on full cooperation from states to effectively prosecute, proceedings commenced by state referrals will most likely receive a high degree of cooperation from states, but marred by selective justice. Actions commenced by UNCS referrals unlike state referrals in which full cooperation is expected is characterized by lots of controversies leading to lack of state cooperation and consequently ineffective prosecution. Proceedings commenced by the prosecutor pro prio motu is perceived as challenge to state sovereignty culminating to lack of state cooperation, which will lead to ineffective prosecution. It is proposed inter alia that trigger options adopted should be tailored in a manner that would ensure an effective co-existence between the ICC and states on the one hand and the ICC and the United Nations Security Council on the other for it to achieve its mandate in the fight against impunity for international crimes through effective prosecutorial mechanisms.

Key Words: Trigger Mechanisms, Effective Prosecution, International Crimes, International Criminal Court.

Résumé

Les mécanismes déclencheurs utilisés pour engager une procédure devant la CPI peuvent être un facteur déterminant pour le succès des poursuites contre les crimes internationaux par la Cour. Selon l'article 13 du Statut de Rome, les procédures devant la CPI peuvent être engagées de trois manières : par les renvois de l'État, par les renvois du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) et par le procureur en utilisant ses pouvoirs pro prio motu. Étant donné que la CPI dépend de la pleine coopération des États pour mener des poursuites efficaces, les procédures engagées par les États recevront très probablement un degré élevé de coopération de la part des États, mais entachées par une justice sélective. Les actions initiées par les renvois de CSNU, contrairement aux renvois de l'État dans lesquels une pleine coopération est attendue, se caractérisent par de nombreuses controverses conduisant à un manque de coopération de l'État et, par conséquent, à des poursuites inefficaces. Les procédures engagées par le procureur pro prio motu sont perçues comme une atteinte à la souveraineté de l'État aboutissant à un manque de coopération de l'État, ce qui conduira à des poursuites inefficaces. Il est proposé entre autres que les options de déclenchement adoptées soient adaptées de manière à garantir une coexistence efficace entre la CPI et les États, d'une part, et la CPI et le Conseil de Sécurité des Nations Unies, d'autre part, afin qu'elle puisse remplir son mandat dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux grâce à des mécanismes de poursuites efficaces.

Mots clés : mécanismes de déclenchement, poursuites efficaces, crimes internationaux, Cour pénale internationale.

Introduction

The fight against impunity for international crimes was characterized by the creation of judicial bodies ranging from ad-hoc International Criminal tribunals¹ to a permanent International Criminal Court (ICC)². Unlike the ad-hoc international Criminal Tribunals that were created by United Nations Security Council (UNSC) Resolutions with limited jurisdictional mandates, the ICC is a treaty based judicial body with a wider jurisdictional base. This is because the jurisdictions of ad-hoc tribunals are limited to certain crimes committed at a particular period in the concerned countries while that of the ICC is permanent and far more extensive. Article 5 of the Rome Statute Creating the ICC makes it competent to investigate and prosecute genocide, crimes against humanity, war crimes and crime of aggression which may be committed in state parties, by nationals of state parties anywhere, in states that have been referred to the Court by the UNSC and states that have submitted themselves to the jurisdiction of the Court³.

Page | 174

For the ICC to prosecute the above mentioned crimes, its jurisdiction needs to be triggered or set in motion. Trigger mechanisms can simply be referred to as distinct factors or events that initiate a specific process or mechanisms that initiate an action when an event occurs. Trigger mechanisms helps to kick-start or commence proceedings or actions at the ICC. They are simply methods used to commence actions at the ICC. According to article 13 of the Rome Statute, proceedings at the ICC can be commence in three ways to wit- state referrals⁴, United Nations Security Council referrals⁵ and by the prosecutor using his/her *pro prio motu* powers⁶. Worthy of note is the fact that the ICC is an institution which is one hundred percent dependent on effective criminal cooperation from states and international organisations to effectively prosecute international crimes. Therefore cooperation from these entities is a backbone to its success since it has no police force or a standing army of its own and cannot take judicial actions such as

¹ Examples include the Nuremberg and Tokyo Tribunals which were instituted by the London Accord of 1956, the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia set up by United Nations Security Council Resolution 827 of 25th May 1993 and the International Criminal Tribunal for Rwanda which set up by United Nations Security Council Resolution 955 of 8th November 1994.

² Created with the Adoption of the Rome Statute on the 17th of July 1998.

³ This follows the traditional grounds for jurisdiction relating to the principles of territoriality (*Ratione Loci*), Nationality (both active and passive), and Protective. See to this effect Forsuh, F. F. "The International Criminal Court and War Crimes: A Critical Appraisal", Ph.D. Thesis, Department of English Law, Faculty of Law and Political Science of The University of Yaoundé II, Soa- Cameroon, 2016, pp. 205-211.

⁴ Article 13(a) read alongside Article 14 of the 1998 Rome Statute of the ICC.

⁵ Article 13(b) *ibid*.

⁶ Article 13(c) read alongside Article 15 *ibid*.

executing arrest warrants⁷. It relies on full cooperation from states and international organisations in areas such as in investigation and evidence gathering, arrests, transferring accused, and executing judgments. The degree/level of cooperation with the ICC can be determined by the trigger mechanism used to commence actions. State referrals which are voluntary will in most cases be followed by high degree/level of cooperation from the referring states and government but is mostly marred by selective justice encouraging selective impunity which puts to question the said cooperation. This is because not all parties that are involved in the commission of crimes are investigated and prosecuted. The tendency as examined in this article is for the Court to focus on parties referred by the state governments leaving out state agents who might have been involved in crime perpetration. In the referrals made by the Democratic Republic of Congo for example, only rebel leaders of the various armed groups who were responsible for committing war crimes and other international crimes in the District of Ituri and in the Kivu province between 2002 and 2009 were indicted⁸. The responsibilities of government officials and pro-government forces for the same crimes were not addressed while they have also been alleged to be involved in the commission of the same crimes⁹. This was also the situation with the cases referred by Uganda and Ivory Coast to the ICC (all these examples are addressed in this article).

United Nations Security Council referral unlike State referrals is a trigger mechanism which enables the ICC to exercise wider jurisdiction over non-state parties¹⁰. The level of cooperation expected from such a referral is supposed to be higher than state referrals because of the UNSC's mandate and primary responsibility of maintaining international peace and security which includes the fight against impunity requiring all members of the United Nations to agree and carry out its decisions¹¹. But as examined in this article, the level of cooperation accorded by the UNSC in the two cases¹² referred to the ICC has not been effective thereby limiting its prosecutorial mandate. This has been exacerbated by the Council's selective approach in referring situations concerning the commission of international crimes to the ICC. Moreover, the cooperation accorded the ICC has also been made difficult by the availability and use of power of deferral accorded to the Council by article 16 of the Rome Statute.

⁷ Cogan, J. K. "The International Criminal Court and Fair Trials-Difficulties and Prospects", *Yale Journal of International Law*, 2002, pp. 111-119.

⁸ Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntangda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo and Callixte Mbarushimana.

⁹ Human Rights Watch, "Unfinished Business, Closing the Gap in the Selection of ICC Cases", 2011, pp. 12-15.

¹⁰ This trigger mechanism is provided for in article 13(b) of The Rome Statute.

¹¹ Article 25 of the United Nations Charter, 1945.

¹² The Sudan and Libya.

Unlike the trigger mechanism requiring referrals by states and the UNSC, the prosecutor of the ICC is empowered by article 15 of the Rome Statute to exercise his/her *pro prio motu* powers to independently trigger the jurisdiction of the Court and start up an investigation without any state or security council referrals. This trigger mechanism as examined in this article stands to face a problem of full cooperation especially in situations where accused targeted by the ICC are top ranking officials like Heads of States and other dignitaries. It can therefore be perceived as going against state sovereignty, and would have a negative bearing on the prosecution of international crimes. Unlike the trigger options by the prosecutor, Cassese affirms that the triggering options of a state referral or a referral by the UNSC guarantees political control and ensures respect for state sovereignty.¹³ It is therefore imperative to examine the three trigger options, bringing out the dynamics surrounding their determinants to successful prosecution of international crimes by the ICC.

2. Various Trigger Mechanisms and Prosecutorial Success

The Rome Statute in its article 13 makes provision for three trigger mechanisms that can be adopted to initiate proceedings at the ICC including state referrals, UNSC referrals and the initiation of proceedings by the prosecutor *pro prio motu*. The successful prosecution of international crimes is determined by the level of cooperation the ICC will receive in proceedings commenced by either of the trigger mechanisms. The foregoing examines the aforementioned trigger options, bringing out the controversies surrounding them and their effects on the successful prosecution of international crimes.

2.1. State Referrals and the presumption of effective prosecution

By the provision of article 13(a) of the Rome Statute, the jurisdiction of the ICC can be triggered in a situation in which, an international crime appears to have been committed is referred to the prosecutor by a state in accordance with article 14 of the same Statute. According to article 14(1) of the Rome Statute, a state party may refer to the prosecutor a situation of crimes and the referral shall specify the relevant circumstances and be accompanied by documents to establish the complaints¹⁴. A state party to the Rome Statute refers a specific situation to the Court requesting the ICC Prosecutor to look at the referral documents and thereby “triggers” the Court’s

¹³ Cassese, A. *International Criminal Law*, 2nd Ed, Oxford University Press, 2008, p. 388.

¹⁴ Article 14(2) of the Rome Statute.

jurisdiction¹⁵. Relevant to note is the fact that State referral of a situation to the ICC is voluntary and can be done by both state parties and non-state parties to the Court. This can happen in a situation where a non-state party accepts the jurisdiction of the ICC on an ad-hoc basis, declaring that it has accepted the jurisdiction of the Court¹⁶. The problem with such referral is that the procedural framework of article 12(3) of the Rome Statute gives non-state parties the discretion to refer only when such an act will be in their favour. This is evident from the use of the discretionary “.....state may, by declaration lodged with the registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question.....” meaning that the government in place might deem it necessary to do so not only in the interest of effective fight against impunity, an implication that state interest might prime the principal purpose of the ICC with respect to the prosecution of international crimes. The defect here warranting a mandatory action can only be cured by a UNSC referral which enables non-state parties to be subjected to the jurisdiction of the Court.

ICC proceedings which are triggered by State referrals which of course are voluntary are supposed to lead to effective prosecution of international crimes by the Court. This is because such scenarios are supposed to be followed by effective cooperation from the self-referring states and in the light of impartiality in seeing that justice for victims is achieved through an impartial prosecution of all perpetrators. P. Gaeta suggests that self-referrals was motivated by the fact that the Court can work effectively only if its intervention is triggered, or at least strongly supported, by the state on whose territory the crimes were perpetrated¹⁷. She argues that the same may not necessarily be true when the Prosecutor decides to start an investigation by using his *pro prio motu* powers as examined below. Contrary to the aforementioned, the level of cooperation the ICC has received in self-referred cases has not had a positive effect on its prosecutions and has also been marred by selective justice.

2.1.1. Expected but Limited Cooperation from State referrals

When a state willfully or voluntarily refers a situation to the ICC, it implies that the said state has accepted the jurisdiction of the Court and as per article 86 of the Rome Statute it is under an obligation to cooperate in good faith as provided for by article 26 of the 1969 Vienna

¹⁵ Olásolo, H. “The Triggering Procedure of the International Criminal Court”, 5 *International Criminal Law Review*, 2005, 121.

¹⁶ Article 12(3) of the Rome Statute. See also Rule 44 of the ICC Rules of Evidence and Procedure.

¹⁷ Gaeta, P. “Is the Practice of ‘Self-Referrals’ A Sound Start for the ICC?”, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 949 at 950.

Convention on the Law of Treaties. The success of the ICC in prosecution is highly dependent on full cooperation and in the face of self-referrals, there is a high probability of success since there is an exhibition of political will from the referral state to fight against impunity through the instrumentality of the court. The Office of The Prosecutor (OTP) has made it clear in its policy document by stating that “where the Prosecutor receives a referral from the State in which a crime has been committed, the Prosecutor has the advantage of knowing that the State has the political will to provide his Office with all the cooperation within the country that it is required to give under the Statute”.¹⁸ But states which have referred situations to the ICC have not accorded the required degree of cooperation to enable the Court effectively prosecute crimes. In the situation referred to the ICC by the Democratic Republic of Congo (DRC), the Congolese authorities did not fully cooperate with the Court because not all persons against whom arrest warrant were issued were transferred to The Hague. This is because Bosco Ntanganda¹⁹ against whom an arrest warrant was issued by the ICC in 2008 for war crimes was not arrested and transferred. He was instead integrated into the Congolese armed forces as part of a January 2009 peace deal and was reportedly promoted to the rank of military general²⁰. The Congolese authorities further refused to pursue Ntaganda on behalf of the ICC arguing that to do so would jeopardize peace efforts in the Kivu region²¹. Like the case with the DRC, the ICC did not also receive effective cooperation from the situation concerning the Lord Resistance Army’s (LRA) wherein various acts of atrocities against civilians were referred to it by President Yoweri Museveni of Uganda. The government of Uganda has not cooperated to ensure the arrest and transfer to The Hague both rebel leaders and pro-government officials involved in committing international crimes. The government used the Uganda Peoples’ Defence Forces (UPDF) to forcefully displace civilian population between 1996-2008 so as to cut the link between them and the LRA. These caused displaced people to be forced into insure and squalid camps, where they were exposed to the LRA attacks and routine abuses by government forces²².

¹⁸ ICC-OTP, *Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”*: Referrals and Communications, (Policy Paper, September 2003).

¹⁹ *Prosecutor v. Bosco Ntanganda*, Case No. ICC-01/04-02/06.

²⁰ Congressional Research Service (CRS) Report, “International Criminal Court Cases in Africa: Status and Policy Issues”, July 2011, p. 23.

²¹ Ibid.

²² Human Rights Watch, *Uprooted and Forgotten: Impunity and Human Rights Abuses in Northern Uganda*, September 2005.

2.1.2. Selective Justice in State referrals

State referral is supposed to be an acceptance of the initiation of investigations and prosecutions against all parties involved in committing international crimes including the referring government. When a referral is from a state which is torn apart by serious internal conflict, it is likely difficult for such a state to fully cooperate with the Court and in such circumstances, the government authorities may well be involved in selective justice or impunity. They would be prepared to refer and cooperate when the crimes investigated have been allegedly committed by opposing side unlike when it has to do with crimes perpetrated by state agents²³.

Page | 179

Self-referred cases have been marred by selective justice and an encouragement of selective impunity because not all parties involved in the commission of international crimes are investigated and prosecuted. Since the prosecutor of the ICC adopted the policy of inviting and welcoming voluntary referrals by territorial states as a first step in triggering the jurisdiction of the Court, it tends to favour those who refer situations²⁴ thereby leaving them out of investigation and prosecution no matter whether they were involved in committing international crimes. The referral made by President Yoweri Museveni on the situation of Northern Uganda concerned only opposing parties (LRA) and the ICC concentrated its investigation and the issuance of arrest warrants only against rebel leaders of the LRA²⁵ leaving out government officials and pro-government forces who were involved in mass violations as well. Like the LRA, the government used the UPDF to forcefully displace civilian population as indicated above. A study conducted by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (UNOHCHR) showed that a majority of 1,725 victims interviewed considered both the LRA and the government responsible for the immense harm they have suffered during the conflict²⁶. W. Schabas contends that the self-referral "...put Uganda at the top of the Prosecutorial agenda"²⁷, and as such, there was no way Ugandan state actors could have been selected for prosecution. The non-prosecution of state actors

²³ Claus, k. "Self-Referrals and Waivers of Complementarity Some Considerations in Law and Policy", *2 Journal of International Criminal Justice*, 2004, 946.

²⁴ Office of the Prosecutor (OTP), 'Report on the Activities Performed During the First Three Years', (June 2003-June 2006)', 12 September 2006, p. 7.

²⁵ Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo and Dominic Ogwen.

²⁶ United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, "Making Peace Our Own: Victims' Perception of Accountability, Transitional Justice and Reconciliation in Northern Uganda", Geneva: UNOHCHR, August 2007, p. 3.

²⁷ Schabas, W. "First Prosecutions at the International Criminal Court", *25 Human Rights Law Journal*, 2006, 25 at 32.

in this conflict may therefore exacerbate impunity, which the ICC was established to end.²⁸ In the situation concerning the DRC for example, only rebel leaders of the various armed groups who were responsible for committing war crimes and other international crimes in the District of Ituri were indicted²⁹. The responsibilities of government officials and pro-government forces for the same crimes were not addressed while they have also been alleged to be involved in the commission of international crimes³⁰. Selective justice was also exhibited in case concerning the former president of Ivory Coast, Laurent Gbagbo, who was charged alongside his wife Simone Gbagbo and close collaborator Charles Blé Goudé for crimes committed in the context of post-electoral violence in Côte d'Ivoire between 16th December 2010 and 12th April 2011. These crimes were allegedly committed between the 16th and 19th December 2010 during and after a pro-Ouattara march on the RTI headquarters, on 3rd of March 2011 at a women's demonstration in Abobo, on 17th of March 2011 by shelling a densely populated area in Abobo, and on or around the 12th of April 2011 in Yopougon³¹. Gbagbo and Blé Goudé were arrested and transferred to Hague by the Ivorian authorities leaving behind pro-Ouattara crime perpetrators. ICC indictment targeted only the referred parties and pro-Ouattara forces and government personalities were not charged for any crimes whereas it is alleged that they also committed international crimes during that period³². The selective nature of investigation and indictment questions the impartiality of ICC proceedings thereby having a negative bearing on its prosecutions. It is therefore proposed that the Court's action after referral should be impartial and targets both the members of the referring states or government as the case may be and those accused of committing acts amounting to international crimes by the act of referral. A good example worth mentioning is the recent issuance of ICC arrest warrants against both accused and perpetrators of international crimes in the territory of Palestine and Israel. On 21 November 2024, Pre-Trial Chamber I (PTC I) of the International Criminal Court in its composition for the Situation in the State of Palestine, unanimously issued two decisions

²⁸ For a discussion on selective prosecutions see Schabas, W. "Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court", 43 *John Marshall Law Review*, 2009-10, 535 and Rastan, R. "Comment on Victor's Justice and the Viability of *ex-ante* Standards", 43 *John Marshall Law Review*, 2009-10 at 569.

²⁹ Thomsa Lubanga Dyilo, Bosco Ntanganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo, and Callixte Mbarushimana.

³⁰ Human Rights Watch (HRW), "Unfinished Business, Closing the Gap in the Selection of ICC Cases", 2011, pp. 12-15.

³¹ Case Information Sheet, Situation in Côte d'Ivoire, ICC-PIDS-CIS-CIV-04-05/20_Eng Updated: July 2021. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* ICC-02/11-01/15.

³² Ouattara's Justice Minister at the time Jeannot Ahoussou, admitted that pro-Ouattara forces were responsible for a limited share of 536 or more of the killings documented in the western Côte d'Ivoire in March and April 2011. Dean Nelson, "Ivory Coast Minister Admits Killings by Forces", Daily Telegraph, April 16, 2011. Cited from Congressional Research Service (CRS), "Côte d'Ivoire Post-Gbagbo: Crises Recovery", April 20, 2011. See also Human Rights Watch, "Turning Rhetoric into Reality: Accountability for International Crimes in Côte d'Ivoire", 2013, pp. 21-24.

rejecting challenges by the State of Israel brought under articles 18 and 19 of the Rome Statute. It also issued warrants of arrest for Mr Benjamin Netanyahu and Mr Yoav Gallant who are the Israeli Prime Minister and Minister of Defence respectively for crimes against humanity and war crimes committed on the territory of Palestine (in the Gaza strip) from at least 8 October 2023 until at least 20 May 2024.³³ The PTC I of the ICC also on the aforementioned situation of Palestine issued an arrest warrant for Mr Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri, commonly known as 'Deif', highest commander of the military wing of Hamas (known as the *al-Qassam Brigades*) for alleged crimes against humanity and war crimes committed on the territory of the State of Israel and the State of Palestine from at least 7 October 2023.³⁴

The jurisdictional basis of the ICC on the situation in Palestine is pursuant to the fact that the Government of Palestine had on the 1st of January 2015 lodged a declaration under article 12(3) of the Rome Statute accepting the jurisdiction of the Court over alleged crimes committed in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, since June 13, 2014. On 2nd January 2015, Palestine acceded to the Rome Statute by depositing its instrument of accession with the UN Secretary-General. The Rome Statute entered into force for Palestine on 1 April 2015. Palestine triggered the jurisdiction of the ICC by referring the situation in its territory to the Court on the 18th of May 2018. After several moves, the aforementioned referral was backed by referrals from five States Parties including South Africa, Bangladesh, Bolivia, Comoros and Djibouti on the 17th of November 2023. Like the aforementioned states parties, on 18th January 2024, the Republic of Chile and the United Mexican State submitted a referral to the Prosecutor requesting him to investigate the Situation in The State of Palestine. They also reiterated their full commitment to cooperate with the work of the Prosecutor of the International Criminal Court, which includes the investigation of the situation in the State of Palestine. The arrest warrants issued by the ICC against both parties to the conflict is a move worth applauding given that both members of the referring party-Palestine and the opposing party- Israel are targeted. The question which begs for answers now will be the effectiveness of the arrest warrant .i.e. if they would be effectively arrested and brought to The Hague for the procedure to continue. However it is worth mentioning that this move is a blue print against selective justice in referred situations.

³³ International Criminal Court, "Situation In The State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I Rejects The State of Israel's Challenges To Jurisdiction and Issues Warrants of Arrest For Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", Press Release: 21 November 2024.

³⁴ Ibid.

3. United Nations Security Council Referral and predictability of prosecution

This is a trigger mechanism which enables the ICC to exercise a wider jurisdiction over states which are not party to the Rome Statute. According to article 13(b) of the Rome Statute, the jurisdiction of the ICC may be asserted in cases where the Security Council refers it to the prosecutor acting pursuant to Chapter VII of the United Nations Charter (UNC). This may occur in a situation where the United Nations Security Council (UNSC) receives information on the commission of crimes that fall under the jurisdiction of the ICC and determines under article 39 of the UNC as constituting a threat to world peace and security.

Page | 182

Security Council referrals would most likely involve non-state parties warranting cooperation and compliance from all states. Since states whether party to the Rome Statute or not are all essentially members of the UN and its agencies, when the UNSC refers a case to the ICC for investigation and prosecution, it involves all UN member states. It therefore involves an obligation to cooperate by both state parties and non-state parties. Moreover, by virtue of article 25 of the UN Charter, all decisions made by the UNSC are binding upon all UN member states. It can therefore be predictable that prosecutions triggered by such a referral would be effective given that there is universal obligation to be bound. Contrary to the predictability of an effective prosecution with cases triggered by UNSC referral, cases so triggered have been challenged by double standards in the Council referral of cases to the ICC, lack of effective cooperation from both states and the Council, and the availability and use of power of deferral.

3.1. Double Standards in UNSC Referrals

Both the UN Charter³⁵ and the Rome Statute³⁶ grants the UNSC powers to refer cases to the ICC as a measure to ensure its mandate of maintaining international peace and security. Of particular relevance to the fight against impunity for international crimes is that once the Security Council has determined under Chapter VII, article 39 of the UN Charter that a threat to world peace exist, article 41 empowers the Council to decide on measures to ensure peace. The measures to be decided upon according to this article are those not involving armed force, but it may call

³⁵ Article 41 of the UN Charter 1945. Article 24 of the UN Charter makes the primary responsibility of the UNSC to be the maintenance of international peace and security and that members of the UN are supposed to accept and agree to carry out the decisions of the Council as indicated in article 25.

³⁶ Article 13(b).

upon members of the UN to apply measures among³⁷ which can involve making use of international criminal justice which the ICC is at the helm. This will entail referring situations involving the commission of international crimes to the ICC. It therefore implies that the Security Council is supposed to refer cases involving international crimes committed around the globe without discrimination. But the Security Council has been selective and has played double standards by referring some countries and leaving out other in spite of evidence on the commission of atrocity crimes.

The UNSC referred two countries³⁸ to the ICC on important basis which include the fact that genocide, war crimes and crimes against humanity were committed therein. In Darfur for instance, the Council followed a credible process for its referral. It began by issuing a presidential statement expressing deep concern over the humanitarian crises in April 2004, and condemned the violence by all parties to the conflict in Resolution 1537 adopted in June 2004. It further adopted Resolution 1556 in July 2004 determining that the situation in Sudan constituted a threat to international peace and security, indicating that there was criminal responsibility for violence being committed, and urged the Sudanese government to investigate and prosecute those responsible. The Council finally established a commission of Inquiry by Resolution 1564 in September 2004 whose report led the Council to refer the situation in Darfur in March 31st, 2005 by Resolution 1593. This procedure being an appropriate one should have been followed to refer other countries where in there are glaring evidence of the perpetration of international crimes, but this has not been the case.

The Security Council has failed to refer the situation in Syria in spite of evidence of several war crimes and other international crimes committed by both government forces and insurgents which have as well constituted a threat to world peace and security. The Syrian government under Bashar Assad had allegedly used the military to attack insurgents, activists, protestors and any party in the opposition government. In this violent crackdown, thousands have reportedly been killed³⁹. An estimated number of more than 70,000 people have been killed since the revolt against Bashar Assad began in 2011 and both government and insurgents have reportedly been involved

³⁷ Measure like complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio and other means of communication and the severance of diplomatic relations. In certain instances where the measures provided for under article 41 of the UN Charter cannot achieve peace, the Security Council is empowered by article 42 of the Charter to authorize the use of force.

³⁸ Sudan and Libya.

³⁹ AMICC, Syria and the International Criminal Court, October 17th, 2012.

in killings. Thirteen cross regional states issues a joint statement on the situation in Syria at the 19th Regular Session of the Human Rights Council in March 2012 stating that the situation in Syria should be referred to the ICC⁴⁰ but the Security Council failed to adopt a draft resolution to refer the situation in Syria to the ICC in May 2014⁴¹. The 2014 draft resolution referring the situation in Syria to the ICC was vetoed by China and Russia, permanent members of the Security Council and strong supporters of the Syrian regime. Though the UN Secretary-General Antonio Guterres urged in 2015 and 2018⁴² that the situation in Syria be referred to the ICC, a new attempt for a Security Council referral is highly likely to face a similar fate in the foreseeable future. Russia alone has, as of 2019, vetoed 13 resolutions relating to the conflict in Syria⁴³. Another good example which the council has also failed to refer is Sri Lanka, where a UN panel of experts concluded that up to 40, 000 civilians were killed at the conclusion of the conflict between the government of Sri Lanka and Tamil rebels in 2008-2009, with war crimes and other international crimes probably having been committed by both sides to the conflict⁴⁴. This panel recommended the appointment of a commission of inquiry to inquire into violations in Sri Lanka which was not done by the Security Council. The ICC identified international crimes under its jurisdiction committed by Russia in their invasion of Eastern Ukraine in 2014⁴⁵ and the rest of Ukraine in 2022 which is still ongoing⁴⁶. The commission of international crimes was established by the ICC's preliminary examination of the situation into Ukraine which was concluded in 2020 and its then Prosecutor Fatou Bensouda, announced that a reasonable basis exists to believe that a broad range of war crimes and crimes against humanity falling within the Court's jurisdiction had been committed in the occupied Crimea and Eastern Ukraine, all meeting the required gravity

⁴⁰ See UN Human Rights Council Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 22 February 2012, UN DocA/HRC/19/69.

⁴¹ UN Security Council, 'Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution', UN doc. SC/11407 (22 May 2014) available at <<http://www.un.org/News/Press/docs/2014/sc11407.doc.htm>> Accessed 1 September, 2024.

⁴² DW, 'Syria Ceasefire Starts Near Damascus as UN Calls for ICC Referral Over Aid', <<https://www.dw.com/en/syriaceasefire-starts-near-damascus-as-un-calls-for-icc-referral-over-aid/a-42328500>>, Accessed 1 September, 2024.

⁴³ Reuters, 'Russia casts 13th veto of U.N. Security Council action during Syrian war', <<https://www.reuters.com/article/us-syria-security-un/russia-casts-13th-veto-of-un-security-council-action-during-syrian-war-idUSKBN1W42CJ>> Accessed 1 September, 2024.

⁴⁴ Report of the Secretary General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka (31 March 2011).

⁴⁵ Office of the Prosecutor 2016b, 33–42.

⁴⁶ U.S Department of State, 2022 Country Reports on Human Rights Practices: Ukraine, Watch Report, 2022. See also Human Rights Watch, "World Report"2024.

threshold.⁴⁷ Even though there was a joint referral by several states of the situation in Ukraine⁴⁸, the most appropriate would have been a UNSC referral which can enable an ICC investigation into the Russian territory given that Ukraine had launched an article 12(3) accepting the Court's jurisdiction unlike Russia⁴⁹. Sequel to the aforementioned referrals, several arrest warrants were issued against Mr. Vladimir Vladimirovich Putin, President of the Russian Federation, and Ms Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Commissioner for Children's Rights in the Office of the President of the Russian Federation, Mr Sergei Ivanovich Kobylash, a Lieutenant General in the Russian Armed Forces, Mr Viktor Nikolayevich Sokolov, an Admiral in the Russian Navy, Mr Sergei Kuzhugetovich Shoigu and Mr Valery Vasilyevich Gerasimov who are all still at large.⁵⁰

3.2. Limited Cooperation in UNSC referrals

Effective prosecution is highly predictable in situations triggered by UNSC referral. This is because of the irrebuttable presumption of full cooperation from all states given the mandate of the Council in the maintenance of world peace and security in the area of fight against impunity as indicated above. But it is worrisome to note that the Council has not accorded to the ICC the required level of cooperation in cases it has referred to the Court. The Council has also failed to take measures against non-cooperative states in spite of the universal obligation to cooperate in

⁴⁷ ICC OTP, REPORT ON PRELIMINARY EXAMINATION ACTIVITIES pp. 277-281 (Dec. 14, 2020).

⁴⁸ On 1 March 2022, the Office received a State Party referral from the Republic of Lithuania. On 2 March 2022, the following coordinated group of States Parties submitted a joint referral: Republic of Albania, Commonwealth of Australia, Republic of Austria, Kingdom of Belgium, Republic of Bulgaria, Canada, Republic of Colombia, Republic of Costa Rica, Republic of Croatia, Republic of Cyprus, Czech Republic, Kingdom of Denmark, Republic of Estonia, Republic of Finland, Republic of France, Georgia, Federal Republic of Germany, Hellenic Republic, Hungary, Republic of Iceland, Ireland, Republic of Italy, Republic of Latvia, Principality of Liechtenstein, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Malta, New Zealand, Kingdom of Norway, Kingdom of the Netherlands, Republic of Poland, Republic of Portugal, Romania, Slovak Republic, Republic of Slovenia, Kingdom of Spain, Kingdom of Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. See to this effect ICC OTP, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation (Mar. 2, 2022), <https://www.iccpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine> accessed 23 November 2024. See also Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information (Mar. 11, 2022), <https://www.iccpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan> accessed 23 November 2024.

⁴⁹ The first declaration lodged by the Government of Ukraine accepted ICC jurisdiction with respect to alleged crimes committed on Ukrainian territory from 21 November 2013 to 22 February 2014. The Second Declaration extended this time period on an open-ended basis to encompass ongoing alleged crimes committed throughout the territory of Ukraine from 20 February 2014 onwards.

⁵⁰ International Criminal Court, Situation in Ukraine, available at <https://www.icc-cpi.int/situations/Ukraine>, accessed 25, January, 2024.

Security Council referred cases. The aforementioned can be seen in the two situations the UNSC referred to the ICC to wit- the situations concerning Darfur region of Sudan and Libya.

3.2.a. Situation of the Darfur Region of Sudan

The case concerning the Darfur region of Sudan was referred to the ICC by UNSC Resolution 1593 and arrest warrants were issued against several individuals⁵¹ including the then Sudanese President Omar al-Bashir. The aforementioned Resolution directs the government of Sudan to fully cooperate with the ICC, but it refused to arrest and surrender the accused persons to the ICC. Even when President Al-Bashir travelled to member countries, they failed to arrest him and surrender to the court contrary to their cooperation obligation. Council members including China, Malawi, and Nigeria, have even actively undermined the ICC by hosting the indictee Omar Al-Bashir for visits without the council taking any action.⁵² When the Security Council was notified of all these instances of non-cooperation, it failed to take any action.

The lack of cooperation from other states and the Security Council as regards the situation of Sudan can be interpreted as emanating from the Resolutions referring Sudan to the ICC. Paragraph 2 of Resolution 1593 states that only the government of Sudan and other parties to the conflict are under obligation to cooperate with the ICC while all other states are merely urged to cooperate. This means that, on the one hand, the international community has mandated the ICC to exercise jurisdiction, but that on the other hand, states that are not party to the ICC except for Sudan, have the obligation to cooperate or support the ICC in fulfilling this task⁵³. Moreover, the Security Council has in this same Resolution 1593 clearly refused to support the ICC by, for example, refusing to fund its referrals and restricting funding from the General Assembly to the ICC.⁵⁴ To accord full cooperation and support to the ICC, such wordings in the UNSC resolution

⁵¹ Those concerned were Ahmed Muhammad Harun, governor of Southern Kordofan State, and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Koshayb), a Janjaweed militia leader. See *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Koshayb)*, Case No ICC-02/05-01/07. Summonses to appear were also issued to Bahr Idriss Abu Garda, Abdallah Banda Abakaer, and Saleh Mohammed Jerbo Jamuso. See *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09. Decision on the Confirmation of Charges.

⁵² International Criminal Court, Assembly of States Parties, Rep. of the Bureau on non-cooperation, U.N. Doc. ICC-ASP/12/34 (Nov. 7, 2013) (reporting that Mr. Al-Bashir visited Nigeria in 2013).

⁵³ Heyder, C. "The U.N Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in the Light of U.S Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status", *Berkeley Journal of International Law*, 2006, Vol. 24, pp. 654-655.

⁵⁴ Paragraph 7 of Resolution 1593 states "none of the expenses incurred in connection with the referral including expenses related to investigations or prosecutions in connection with that referral, shall be borne by the United Nations . . . such costs shall be borne by the parties to the Rome Statute and those States that wish to contribute voluntarily" S.C. Res. 1593, para. 7.

was not a good idea. The requisite would have been to make cooperation mandatory for all states as prescribed by the mandate of the UNSC in the UN Charter.

3.2.b. The Referral of Libya

The situation in Libya was referred to the ICC by Resolution 1970 of 2011 based on evidence that war crimes and crime against humanity were committed in Libya as Libyan forces fired on peaceful protestors in Tripoli and in the eastern city of Benghazi, killing at least 300 people. This led to the issuance of arrest warrants against former Libyan Leader Muammar al Gadhafi, his son Sayf al Islam al Gadhafi, and his intelligence chief Abdullah al Senussi⁵⁵. Up till when Gadhafi was captured and murdered, he and the other accused were never arrested and surrendered to the ICC whereas Resolution 1970, like Resolution 1593 of Sudan required Libyan authorities to cooperate fully with the ICC. The Security Council took no measures to cooperate and support the works of the ICC in this regard. Paragraph 6 of Resolution 1970 like the former extended the Court's Jurisdiction to Libyan nationals, but excluded all other nationals of states that are not party to the Rome Statute. The Resolution also imposed an arms embargo and a travel ban on designated Libyan officials, and an asset freeze on designated officials and assets. When the Court was informed about this, it received little cooperation from the Security Council when it sought to access information on the implementation of the Council's sanction on Libyan nationals of whom some had been indicted by the ICC. The Court had also ordered that assets of indicted individuals be frozen as a precautionary or interim measure⁵⁶. When the Court requested cooperation from the Council on the measures taken by states, the Council did nothing forcing the Court to submit individual requests for cooperation to each UN member states to locate assets⁵⁷. This made the ICC's move towards an effective prosecution of indictees difficult.

Page | 187

3.3. UNSC Deferral of Proceedings

The Rome Statute in article 16 recognises the ability of the UNSC to suspend the activities of the ICC with regard to a specific situation or cases when it is considered that the suspension is necessary for the maintenance of international peace and security. This article is to the effect that the Security Council may, in a resolution adopted under Chapter VII of the UN Charter, request

⁵⁵ *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gadhafi and Abdullah Al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11.

⁵⁶ Freezing of assets as a mode of cooperation is provided for in article 93(1)(k) of the Rome Statute.

⁵⁷ Mistry, H and Verduzco, D. R, "The U.N Security Council and the International Criminal Court", International Law Meeting Summary with Parliamentarians for Global Action, Chatham House, 16 March 2012, p. 7.

the Court to defer (namely not to commence or proceed with) an investigation or prosecution for a renewable period of twelve months⁵⁸.

This is one of the most controversial powers that the Rome Statute grants to the Security Council and that can significantly affect the prosecution of international crimes by the ICC. This is because it codifies the rights of the Security Council which is a political body to interfere with the functions of the ICC which is a judicial institution. Even though the Council is given such rights; its exercise is strictly reserved for cases where it finds it important for the maintenance of world peace and security. It has been argued for example that the exercise of this power might be appropriate in situations where a precarious, but realistic peace has been achieved and proceeding with an immediate investigation or prosecution by the ICC would threaten such conditions⁵⁹. Therefore it would appear inconsistent with the purpose of article 16 of the Rome Statute to request a suspension of ICC proceedings in cases where a government is attempting to coerce a deferral (or a complete amnesty from prosecution) in exchange for disarming or even engaging in peace negotiations⁶⁰. But it is important to note that nothing in the Rome Statute prevents the Security Council from dealing with a peace and security situation in other ways that do not involve requesting an article 16 deferral while the ICC is conducting proceedings related to the same situation. If instituting proceedings by the ICC leads to threats of retaliation by a nation's government, the Security Council may determine under Chapter VII, article 39 of the UN Charter as a threat to world peace and security and take measures provided for in article 41 of the same Charter to handle it⁶¹.

The use of power of deferral by the Security Council has been inconsistent with the purpose of article 16 and controversial. It has not been in line with the requirement of restoring a precarious, but realistic peace that has been achieved which might be jeopardized by an ICC prosecution. Also, there was no necessity for the maintenance of international peace and security. This because there has been abuse in its use and has had a negative impact on the prosecution of international crimes by the ICC as well as the legitimacy of the Council and the Court. Such abuse was done at the

⁵⁸ This power is exercised over proceedings commenced whether by state voluntary referrals, the prosecutor by its *pro prio motu* powers and the UNSC referrals.

⁵⁹ Keller, M. L. "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", 23 *Connelly Journal of International Law*, 2008, pp. 209-243.

⁶⁰ Kenneth Roth, K. "Work shop: The International Criminal Court Five Years On: Progress or Stagnation?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 763-767.

⁶¹ The measures may include complete or partial interruption of economic relations, severance of diplomatic relations and using the presence of peace keeping forces.

behest of the United States of America that is a permanent member of the Security Council which in July 2002, threatened to veto a routine extension of the UN peacekeeping mission in Bosnia unless the UN peacekeepers were granted permanent blanket immunity from the ICC jurisdiction⁶². This was to make sure that peacekeeping forces who were US nationals should not be tried by the ICC for any war crimes or other international crimes they could have committed in their mission. This led to adoption of Resolution 1422 which was purportedly under the UNSC's power of deferral in article 16 of the Rome Statute. This Resolution provided immunity for UN peacekeepers from non-state parties to the ICC for a renewable period of one year. It was further renewed for a second year by Security Council Resolution 1487 in 2003⁶³. These Resolutions were adopted short of the necessity of maintaining international peace and security as required by article 16 which could have been jeopardized by ICC proceedings. Moreover, there were no such proceedings underway. It was merely a move by the USA to shield its national from eventual ICC investigation and prosecution in the event where they committed war crimes or any other international crimes.

4. Proceedings initiated by the Prosecutor *Pro Prio Motu* and expected ineffective Prosecution

Pro prio motu power refer to the authority granted by article 15 to the prosecutor to independently initiate proceedings after monitoring a country's situation and deciding whether to pursue an investigation there or not without any state or Security Council referral. This power of the prosecutor can only be exercised in situations occurring in state parties even though there are some international obligations for non-state parties to cooperate with the ICC's investigations and prosecutions. The *pro prio motu* powers of the prosecutor is particularly important in those situations where it is clear that states are unwilling to investigate and prosecute whereas international crimes have been committed in their territories. This *pro prio motu* power is because the office of the prosecutor is a unique structure which is generally considered as an independent organ of the Court which may not seek or act on instructions from any external source⁶⁴. Moreover, the independence of the prosecutor is further ensured by the Rome Statute in the sense that he/she or his/her staff can independently determine which case to handle and how to conduct

⁶² Moss, L. "The UN Security Council and the International Criminal Court: Towards a More Principled Relationship", International Policy Analysis, Friedrich Ebert-Stiftung, March 2012, p. 4.

⁶³ For more information on the US interest as regards Resolution 1422(2002), see Stan, C. "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422(2002)", *European Journal of International Law*, 2003, Vol. 14, No. 1, pp. 85-104.

⁶⁴ Article 42 of the Rome Statute.

investigations, and which events or individuals to focus the investigation on. They also determine in which ways the case will be presented during the whole trial phase and the prosecutor is independent in the organization of the structure of his/her office⁶⁵. However this independence is attached to strings and checks which can have a negative bearing to the powers granted the prosecutor in the investigation and prosecution of cases.

Unlike proceedings initiated through State and Security Council referrals, there is limited expectation of success in prosecutions initiated independently by the prosecutor or *pro prio motu*. This is because proceedings so commenced stand to face a problem of full cooperation from states who might perceive such moves as going against their sovereignty especially when the accused targeted by the Court are top ranking state officials like heads of state and other dignitaries. That is why Cassese affirms that unlike trigger options by the prosecutor, the triggering options of state referral or a referral by the UNSC guarantees political control and respect for state sovereignty⁶⁶.

4.1. Setback to prosecutorial independence in the exercise of *pro prio motu* powers

There are two aspects that affects the prosecutors independence to initiate proceedings *pro prio motu* and might have a negative bearing on the investigation and prosecution of international crimes by the Court. The approval role of the Pre-Trial Chambers and the deferral powers of the UNSC.

4.1.a. The approval by the Pre-Trial Chambers

Unlike the trigger mechanisms of State or Security Council referral, article 15 of the Rome Statute establishes a procedural safeguard which requires the Prosecutor to request authorization from the Pre-Trial Chamber (PTC) in order to initiate a formal investigation *pro prio motu*. The Prosecutor needs to provide his/her analysis of the seriousness of the information collected from reliable sources, and convince the Pre-Trial Chamber that “a reasonable basis to proceed with an investigation” does exist.⁶⁷ The Pre-Trial Chamber will examine the request and the supporting material, and reject the request for authorization if the situation in question does not appear “to fall within the jurisdiction of the Court.”⁶⁸ Worthy of note is the fact that such a procedural safeguard

⁶⁵ Article 15(2) Rome Statute.

⁶⁶ Cassese A., *International Criminal Law*, 2nd Ed, Oxford, 2008, p. 388.

⁶⁷ Article 15(4). It is also important to note that when the prosecutor receives either state or Security Council referral just like when he/she acts *pro prio motu*, he/she must receive approval of the Pre-Trial Chambers. This submission for approval is done only when the prosecutor after examining a case concludes that there is reasonable basis to proceed with investigations.

⁶⁸ Article 15(4) of the Rome Statute.

which of course is a check even though good can constitute a setback to the prosecution of international crimes by the ICC. For example, the Pre-Trial Chamber II's rejection of the Prosecutor's request for the authorization of an investigation into the situation in Afghanistan on 12 April 2019⁶⁹ is an example to show that the Prosecutor's *pro prio motu* powers are subject to the judicial scrutiny of the chambers of the Court as a procedural safeguard. Even though the Pre-Trial Chambers concluded that there is a reasonable basis to believe that the contextual elements of both crimes against humanity and war crimes are satisfied in respect of the alleged events⁷⁰, it went further to reject the prosecutor's request on the ground that investigation "at this stage would not serve the interests of justice"⁷¹. But the fact that elements of the mentioned international crimes were committed there in by the Taliban and other armed forces⁷², Afghan Forces⁷³ and by the US armed forces and the CIA⁷⁴, the Appeal Chamber amended the decision of the Pre-Trial Chamber and "decided unanimously to authorise the Prosecutor to commence an investigation into" the Afghanistan situation on 5 March 2020⁷⁵. The situation would have been different had the Appeal Chamber not intervened to overturn the decision taken by the PTC.

4.1. b. Limitations on Prosecutorial Powers by UNSC Deferrals

Pursuant to article 16 and that by virtue of Chapter VII of the UN Charter, the UNSC can after referring a situation to the prosecutor of the ICC decide to defer it for a renewable period of twelve months by adopting a resolution as examined in this article. This period of deferral can still be extended by the Security Council following the same condition related to the first deferral. This seriously hampers the powers of the prosecutor because the deferrals can affect not only cases which have reach the stage of investigation, but also cases in which the accused is brought before the Trial-Chambers and the Appeal Chambers.

⁶⁹ International Criminal Court - Pre-Trial Chamber II, 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (12 Apr. 2019) 3, para 1, available at <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF> accessed 25 November 2024.

⁷⁰ Ibid 22, para 66.

⁷¹ Ibid 32, para 97.

⁷² Ibid 7, para 20.

⁷³ Ibid 8, para 22.

⁷⁴ Ibid 9, para 24.

⁷⁵ International Criminal Court, 'Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorises the opening of an investigation', (5 March 2020), available at www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516 accessed 25 November 2024.

4.2. *Pro prio motu* powers and expected ineffective cooperation

There is a high likelihood for the ICC not to receive full cooperation from proceedings initiated independently by the prosecutor because most states involved in such situations might view such as action as an affront to their sovereignty. In the face of such lack of cooperation, the Court would not be able to gather evidence, arrest suspects, and access witnesses and defendants. This will limit the ability of the Prosecutor to bring charges against the perpetrators.

Page | 192

Lack of cooperation in the face of proceedings commenced by the *pro prio motu* powers of the prosecutor is mostly experienced when the accused targeted are individuals who represent the states as president or other persons ranking as such. In the case concerning Kenya which was initiated *pro prio motu* by the prosecutor, several charges were proffered against many accused persons⁷⁶ including the then Head of State Uhuru Muigai Kenyatta. One important aspect about this case is that all suspect willfully appeared before the ICC in 2011 upon a summons that was issued in March that same year and denied the accusations against them. Since this case touched the highest authority in Kenya at the time, it was viewed by Kenyans as an attack on their sovereignty and several moves were made to challenge the ICC amounting to lack of cooperation. The Kenyan National Assembly passed a formal motion to withdraw from the Rome Statute as a move to stifle the ICC⁷⁷. This uncooperative move which was also backed by the African Union's disapproval of indicting a sitting Head of State⁷⁸ caused the ICC to be faced with intimidation and subsequent withdrawal of witnesses giving the prosecutor a major problem in collecting evidence. The then ICC Prosecutor Fatou Bensouda found herself obligated to withdraw the charges against Uhuru Kenyatta, due to insufficient evidence, which was mainly caused by the "failure of the Government of Kenya to cooperate fully and effectively."⁷⁹ On 3rd December 2014 Trial Chamber V (B) of the ICC issued a decision rejecting the Prosecution's request for a further adjournment of

⁷⁶ William Ruto, Joshua Arap Sang, Mohamed Hussein Ali, Henry Kiprono Kosgey, Francis Kirimi Muthaura.

⁷⁷ Kulish Nicholas, "Kenyan Law Makers Vote to Leave International Court", The New York Times, New York, 5 Sept. 2013. See also Congressional Research Service, "International Criminal Court Cases in Africa: Status and Policy Issues", July 2011, p. 10.

⁷⁸ The African Union kicked against indicting the sitting Head of State and successfully lobbied AU members to adopt a resolution calling for the cases to be referred to Kenya for national Proceedings to be taken rather than being left to the ICC. See Decision on the International Jurisdiction, Justice and the International Criminal Court (ICC) Doc. Assembly/AU/13(XXI), available at http://iccnow.org/documents/AU_decisions_21st_summit_May_2013.pdf. Accessed 25 November 2024.

⁷⁹ International Criminal Court, 'Press Release - Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta', (12 December 2014), available at <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-statement-05-12-2014-2.aspx>. Accessed 25 November 2024.

the case against Uhuru Kenyatta and instead directed the Prosecution to file a notice, within one week, indicating either (i) its withdrawal of the charges in this case, or (ii) that the evidentiary basis has improved to a degree which would justify proceeding to trial. On December 5th, 2014 the ICC Chief Prosecutor withdrew charges against Uhuru Kenyatta stating that: "...given the state of the evidence in this case, I have no alternative but to withdraw the charges against Mr. Kenyatta.....I am doing so without prejudice to the possibility of bringing a new case should additional evidence become available."⁸⁰

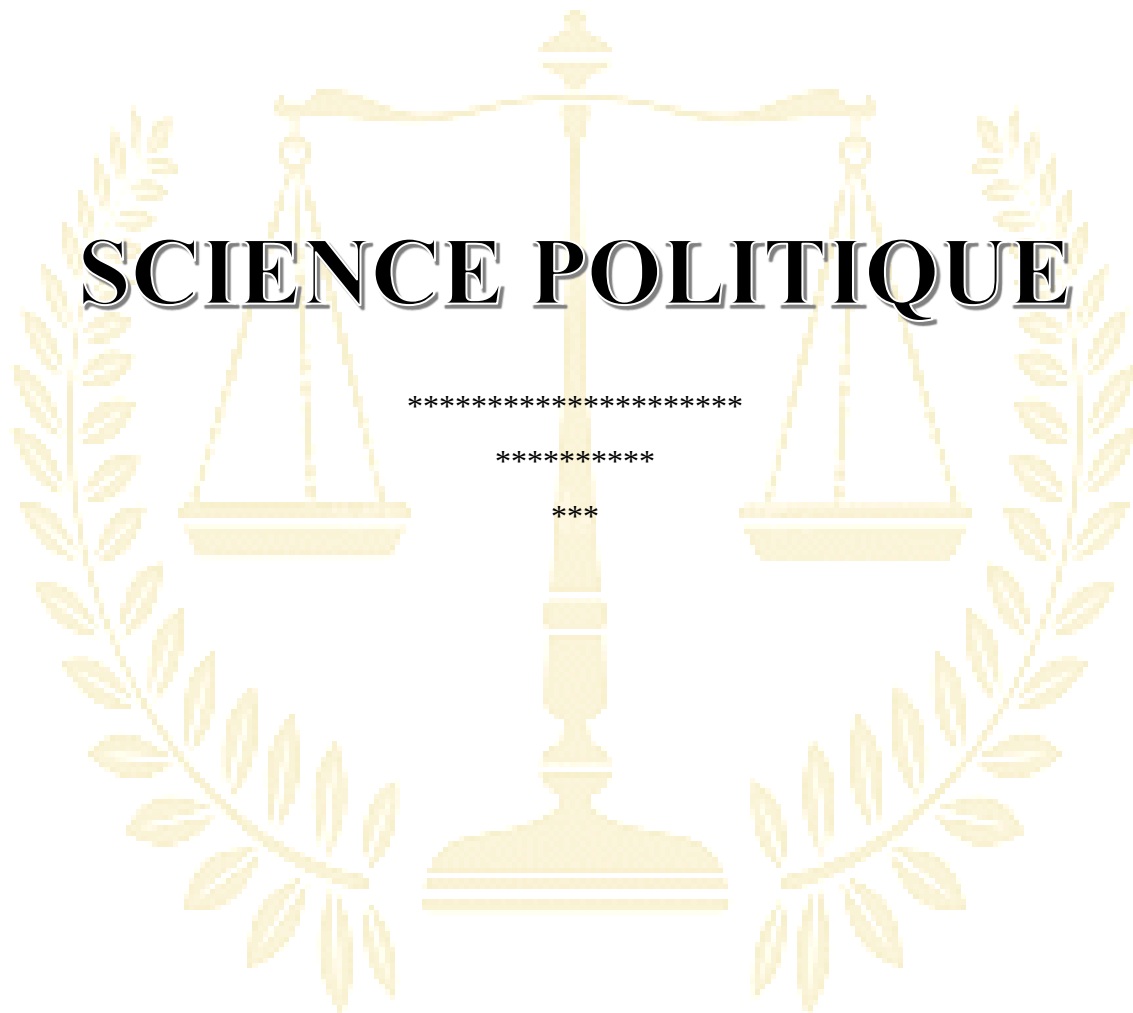
Conclusion

The ICC which has been granted the mandate to fight against impunity for international crimes- to wit genocide, crimes against humanity, war crimes and crime of aggression cannot be able to prosecute if its jurisdiction has not been triggered. Article 13 of the Rome Statute makes provision for three trigger options including State referrals, United Nations Security Council referrals and commencement of action by the Prosecutor exercising *pro prio motu* powers. The success of the ICC in prosecuting such crimes is highly dependent on the degree of cooperation from states which can be determined by the method used to commence proceedings at the ICC. It is most probable that state referrals even though marred by selective justice will be followed by a higher degree of cooperation from states than UNSC referral and action commenced by the Prosecutor. This is not to say that sound cooperation from the UNSC is negligible. Its cooperation with the ICC is very paramount since the Council provides an avenue for the Court to extend its jurisdiction to non-state parties. Therefore, since the effective prosecution of international crimes by the ICC is highly dependent on both state party and non-state party cooperation, it is highly recommended that a trigger option adopted should be tailored in a manner that would secure the aforementioned requisite cooperation for an effective prosecution.

⁸⁰ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta, 5 December 2014 available at http://www.iccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-statement-05-12-2014-2.aspx (Accessed 25 November 2024). She highlighted the following challenges faced in the investigation: i) Several people who may have provided important evidence regarding Mr. Kenyatta's actions, have died, while others were too terrified to testify for the Prosecution; ii) Key witnesses who provided evidence in this case later withdrew or changed their accounts, in particular, witnesses who subsequently alleged that they had lied to my Office about having been personally present at crucial meetings; iii) The Kenyan Government's non-compliance compromised the Prosecution's ability to thoroughly investigate the charges, as recently confirmed by the Trial Chamber.

Cooperation in proceedings commenced by state party referrals and those by the prosecutor *pro prio motu* could be enforced by reviewing the Rome State to cloth the ICC with compelling powers backed by sanctions from the Assembly of State Parties in situations of refusal to cooperate. This might cause state to respect their treaty obligations in line with the objectives of the Rome Statute. In order not to allow the ICC abuse such a power, its use should be permitted only when it is necessary and indispensable especially in situations where world peace and security are at stake.

Proceedings commenced by UNSC Resolution could be backed by the introduction of incentives for cooperation by states and where this may prove ineffective, the Council may utilize compelling acts such as economic and military aid bans to force states into cooperating with the Court. This is all in a bit to fulfil its mandate of maintaining international peace and security as provided in Chapter VII, article 39 and 41 of the United Nations Charter. UNSC referral of situations to the ICC should backed by UN financial assistance since it would require a difficult investigation and prosecution proceeding coupled with the fact the ICC is involved with many cases.



La démocratie réglée au Bénin face à la gouvernance de lame au fond autoritaire

Benin's democracy set against authoritarian blade governance

Par : Page | 195

Messanh Emmanuel AHLINVI

MCA en Science Politique, DA/EDSJPA-UP

messanh2003@yahoo.fr

G. Angelo KPOTOUNOU

Doctorant en Science Politique EDSJPA-UP, Chercheur associé au CERGD-PPA-Parakou et au

CiAAF-Abomey-Calavi

kpotounouangelo@gmail.com

Résumé :

L'exclusion qui se lit de la mesure empirique de perception des citoyens béninois via le projet « Résiliences démocratiques » est révélatrice d'un redoutable problème de participation politique. En réalité, depuis un certain temps, une partie de la population voire une grande majorité de la population béninoise, éprouve le sentiment de leur impuissance à infléchir le cours des actions politiques, c'est-à-dire, qu'elle ne parvienne pas à établir une relation entre leurs préoccupations quotidiennes et les principes abstraits qui semblent gouverner les actions, qui régissent aux sollicitations politiques. En revanche, les citoyens participants, apparaissent dès lors comme seuls capables d'effectuer un choix politique informé et raisonné, d'accéder à une forme de pensée compatible avec les principes mêmes de la démocratie représentative béninoise de sorte que, les masses tenues à l'écart de la politique, subissant les décisions prises par les plus compétents, n'introduiraient par leur participation éventuelle que troubles et désordres, ignorance et irrationalité, dans le jeu délicat et fragile des mécanismes de gouvernement rationnel; leur acceptation passive des règles du jeu, leur vague attachement aux valeurs démocratiques assimilées à un « consensus » minimal suffisent à maintenir les bases d'un système dont les élites politiques de l'heure maîtrisent seules le fonctionnement. De sorte que, les modes d'adaptations et de réinvention des citoyens en revanche, varient d'un département à l'autre et se présentent surtout, dans les départements du Borgou et de l'Alibori sous le joug d'une résilience démocratique qui prend l'allure dualiste et se donne à voir d'une part, à travers la résilience en la foi et sournoise et d'autre part, via une résistance violente.

Mots-clés : Bénin, démocratie représentative, la résilience démocratique, résilience en la foi et sournoise, résistance violente.

Abstract:

Exclusion is an acute disenchantment and is perceptible at the end of the empirical measurement on the perception, the representation even the image of the citizens of Benin in the occurrence of the youth with regard to the "Resilience of Beninese democracy". Indeed, it turns out that the democratic political system since 2016 is irrefutably the victim of a formidable problem of political participation. In reality, for some time, a part of the population, even a large majority of the Beninese population, has felt the feeling of their powerlessness to influence the course of political actions. That is to say, it fails to establish a relationship between their daily preoccupations and the abstract principles which seem to govern actions, which govern political solicitations. On the other hand, the participating citizens therefore appear as the only ones capable of making an informed and reasoned political choice, of accessing a form of thought compatible with the very principles of Beninese representative democracy so that, the masses held to deviation from politics, subject to the decisions taken by the most competent, would only introduce, through their eventual participation, disturbances and disorders, ignorance and irrationality, into the delicate and fragile game of the mechanisms of rational government; their passive acceptance of the rules of the game, their vague attachment to democratic values assimilated to a minimal "consensus" are enough to maintain the foundations of a system whose functioning the political elites of the day alone master. As a result, the modes of adaptation and reinvention of citizens, especially the youngest, vary from one department to another and occur above all, in the departments of Borgou and Alibori under the yoke of a democratic resilience that takes on a dualistic appearance and shows itself on the one hand, through resilience in faith and underhandedness and on the other hand, through violent resistance. In truth, the rulers of the hour do not tolerate the public expression of political disagreements with them. Unlike regimes other than democratic, which assume their political character, that is to say governing and governed, know that nothing necessarily designates a man or a party to exercise power with the exception of any other: neither custom, nor God, nor the sense of history can confer such a mandate. Only the consent of the people can found the legitimacy of a power, and this consent can only be given for a determined time.

Keywords: Benin, authoritarian background, democratic resilience, democratic resistance, youth and political participation.

Introduction

« Le mécanisme politique n'agit pas de lui-même. Tout comme il fut à son origine fait par les hommes, il doit aussi être manié par des hommes et même par des hommes ordinaires. Il a besoin non de leur simple acquiescement mais de leur participation active. » John Stuart Mill,

Page | 197

Le gouvernement représentatif. 1865, p. 7-8.

La démocratie béninoise est sous capture et exclusive. En effet, c'est ce qui ressort de la mesure empirique de la perception des citoyens béninois¹. Pour ces derniers, les acteurs (institutionnels et non institutionnels, politiques, socio-économiques), processus et procédures démocratiques au Bénin font l'objet de capture de la part d'un groupe restreint d'acteurs, dont en premier le Président de la République. Il en découle une instrumentalisation des institutions de la République préjudiciable à l'équilibre du système politique; une fragilisation systématique de la société civile, le tout dans un contexte d'atteintes et de violations de plus en plus inquiétantes des droits de l'Homme. Les réformes politiques entreprises par le régime en place (la Charte des partis politiques, le Code électoral, la révision constitutionnelle de novembre 2019), au prétexte de la rationalisation de l'espace politique, ont abouti à la restriction drastique du droit fondamental du citoyen à élire et à être élu et à la dépacification violente de l'espace politique. Mieux, une série de lois sociales ont quasiment privé les syndicats du droit fondamental de grève (loi sur le droit de grève) et de la précarisation de l'emploi (loi sur l'embauche). Le Code pénal et le Code du numérique ont sapé fortement les bases de la liberté d'expression et de presse, entraînant ainsi, une pénalisation accrue des délits d'expression et de presse. En un mot, les ressorts institutionnels, non institutionnels, citoyens de défense de la démocratie sont, sinon brisés, mais fortement affaiblis.²

Mieux, l'exclusion qui se lit de la mesure empirique de perception des citoyens béninois via le projet « Résiliences démocratiques »³ est révélatrice d'un redoutable problème de

¹La mesure empirique de la perception des citoyens béninois a été obtenu à l'issue des semaines d'enquête qualitative effectuée auprès de citoyens des 12 départements du Bénin, appartenant à différentes couches socio-professionnelles, où plusieurs dizaines de Béninois ont été questionnés sur leurs appréciations de la trajectoire démocratique du pays depuis 1990. Faudra-t-il, le rappeler, le projet de recherche sur les "Résiliences Démocratiques" en Afrique, initié et mis en œuvre par le CiAAF avec l'appui financier d'OSIWA, vise à documenter et promouvoir les réinventions citoyennes de la démocratie face aux mutations ainsi imposées à la démocratie au Bénin et en Afrique de l'Ouest.

²<https://freedomhouse.org/country/benin/freedom-world/2021>, 01/08/2022; <http://ortb.bj/infos-une/liberte-de-la-presse-le-benin-113eme-dans-le-classement-2020-de-rsf/#:~:text=Le%20B%C3%A9nin%20connait%20une%20nouvelle,%C3%A0%2017%20places%20plus%20bas> ; 01/08/2022

³Le projet résiliences démocratiques a pour objectif général de contribuer à la résilience démocratique dans les États de l'Afrique de l'Ouest, notamment au Bénin (phase pilote). Ainsi il permettra, d'inventorier les atteintes (y compris celles sécuritaires) à la démocratie et les pratiques de résilience démocratique au Bénin. En outre, il contribuera à la

participation politique⁴. En réalité, depuis certains temps⁵, une partie de la population, voire une grande majorité de la population béninoise, éprouve le sentiment de leur impuissance à infléchir le cours des actions politiques. En d'autres termes, elle ne parvient pas à établir une relation entre leurs préoccupations quotidiennes et les principes abstraits qui semblent gouverner les actions, qui régissent aux sollicitations politiques. En revanche, les citoyens participants, apparaissent dès lors comme seuls capables d'effectuer un choix politique informé et raisonné, d'accéder à une forme de pensée compatible avec les principes mêmes de la démocratie représentative béninoise. De cette façon, les masses tenues à l'écart de la politique, subissant les décisions prises par les plus compétents, n'introduiraient par leur participation éventuelle que troubles et désordres, ignorance et irrationalité, dans le jeu délicat et fragile des mécanismes de gouvernement rationnel. Leur acceptation passive des règles du jeu, leur vague attachement aux valeurs démocratiques assimilées à un « *consensus* » minimal suffisent à maintenir les bases d'un système dont les élites politiques de l'heure maîtrisent seules le fonctionnement. Précisons par ailleurs ici que la démocratie réglée du Bénin n'est rien d'autre que la démocratie qu'a consacrée la conférence de forces vives de la nation de février 1990. Cette conférence ayant favorisé le retour du Bénin au renouveau

promotion des *expériences* et bonnes pratiques de résilience démocratique au Bénin. C'est d'ailleurs ce qui explique le choix privilégié des recherches de terrain (focus group, entretiens individuels et collectifs, observation) sur les pratiques et expériences de résilience démocratique.

⁴La participation politique est l'ensemble des pratiques (voter, manifester, militer, participer à des réunions...) et des manifestations d'intérêt (s'informer sur la politique, parler de politique...) des gouvernés à l'égard des affaires publiques touchant la commune, la région, l'État ou même l'humanité tout entière. La question de la participation politique soulève toujours celle des droits du citoyen et des conditions d'attribution de la citoyenneté. Dans la théorie démocratique, la participation politique renvoie à l'intervention du citoyen dans les affaires de la cité. La participation politique suppose enfin un apprentissage individuel (au cours de la socialisation politique), mais aussi un apprentissage collectif. Pour cette raison, la démocratie, pour s'exercer dans des conditions d'implication civique et de liberté, ne peut s'enraciner que dans la durée. À cet égard, la « proclamation » de la démocratie (adoption d'une constitution, proclamation des droits, organisation d'élections, etc.) subit le risque d'un échec à court terme, si elle ne s'accompagne pas d'une intense éducation civique et de la possibilité de participation sans risque. Olivier Nay (dir), *Lexique de science politique*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd, 2017, p. 804. Par ailleurs, faudrait-il préciser également que la participation politique est une conception du citoyen qui s'impose en occident aux XIX^{es} siècles, invoquée par les partisans du suffrage universel et assimilé à un principe fondamental de la démocratie, est celle d'un individu capable de « se faire une opinion » et d'exprimer par son vote aussi bien ses préférences politiques que son intérêt pour la sphère publique, c'est-à-dire concrètement pour le gouvernement de sa communauté d'appartenance, à laquelle est censé l'attacher un fort sentiment d'identification. Jacques Lagroye-Bastien François et al, *Sociologie Politique*, Paris, Presses de sciences politiques-Dalloz, 4^e éd, 2002, p.335.

⁵En effet, l'arrivée au pouvoir du Président Patrice Talon en avril 2016 au Bénin et le développement politique post-2016 révèlent d'importants signaux d'accélération et d'aggravation de la dé-démocratisation du pays. La plupart des poutres du système démocratique béninois sont soumises à rude épreuve : la restriction des libertés publiques et des droits fondamentaux, le droit d'élire et d'être élu, la fragilisation accrue des médias (Reporters Sans Frontières, 2019, 2020) et des organisations syndicales, bref, la capture des institutions et des procédures électorales et démocratiques, etc. La succession des élections législatives d'avril 2019, communales de mai 2020 et présidentielle d'avril 2021 a montré que la démocratie béninoise prend des chemins violents, voire belliqueux, sans précédent dans l'histoire post-indépendance du pays. Au nom d'une certaine conception du développement économique et du maintien de l'ordre et de la sécurité publique, les porteurs de propositions alternatives et les principes démocratiques sont étouffés (Freedom House, 2020, Secrétaire d'État des USA, 2021).

démocratique. Il faut rappeler que depuis 1960, l'année d'accession du Bénin à l'indépendance les systèmes politiques pratiqués dès lors étaient démocratiques jusqu'au coup d'Etat de 1972 qui consacra un régime révolutionnaire de type marxiste-léniniste. Un système politique qui a son tour échoua à cause de ses actions politiques. En réalité, sous le régime révolutionnaire, la priorité fut donnée au contrôle étatique des ressources, à la monopolisation du champ politique et idéologique où l'Etat exigeait des citoyens un unanimisme parfait. Mais force est de constater que deux ans après la promulgation de la loi du 26 août 1977, le régime issu du coup d'Etat de 1972 a commencé par donner des signes d'essoufflement. Puisque, en 1979, la conférence des cadres échoue dans sa tentative de démocratiser le régime par le multipartisme. Ensuite, en 1989, la crise est ouverte, la banqueroute est totale, les banques et les institutions financières nationalisées sont en liquidation. Le mécontentement était général dans le pays, les mouvements sociaux se développent et s'amplifient contre le régime. La gestion libertaire des deniers publics et la stagnation économique ont plongé le Bénin dans une crise économique sans précédent. La grandissante misère des populations et la déliquescence ont eu raison du régime constitutionnel et du pouvoir de Général Mathieu Kérékou. Les projets d'insurrection armée, la révolte de l'élite intellectuelle avec une grève de tous les secteurs de l'enseignement sont autant de manifestations qui attestent le caractère plausible de la guerre civile qui pointe à l'horizon. Face à cette situation de crise profonde, les élites intellectuelles qui revendiquaient la démocratie et qui rejetaient le régime monopartite du PRPB, refusent la violence comme mode changement. L'exigence patriotique de survie nationale était plus d'une fois affirmée. Elle se concrétisa par la réunion de la conférence nationale. A cette assise nationale, il a été démontré que les idéologies démocratiques de l'unité, de l'intégration et de la construction nationale du régime révolutionnaire qui a duré 17 ans, n'ont abouti qu'à la paralysie des sociétés dépouillant ainsi les individus du sens et du goût de l'initiative et de la créativité. Il s'agissait donc de mettre fin à cette situation de monopole, la pratique du parti unique ayant conduit très souvent à une situation d'inertie dans la plupart des secteurs de l'activité économique et sociale. La démocratie polyarchique fut donc considérée comme un véritable instrument susceptible d'accélérer le développement économique et social de l'Afrique en créant les conditions favorables à l'esprit de compétition qui, du plan politique se transpose rapidement au plan économique. Cette conférence ouvrit donc une nouvelle phase du constitutionnalisme béninois. Car il faut faire remarquer, la constitution issue de la conférence nationale permet au Bénin de renouer d'avec les pratiques démocratiques. C'est ailleurs les raisons qui expliquent l'usage du terme du retour du renouveau démocratique au Bénin, c'est-à-dire que le Bénin renoue

avec ces pratiques voire sa tradition démocratique issu depuis les indépendants. On peut sans risque appeler ce nouveau constitutionnalisme : *de démocratie réglée* car, non seulement le Bénin, a redoré son blason avec les pratiques démocratiques, mais la conférence vient mettre fin à cette évolution constitutionnelle et politique mouvementée depuis son accession à l'indépendance. Mieux, les changements successifs de régimes politiques et de gouvernement n'ont pas émoussé la détermination du Peuple Béninois à rechercher dans son génie propre, les valeurs de civilisation culturelles, philosophiques et spirituelles qui animent les formes de son patriotisme. Ainsi, la conférence des Forces Vives de la Nation, tenue à Cotonou du au 28 février 1990, en redonnant confiance au peuple, a permis la réconciliation nationale et l'avènement d'une ère de Renouveau Démocratique. Ce sont toutes ces raisons qui fondent notre qualification du renouveau démocratique du Bénin de : *De démocratie réglée*.

En fait, on est en face d'un système qui se présente sous le joug de ce qu'on pourrait décrire comme une lame à bande plate et mince d'une matière dure et tranchante. Ainsi, parle-t-on de la lame d'un ciseau, ou d'une scie. Celle qui prend ainsi l'allure d'un système politique autoritaire dans lequel, les gouvernants en place ne soumettent pas réellement leur pouvoir aux aléas d'une compétition ouverte lors d'élections pluralistes. Par ailleurs, ils ne tolèrent pas l'expression publique de désaccords politiques avec eux. Cependant, à la différence de régimes totalitaires, ils n'exigent pas des citoyens qu'ils partagent intimement l'idéologie des gouvernants. Certains se contentent parfaitement d'une indifférence généralisée qu'ils entretiennent parfois par des dérivatifs. Mieux, d'autres exigent une adhésion publique, mais tout extérieure, sans chercher à véritablement refaçonner les mentalités des citoyens. En vérité, à la différence des régimes outre que démocratique, qui assument leur caractère politique, c'est-à-dire gouvernants et gouvernés savent que rien ne désigne de façon nécessaire un homme ou un parti pour exercer le pouvoir à l'exception de tout autre : ni la coutume, ni Dieu, ni le sens de l'histoire ne peuvent confier un tel mandat. Seul le consentement du peuple peut fonder la légitimité d'un pouvoir, et ce consentement ne peut être donné que pour un temps déterminé.

Or, que vaut une démocratie qui remet en cause les droits acquis, qui opprime des individus à travers la confiscation des libertés par des gouvernants qui en se légitimant sur les oripeaux du fait majoritaire⁶? Cette démocratie-là n'en est pas une. Elle s'appuie sur le jeu majoritaire pour se

⁶Dans l'histoire de l'évolution des systèmes démocratiques, le régime représentatif ne s'est pas d'abord pensé qu'en démocratique quand il a pris son essor au 18^{ème} siècle et au 20^{ème} siècle. Il a utilisé le principe de l'élection originellement aristocratique, comme un mode de sélection donc des élites, des gouvernements, des représentants. Et

donner l'apparence de la démocratie, elle joue sur la citoyenneté pour mieux la retirer à certaines et à certains. La démocratie est donc *égalitaire et libre*⁷ pour toutes et tous ou elle n'est pas. Elle est ce qui permet de construire politiquement de manière incessante les remises en cause des dominations de toutes sortes. Et c'est d'ailleurs pourquoi il n'y a pas de sens à parler de *démocratie illibérale* comme on l'entend parfois à l'instar de Zakharia Fareed. Une démocratie qui empêche ses citoyens de jouir de l'égalité, de libertés ou de pouvoir revendiquer davantage d'émancipation n'est pas une tout simplement. *La démocratie réelle*⁸ peut être conçue à partir de la *souveraineté*

c'est après des jeux de pouvoir et de lutte sociale tout au long des deux derniers siècles que l'élection a pris un sens positif et démocratique pour façonner le dispositif de ce qu'on appelle aujourd'hui la démocratie libérale. Ce dispositif repose sur l'idée qu'un pouvoir représentatif est légitime et démocratique s'il résulte d'un vote majoritaire encadré par des règles qui font des sortes que, et principes libéraux et telle que la séparation des pouvoirs sont garanties. Mais, on est là dans un paradoxe si la démocratie est progressiste dans le sens où des valeurs d'égalité, de liberté s'étendent à de toujours plus grande partie de la population. On peut penser qu'en s'appuyant donc sur l'idée bien admise aujourd'hui que la démocratie repose sur la majorité et que cette majorité peut rendre légitime un pouvoir oppressif capable de remettre en cause des droits et des libertés. Surtout que cette majorité a été obtenue par des méthodes très peu conforme aux principes et valeurs de la démocratie. C'est véritablement ce à quoi ça donne le régime de l'heure dont tout semble décrit une gouvernance autoritaire.

⁷La démocratie doit donc protéger les citoyens contre l'arbitraire ou l'abus du pouvoir. Cela repose en premier lieu sur une égalité des droits entre les citoyens. Toute démocratie implique en effet un système politique où tous les citoyens sont soumis aux mêmes lois. Hansen précise que dès le départ le mot *démocratia* est équivalent au mot *isonomia* qui désigne l'égalité des droits politiques entre les citoyens, voire même de l'*iségoria* qui était une égalité des chances. On retrouve cette caractéristique notamment chez Hérodote qui écrit : « On constate toujours et partout que l'égalité entre les citoyens est un avantage précieux : soumis à des tyrans, les Athéniens ne valaient pas mieux à la guerre que leurs voisins, mais libérés de la tyrannie, leur supériorité fut éclatante ». Ce texte indique que ce principe d'égalité devant la loi est nécessairement au cœur de tout système démocratique car il empêche que le pouvoir soit exercé selon le bon vouloir des dirigeants. D'autre part, que l'on soit riche ou pauvre, intellectuel ou paysan, les responsabilités sont ouvertes à tous et chacun a, par le vote, le même poids pour accepter ou rejeter des décisions politiques ou la désignation des gouvernants. Hansen écrit que « les différents aspects de l'égalité invoqués par les démocrates eux-mêmes revenaient à l'égalité des droits, grâce à laquelle tous les citoyens pouvaient avoir des chances égales et une égale protection de la loi. Mogans Herman Hansen, *la démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Paris, Tallendier, 1995, p. 98. Voir aussi : Bruno Bernardi, *La démocratie*, Paris, Flammarion, 1999, p. 255; Luciano Canfora, *Démocratie : histoire d'une idéologie*, Paris, Seuil, 2006, p. 482; Guillaume Cazeaux, *Odyssée 2.0 la démocratie dans la civilisation numérique*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 316; Jean Cottave Claude Neuschwander, *La démocratie durable : L'utopie au quotidien*, F-84240 La Tour d'Aigues, 2005, p. 160; Arnaud Coutant, *Une critique républicaine de la démocratie libérale* : « De la démocratie en Amérique » d'Alexis de Tocqueville : étude, Paris, Mare-Martin, 2007, p. 561; Takēs Phōtopoulos, *Vers une démocratie générale : une démocratie directe, économique, écologique et sociale*, Paris, Seuil, 2002, p. 244; Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 385; Claude Lefort, *L'invention démocratique : Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, p. 331 ; Albert Ogien et Sandra Laugier, *Pourquoi désobéir en démocratie*, Paris, La Découverte, 2010, p. 211; Jacques Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, La fabrique, 2005, p. 106 ; Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée : histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 440; Pierre Roussel, *Les démocraties en danger : comment sera le monde de demain*, Paris, First, 2014, p. 379; Pierre Vidal-Naquet, *Les Grecs, les historiens, la démocratie : le grand écart*, Paris, La Découverte, 2000, p. 284; Howard Zinn, *Désobéissance civile et démocratie : sur la justice et la guerre*, Marseille, Agone, 2010, p. 550.

⁸Samuel Hayat, *Démocratie*, Paris, Anamosa, 2020, p.50.

populaire⁹ sur la base d'une pluralité d'expériences collectives qui ne peut être suffisante sans qu'on y ajoute les contestations de toutes les relations de pouvoir.

Ainsi, il se pose le problème de cerner les ressorts, et la portée des différentes mesures empiriques effectuées et voir par-là comment le citoyen béninois inséré dans une telle relation de pouvoir ou champ de gouvernance essaye de s'adapter ou de résister au recule démocratique. Mieux, il s'agit à la fin de cerner les différents modes d'adaptation des citoyens. On sait bien que la résilience est la capacité d'une personne ou d'un groupe à bien se développer, à continuer à se projeter dans l'avenir, en présence d'événements déstabilisants, de conditions de vie difficiles, de traumatismes parfois sévères. Mieux encore, pour Primo Levi : c'est

« la faculté qu'a l'homme de se creuser un trou, de sécréter une coquille, de dresser autour de soi une fragile barrière de défense, même dans des circonstances apparemment désespérées, est un phénomène stupéfiant qui demanderait à être étudié de près. Il s'agit là d'un précieux travail d'adaptation, en partie passif et inconscient, en partie actif. »¹⁰

De même, par extension, elle est également psychologique et renvoie à l'ensemble des processus qui consiste pour un individu à surmonter un traumatisme psychologique afin de se reconstruire¹¹. De façon classique, on considère que la résilience se construit autour de huit étapes

⁹La souveraineté populaire est une doctrine qui identifie comme souverain le peuple, au sens de l'ensemble de la population, la somme de tous les individus, par opposition à la nation, corps abstrait. La souveraineté populaire repose sur le Peuple, c'est-à-dire l'ensemble des citoyens actuels d'un pays. La souveraineté populaire implique le suffrage universel (bien que J-J Rousseau ne soit pas contre l'usage du tirage au sort en démocratie), puisque chaque individu détient une part de souveraineté. La faculté d'élire est donc un droit. De même le droit au référendum découle de la doctrine de la souveraineté populaire. C'est donc un ensemble réel. Le peuple, puisqu'il est souverain, peut s'exprimer directement. Si sa taille l'oblige à recourir à des mandataires, il pourra leur donner soit un mandat impératif où le peuple dicte les actions à poser, soit un mandat représentatif où l'élu est toujours censé représenter son électeur mais avec une plus grande marge de manœuvre lors de son travail législatif. Mieux, dans la théorie classique, la souveraineté populaire se traduit par un idéal de démocratie directe (le principe de souveraineté populaire n'était donc pas, au départ, démocratique, mais aristocratique : l'exercice de la démocratie directe était donc plus important que la participation de l'ensemble des citoyens à la chose publique pour promouvoir le bien commun). Cela est confirmé par la théorie de l'État-puissance à la fin du XIX^e siècle, développée par Maurice Hauriou, qui voit l'exercice de la démocratie directe dans l'élection du Président de la République au suffrage universel. Fabrizio Frigerio, « Souverain (chez Rousseau) », in : *Dictionnaire international du Fédéralisme*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 272-274 ; Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel, Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 2003, p. 224-228. Hamon, Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 28^{ème} éd, 2003, p. 17; Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Beaulavon, 1903, p. 295; Pierre Avril, Jean Gicquel, *Lexique, droit constitutionnel*, Paris, Puf, 6^{ème} éd, 1995, p. 127.

¹⁰Michel Mancieux, La résilience : un regard qui fait vivre, in *Ser « Etudes »*, 2001/10 Tome 395, p.321-330. <https://www.cairn.info/revue-etudes-2001-10-page-321.htm>

¹¹Boris Cyrulnik est celui à qui l'on doit la popularisation du terme de résilience et d'un espoir : celui de pouvoir se relever du pire. Mieux, notre capacité à reprendre le cours de notre développement, de notre vie, après un événement traumatique. <https://www.psychologies.com/Moi/Epreuves/Souffrance/Articles-et-Dossiers/Boris-Cyrulnik-le-penseur-de-la-resilience>

: la défense-protection ; l'équilibre face aux tensions ; l'engagement-défi ; la relance ; l'évaluation ; la signification-évaluation ; la positivité de soi et la création. Ainsi, l'on pourrait présenter la résilience démocratique de la société béninoise comme la capacité des citoyens à être préparée aux chocs et aux crises, de même que leur capacité à les surmonter. Mais, au-delà de la résilience, des attitudes de résistance sont bien perceptibles de la part des individus résilients. Il s'agit, en effet, de la capacité à se tenir en face, faire volte-face, résister à, tenir bon contre, tenir tête à, s'opposer à. Aussi, la résistance est l'action de résister. C'est la qualité d'un corps lorsqu'il résiste à l'action d'un autre corps ou la force qui s'oppose à un mouvement. Enfin, même s'il est unanimement admis auprès des citoyens interviewés dans les douze départements que la démocratie béninoise depuis 2016 est sous capture et est exclusive, les modes d'adaptation et de réinvention des citoyens, en revanche, varient d'un département à l'autre. Il faut dire que dans les départements du Borgou et de l'Alibori surtout, la résilience démocratique prend l'allure dualiste et se donne à voir d'une part, à travers la *résilience en la foi et surnoise* via une *résistance violente* d'autre part (I). Toutefois, s'il est vrai que la capacité des citoyens à surmonter la démocratie béninoise désormais sous capture-exclusive, ce qui donne lieu à l'émergence de plus d'une variété de résiliences, il n'en demeure pas moins vrai que l'issue d'une telle démocratie¹², ouvre la porte à une souveraineté désormais à géométrie variable (II).

I- UNE GOUVERNANCE AUTORITAIRE A L'EPREUVE DE LA RESILENCE

La prophétie de la fin de l'Histoire et de l'inéluctable triomphe du modèle démocratique devront attendre. Le spectre du néo-autoritarisme hante désormais le renouveau démocratique au Bénin malgré toutes les précautions prises par les pères fondateurs de la constitution du 11 décembre 1990. S'il est vrai que les événements de révision de la constitution par un parlement sans opposition ont entériné avec force et fracas le déclin d'une démocratie modèle de l'Afrique, il n'en demeure pas moins vrai qu'il a surtout démontré que le moteur normatif de la démocratie béninoise tant vanté par les juristes constitutionnalistes (constitution de tous les records, constitution verrouillée dont la clé est jetée dans la mer..., etc.)¹³ n'est plus infallible. Il en ait

¹²Sur la démocratie, voir : Philippe Braud, *Science Politique, t.1, La démocratie*, Paris, Seuil, 1997 ; Norberto Bobbio, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Cerf, 199 ; Michel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002 ; Bernard Mani, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Levy, 1995 ; Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2007, p.440.

¹³ Joël F. Aïvo, *Constitution de la République du Bénin, la Constitution de tous les records en Afrique*, Cotonou, ONIP, 2013, p.59-60 ; Salami Ibrahim, *Textes constitutionnels du Bénin*, Cotonou, Odouchina, 2010, p. 2. Pour aller plus loin sur la question voir : Toudonou A. Johannesse, Kpenonhoun Césaire, *Constitution et textes constitutionnels de la République du Bénin depuis les origines Dahoméennes*, CERDEC-Afrique, Fondation Friedrich Naumann, Cotonou, quatrième trimestre 1997 ; Léon Bani Bio Bigou « La contribution du pouvoir législatif à la vie politique

ainsi depuis peu, à tel enseigne que le processus démocratique laborieux et de consolidation démocratie en cours depuis 1990-2015 connaît l'érosion démocratique qui affecte l'ensemble des espaces régionaux africains. Cependant, les citoyens béninois insérés dans un tel champ de gouvernance essayent de s'adapter ou de résister au recul démocratique en adoptant différents modes d'adaptation et de résilience citoyenne malgré le traumatisme parfois sévère.

A- Une résilience en la foi et surnoise

Mentionnons d'entrée de jeu que la participation politique¹⁴ peut prendre une forme conventionnelle ou non conventionnelle. L'acte électoral est la manifestation la plus évidente de

du Bénin de 1965 à 1975 », in *L'histoire du pouvoir législatif des indépendances à nos jours, Actes du colloque parlementaire du cinquanteaire*, Porto-Novo, juin 2011, CAPAN, p.82; Francis Laloupo, *La Conférence Nationale au Bénin : un concept nouveau de changement de régime politique*, l'Afrique, 1992-1993; Jean-Baptiste Mokotan, « Une nouvelle voie d'accès au pluralisme politique : la conférence nationale souveraine », *Afrique*; 200 n : 7, novembre 1991.

¹⁴ La participation citoyenne se définit comme l'action d'un citoyen pour contribuer à l'intérêt général. En réalité, elle consiste à donner une place plus importante aux citoyens dans le processus d'élaboration des politiques publiques dans les systèmes politique démocratique, notamment grâce à d'innombrable mécanismes voire aussi, des outils en ligne. C'est-à-dire : acte civique, vote, participation à un dispositif de concertation... etc. Les formes de participation citoyenne varient d'un système politique à un autre. Ainsi, les dispositifs existants peuvent constituer de véritables leviers pour mobiliser les citoyens et favoriser l'engagement sur l'ensemble de la structure d'un territoire. Mais, plus concrètement, elle désigne les procédures, démarches ou tentatives faites pour donner un rôle aux individus dans la prise de décision affectant la communauté ou l'organisation dont ils font partie. La participation, représentant tout à la fois l'outil le plus basique et le plus complet de la démocratie participative, consisterait ainsi à *prendre part*. Cette notion s'applique à de nombreux domaines variés : au niveau le plus général, ceux relevant de la gouvernance, de la démocratie participative, de la citoyenneté ou encore de l'écocitoyenneté; à des niveaux plus restreints, ceux relevant de la gestion d'organisations, d'entreprises, d'associations ou de groupes de base. Pierre Melin, Françoise Choay, *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, Paris, Puf, 2000, p. 575; Sherry R. Arnstein, "A Ladder of Citizen Participation" *Journal of the American Institute of Planners*, vol. 35, n° 4, Juillet 1969, p. 216-224; Jacques Donzelot-Renaud Epstein, *Démocratie et participation : l'exemple de la rénovation urbaine*, Esprit, juillet 2006, p. 5-34; Marie-Hélène Bacque-Yves Sintomer, *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, Paris, La Découverte, 2011, p.12 ; Michel Monbeig, « L'impossible démocratie participative », *Pensée Plurielle*, n° :15, 2007, p.29-47 ; John Thompson, « De l'expérimentation à une pratique renouvelée », *Concertation citoyenne en urbanisme. La méthode du Community planning*, Paris, Adels, 2010, p.16; Michel Monbeig, « L'impossible démocratie participative », Paris, *Pensée Plurielle*, n° 15, 2007, p.32; Daniel Dubas, « Appropriation politique de deux démarches participatives en Suisse. Une analyse comparative des cas de Werstadt Basel et Quartiers 21 à Lausanne », *Les cahiers du développement urbain durable*, Lausanne, Urbia, n° : 3, 2006, p.81 ; Yves Bonard, « Enjeux et limites de la concertation en aménagement du territoire », *Urbia, Les cahiers du développement urbain durable*, Lausanne, n° : 3, 2006, p.99 ; Daniel Dubas, « Appropriation politique de deux démarches participatives en Suisse. Une analyse comparative des cas de Werstadt Basel et Quartiers 21 à Lausanne », *Urbia, Les cahiers du développement urbain durable*, Lausanne, n° : 3, 2006, p.80. Michel Monbeig, « L'impossible démocratie participative », *Pensée Plurielle*, no : 15, 2007, p.32; Pierre Melin, Françoise Choay, *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, p.575; Marie-Hélène Bacqué- Yves Sintomer, *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, Paris, La Découverte, 2011, p.288; Marie-Hélène Bacqué, Mohamed Mechmache, *Pour une réforme radicale de la politique de la ville. Citoyenneté et pouvoir d'agir dans les quartiers populaires*, rapport au Ministre délégué chargé de la Ville, 2013, p.97; Marguerite Boutelet-Juliette Olivier, *La démocratie environnementale. Participation du public aux décisions et politiques environnementales*, Dijon, Universitaires de Dijon, collections Sociétés, p.11; Sylvie Brunel, *Le développement durable. Pour un pacte social planétaire*, Paris, Que sais-je/Presses Universitaires de France, 2004, p.127; Jean-Pierre Gaudin, *La démocratie participative*, Armand Colin, Paris, 2007, p.117; Eléonore Hauptmann-Nick Wates, *Concertation citoyenne en urbanisme. La méthode du*

la participation politique. Mais, on peut concevoir l'ensemble des moyens d'action selon des répertoires d'actions politiques, qui évoluent au fil du temps et mettent en évidence les transformations de l'engagement politique. Ainsi, dans les départements du Borgou et de l'Alibori les modes d'adaptation se structurent autour d'une forme particulière de résilience qu'on pourrait qualifier de *résilience en la foi, voire surnoise*.

En effet, la résilience en la « *foi* » chez les citoyens du Borgou-Alibori prend la forme d'une espérance, même en présence de souffrance. Ceux-ci expriment une profonde confiance dans les forces positives dont dispose l'être humain, dont la foi. Mieux, cette forme de résilience peut se comprendre donc ici comme la force d'âme qui permet de continuer malgré les difficultés et les obstacles « *dans l'espoir certain que Dieu tient le monde entre ses mains et que, malgré toutes les ténèbres, il gagne...Il est la lumière qui éclaire toujours à nouveau un monde sombre et nous donne le courage de vivre et d'agir* ». ¹⁵ En réalité, c'est la conception de saint Augustin selon laquelle tout pouvoir vient de Dieu, qui est une reprise de la doctrine de Saint Paul. En effet, dans la nature, aucun homme ne peut avoir un pouvoir sur un autre homme. Par ailleurs, l'autorité existe et elle est certainement nécessaire pour maintenir la cité. Dans ces conditions, cette autorité ne peut venir que de Dieu. Pour cela, il (le citoyen) s'en remet à ce qu'il appelle des « causes secondaires » et à la providence qui dirige l'histoire. Il faut, en effet, se souvenir que Dieu est maître de la providence et que tout ce qui se produit entre nécessairement dans le dessein de Dieu ¹⁶. Cependant, s'il est vrai que le fondement du pouvoir est bien divin, en ce sens que, toute autorité repose sur la volonté de Dieu, il n'en demeure pas moins vrai que la forme du pouvoir est une affaire humaine. ¹⁷ Dans ce contexte, l'intervention des gouvernés dans la désignation des gouvernements est tout à fait possible et le choix des gouvernants peut/doit résulter de la volonté populaire. Ainsi, il faut dire que le consentement ne réside pas en une adhésion unanime à chacune des mesures prises par un gouvernement, mais en un accord global sur le système politique mis en place.

Ensuite, quant à la résilience « *sournoise* », elle s'exprime au travers de ce qu'on pourrait qualifier de : « *participer ou subir, voire disparaître* ». En réalité, dans une situation

Community planning, Paris, Adels, 2010, p.115 ; Ville De Lausanne, La participation, Rapport-préavis, n° 19, 2007a, consulté 12 mai 2023, Lausanne.

URL : <http://www.lausannech/view.asp?DocId=26627>

¹⁵Encyclique Deus Caritas Est-Dieu est amour, 39, 2005.

¹⁶Dimitri Georges Lavroff, *Les grandes étapes de la pensée politique*, Paris, Dalloz, 1999, p.79.

¹⁷Jean-Paul Jacqué, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd, 2006, p.17.

d'impuissance à infléchir le cours des actions politiques, ou dans l'incapacité à saisir les ressorts des principes abstraits qui semblent gouverner les actions, qui régissent les sollicitations politiques dont les élites politiques de l'heure maîtrisent seul le fonctionnement, seul le ralliement apparaît comme le dernier recours qui permettra de survivre dans un tel champ politique, au risque de subir ou d'être le témoin passif de sa propre disparition de l'arène politique. C'est en cela que constitue la posture de real-politique de certains acteurs politiques de l'opposition, de même que celui de certains citoyens en ralliant la gouvernance de l'heure. Pour d'autre, ces ralliements qu'on pourrait qualifier de contre nature s'expliquent par le fait d'une volonté manifeste d'identification des forces et faiblesses du régime en place afin d'en faire une opportunité pour les joutes électorales à venir¹⁸.

Mais en vérité, au Bénin, au lieu de craindre le peuple à cause de ses dérives autoritaires comme le dénonçait l'abbé Sièyes¹⁹, c'est le corps politique gouvernemental et législatif qu'il faut craindre. Car sa volonté ou sa posture manifeste de destruction du système politique de 1990 conduit tout droit à déposséder la nation béninoise de sa souveraineté. Si l'on s'en tient aux analyses du doyen Védel, la démocratie représentative du Bénin serait victime d'un « *absolutisme représentatif* ». D'une part, on assiste à la captation du pouvoir par l'Assemblée élue, et à sa maîtrise par les comités directeurs des partis politiques d'autre part. C'est d'autant plus vrai que, les élections législatives d'avril 2019 n'ont été ni libres ni équitables. Car, les nouvelles règles électorales ont effectivement empêché tous les partis d'opposition d'y participer. Les observateurs

¹⁸Propos d'enquête illustratif de la résilience sournoise : «Voilà ce que je tiens à vous dire quand vous avez en face de vous quelqu'un qui est plus puissant que vous, quelqu'un que vous ne pouvez pas terrasser, qu'est-ce que vous faites, vous cherchez des trucs pour le salir, pour le déstabiliser, c'est ces trucs-là ils ont cherché pour dire ils sont en connivence puisqu'ils savent bien que le peuple ne veut pas de TALON, le peuple ne veut pas du Président de la République et tous ceux-là qui sont proches du Président de la République sont vomis par le peuple. Donc comme ça il faut prendre le parti et coller ça au Président de la République pour que le parti soit vomi. C'est le problème. Mais ... ce que je peux dire encore, si vous et moi nous sommes en combat, moi je suis à Banikani vous vous êtes à Guema on ne va jamais finir ce combat parce qu'on ne se voit pas pour s'attaquer. Il faut que quelqu'un d'entre nous soit proche de l'autre pour pouvoir voire les faiblesses de l'autre et attaquer ces faiblesses-là pour pouvoir le terrasser, c'est la politique de la FCBE. Si nous avons fait semblant, c'est pour voir les faiblesses du Présid... hein du régime et prendre ces faiblesses-là et transformer ça en notre opportunité afin de finir avec lui. »

¹⁹Par le transfert de la souveraineté du roi vers le peuple, l'abbé Sièyes entendit dénoncer avec insistance les défauts insurmontables de la démocratie brute. Car, selon lui, la participation directe du peuple aux affaires publiques a en effet le principal tort de conduire à des dérives autoritaires. Dans le régime démocratique, les libertés ne sont pas protégées. La sécurité de la minorité face à la majorité n'est pas garantie. À l'inverse, il prône le système représentatif dans lequel, les électeurs délèguent la gestion des affaires communes aux citoyens les plus capables. Ils ne sont pas dépossédés de leur souveraineté puisqu'ils conservent le pouvoir essentiel de contrôler régulièrement ses représentants qui peuvent être révoqués par la voie électorale. Mais ils ne peuvent intervenir directement dans la marche du gouvernement. Toute cette démonstration se pose sur une distinction majeure restée au cœur de la théorie constitutionnelle moderne entre le « pouvoir constituant » (la nation) et « pouvoir constitué » (les organes représentatifs). Elle associe également le geste électoral à un acte de délégation plus qu'à un acte de participation. Elle explique la formule de Sièyes « L'autorité vient d'en haut, la confiance vient d'en bas. »

ont annulé les plans de surveillance du scrutin par crainte de violence. La participation est tombée à environ un quart des électeurs éligibles au milieu d'un boycott de l'opposition. Il y a eu une coupure d'Internet le jour du scrutin et les forces de sécurité ont violemment réprimé les manifestations avant et après le scrutin entraînant plusieurs morts²⁰. Seuls l'Union progressiste progouvernementale et le Bloc républicain ont remporté des sièges, en remportant respectivement 47 et 36 sièges²¹. En novembre de la même année, la nouvelle Assemblée nationale a adopté des amendements constitutionnels, notamment des dispositions imposant des limites de trois mandats aux législateurs, élargissant le corps à 109 sièges. Une situation qui sape voire tue le caractère pluraliste de notre système politique.

Par conséquent, à travers la captation du pouvoir par l'Assemblée élue, au suffrage universel, on débouche sur ce que l'on appelle la « *souveraineté parlementaire* ». En d'autres termes, d'un simple organe exprimant parmi d'autres la volonté de la nation, l'Assemblée devient le véritable titulaire de la souveraineté²². Dans le cas spécifique du Bénin, étant donné que la

²⁰<https://freedomhouse.org/country/benin/freedom-world/2021>

²¹<http://ortb.bj/infos-une/liberte-de-la-presse-le-benin-113eme-dans-le-classement-2020-de-rsf/#:~:text=Le%20B%C3%A9nin%20connait%20une%20nouvelle,%C3%A0%2017%20places%20plus%20bas>

²²Au terme des articles 2, 3 et 4 de la loi fondamentale du 11 décembre 1990, la République du Bénin est une et indivisible, laïque et démocratique. Son principe est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple comme le dirait un certain Abraham Lincoln. Sa souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Ainsi le peuple exerce sa souveraineté par ses représentations élus et par voie de référendum. L'on peut ainsi conclure sans risque de se tromper que le titre I qui traite de l'Etat De la souveraineté institue au Bénin la théorie de la souveraineté nationale contrairement à celle de la souveraineté populaire, un principe constitutionnel établi en réaction contre le principe de souveraineté de droit divin, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Principe selon lequel, tout pouvoir émane de la nation considérée comme une personne morale, distinct des individus qui la composent. Repris depuis 1791 en France par toutes les constitutions sauf celle du 24 juin 1793, il implique le régime représentatif et électoral fonction. Autrement dit, le principe de la souveraineté nationale appartenant au peuple béninois issu de la constitution du 11 décembre 1990 n'est rien d'autre que le principe de la souveraineté qui a été formulé à l'article 3 de la déclaration de 1789 : c'est à dire (Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.) Ce qui nous amène à déterminer le titulaire de la souveraineté comme le seul détenteur du pouvoir. En réalité c'est par une facile terminologie que l'on parle de souveraineté de l'Etat. Si non, la souveraineté appartient à la nation personnifiée par l'Etat (l'Etat est la nation juridiquement organisée). La nation forme une entité distincte de ceux qui la composent. Titulaire de la souveraineté, est doté de volonté propre qu'expriment ses représentants. Le pouvoir de commandement lui appartient et non à un individu (roi) ou à un groupe d'individu (classe des élus). Aussi, la doctrine de la souveraineté nationale postulerait que le titulaire de la souveraineté est la nation, c'est-à-dire une entité tout à faire abstraite qui n'est pas seulement composée des hommes vivants sur le territoire à un moment donné, mais qu'on définit en prenant en compte la continuité des générations ou un intérêt général qui transcenderait les intérêts particuliers. Enfin, on en vient à la conséquence que la souveraineté nationale est une et inaliénable, postulant l'unité de la nation dont la conséquence ici est que la souveraineté n'appartient pas pour partie à chaque citoyen. Elle n'est pas atomisée, il n'y a pas n- million de cosouverains. Aussi qu'elle s'exerce par l'intermédiaire de représentants, c'est-à-dire que la nation choisit donc ses représentants qui ne sont propriétaire de la souveraineté, s'ils l'exercent, c'est par représentation de la nation et enfin, la théorie de l'électorat fonction. Le choix des représentants n'est pas une manifestation de la souveraineté individuelle des citoyens- électeurs, ceux-ci exercent une fonction, ils agissent au nom de la nation. Francis Hamon Michel Troper, et al., *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 27^{ed}, 2004, p.174; Philippe Ardent-Mathieu Bertrand, *Institutions*

Constitution du 11 décembre 1990 a fondé un régime présidentiel sur les valeurs et principes de la démocratie pluraliste et sur la séparation rationaliste des pouvoirs et que c'est seulement les pouvoirs exécutif et législatif qui sont les seuls organes politiques dont l'élection a lieu au suffrage universel direct, seuls ces deux organes exprimeront la volonté de la nation béninoise. Le corps politique gouvernemental et législatif dans le cas du Bénin, devient le véritable titulaire de la souveraineté. Non seulement le régime représentatif du Bénin fait l'objet actuellement d'un absolutisme représentatif mais il connaît aussi la corruption de ses principes. Comme l'affirme Montesquieu dans son ouvrage *Esprit des lois* I : « *Le principe de la démocratie se corrompt, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême, et que chacun veut être égale à ceux qu'il choisit pour lui commander* »²³. Il en résulte que la classe dirigeante du Bénin, prendrait l'esprit d'égalité extrême et voudrait être égal à ceux qui l'ont choisi pour lui commander. Dès lors que la classe des élus devient égale au souverain, elle voudrait lui commander. Ainsi, elle commanderait ceux qui l'ont choisi et devient par conséquent le véritable titulaire de la souveraineté dans cette démocratie. Alors qu'au départ, elle n'était titulaire de la souveraineté si elle l'exerce, mais par représentation de la nation. Ainsi, le régime représentatif du Bénin se métamorphoserait en un système représentatif où tout se fait au nom du peuple et pour le peuple ; rien ne se fait directement par lui car il n'est pas la source sacrée de tous les pouvoirs. Mais il n'en exerce également aucun. Cet état de choses est contraire à ce que disait Georges Cabanis, un membre du groupe des idéologues quand il définissait la démocratie représentative en ces termes : « *Dans le véritable système représentatif, tout se fait au nom du peuple et pour le peuple, rien ne se fait directement par lui : il est la source sacrée de tous les pouvoirs, mais n'en exerce aucun* »²⁴. Contraire également à la définition du Comte Roederer pour qui « *la démocratie est celle où une partie des citoyens, choisie par l'autre, fait des lois et les fait exécuter. Elle est démocratie en ce sens que les représentants sont choisis sans condition de naissance par tous les citoyens ; mais elle est démocratie représentative, et non plus démocratie pure, parce que ce n'est plus le gouvernement de la totalité des citoyens, mais seulement d'une*

politiques et Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J, 22^{ème} éd, 2010, p.172 ; Charles Debbach, Jacques Bourdon, et al., *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd, 2001, p. 402. Voir aussi : Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999; Samy Cohen, *La résistance des États : les démocraties face au défi de la mondialisation*, Paris, le Seuil, 2003; Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté, Histoire et fondement du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1996; Maillard Desgress, Félicien Le maire et al., *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrétien, 2006; Jean Picq, *Histoire et droit des États : La souveraineté dans le temps et l'espace européens*, Paris, Presse de science politique, 2005.

²³Op., cit, p.243.

²⁴George Cabanis, *Quelques considérations sur l'ordre social 1789*, cité par Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris Armand colin, 2004, p.311-312.

partie des citoyens... Voilà l'idée que nous avons trouvée dans le mot "représentative" ajouté au mot démocratie »²⁵.

B- Une résistance violente

La résistance « *violente* » emprunte la même trajectoire que les formes de participation²⁶ non conventionnelle dans les démocraties pluralistes contemporaines. Sa caractéristique principale repose davantage sur une logique protestataire, et vise à perturber le système politique établi. Elle est d'autant illégale que son mode opératoire consiste en la séquestration de dirigeants, de chefs d'entreprises, blocage d'axes routiers, de sit-in etc. Ces dimensions de la participation politique peuvent être exercées à un niveau individuel (un vote, un boycott) ou collectif (une manifestation ou un sit-in sur une place publique). Dans le cas atypique des départements du Borgou et de l'Alibori, il s'agit principalement de toutes les actions de protestation allant de la destruction des édifices publics, des bureaux d'arrondissement, les barrages et de destruction des infrastructures routières. On peut inscrire dans ce registre d'actions les soulèvements d'individus en vue d'empêcher l'organisation des élections à travers la confiscation des urnes et des bulletins de vote etc., pour cause de l'exclusion des partis de l'opposition pour les élections. Tout acte de désobéissance civile pour cause de ressentiment d'injustice et d'inégalité, et même la volonté manifeste de certains citoyens de se faire enrôler par les promoteurs-entrepreneurs de l'extrémisme violent s'inscrivent dans cette perspective.

L'on pourra principalement faire référence aux événements qui s'inscrivent dans la droite ligne des contestations politiques qui ont éclaté dans la foulée des législatives tenues sans partis d'opposition et remportées par deux partis proches du pouvoir du Président Patrice Talon. Et ce, lors des manifestations qui ont éclaté dans plusieurs villes du Bénin le 5 avril 2021, notamment

²⁵Le Comte Roederer, *discours du 4 mars 1801*, cité par Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p.311-312.

²⁶La participation politique peut prendre une forme conventionnelle ou non conventionnelle. L'acte électoral est la manifestation la plus évidente de la participation politique, mais on peut concevoir l'ensemble des moyens d'action selon des répertoires d'actions politiques, qui évoluent au fil du temps et mettent en évidence les transformations de l'engagement politique. C'est ainsi que la participation politique correspond à l'ensemble des modalités d'actions par lesquelles les individus entrent en relation avec le pouvoir. La participation politique peut prendre deux formes : elle est conventionnelle, lorsqu'elle est institutionnalisée et légale (vote, militantisme). Par contre, la participation est non conventionnelle lorsqu'elle repose davantage sur une logique protestataire, et vise à perturber le système politique établi. Mieux, la participation non conventionnelle consiste en des actions, plus directes pouvant être légales (manifestations, grèves, etc.) ou illégales (séquestration de dirigeants, d'entreprise, blocage d'axes routiers etc.) Ces dimensions de la participation politique peuvent être exercées à un niveau individuel (un vote, un boycott sont des mesures que les individus prennent individuellement) ou collectif (une manifestation ou un sit-in sur une place publique ne peuvent être que collectifs) <https://www.kartable.fr/ressources/ses/cours/quels-sont-les-repertoires-de-laction-politique-aujourd'hui/11101> 17/08/2022.

dans les départements des Collines, dans le Borgou, l'Alibori et dans l'Atacora, pour réclamer le départ du président Patrice Talon. Les manifestants estimaient que, passé le délai du 05 Avril à minuit, Patrice Talon n'était plus président du Bénin. Certaines manifestations sont devenues très violentes. Si à Cotonou, des manifestants ont brièvement occupé la Place de l'Étoile-Rouge le 5 mars 2021 au soir et ont brûlé des pneus avant d'être dispersés par les forces de sécurité, à Parakou, Tchaourou, Kandi et les périphéries par contre, les manifestants ont disposé des barricades sur plusieurs dizaines de kilomètres, dans le seul but de «bloquer la circulation, coupant ainsi le pays en deux. Mieux, la station de radio Urban FM de Parakou a été vandalisée et incendiée de même que le bureau d'arrondissement d'Angaradébou etc. Les manifestations se sont muées en un affrontement entre « *de jeunes gens, des chasseurs armés de fusils de chasse et d'armes de guerre* » et les forces de l'ordre²⁷.

Par ailleurs, il faut insister sur les manifestations et violences avant une l'élection présidentielle controversée. En effet, le 11 avril 2021 près de cinq millions de personnes étaient appelées à voter lors de l'élection présidentielle au Bénin, un scrutin controversé et marqué par des tensions, car les réformes électorales introduites en 2019 exigent que les candidats aux postes de président et de vice-président obtiennent les parrainages d'au moins un dixième de tous les membres du Parlement ou des maires (seize représentants). Ce vote s'est tenu après les élections législatives contestées d'avril 2019, auxquelles les partis d'opposition n'ont pas pu participer en raison des exigences strictes du Code électoral de 2018, et les élections municipales d'avril 2020, où un seul parti d'opposition a obtenu une majorité de conseillers dans sept municipalités. Le 27 novembre 2020, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a rendu une décision demandant aux autorités du Bénin d'annuler les changements controversés du Code électoral²⁸. Mais rien n'y fi, aussi, remarquons qu'à la suite des réformes électorales, seulement trois candidats étaient éligibles à la fonction suprême : le président sortant Patrice Talon, Alassane Soumanou et Corentin Kohoué, ces deux derniers étant relativement inconnus de la population. Les principaux dirigeants de l'opposition sont soit en exil, arrêtés, mis en examen pour divers crimes et délits, ou ont été déclarés inéligibles.

²⁷<https://www.amnesty.org/fr/latest/press-release/2019/05/benin-une-repression-postelectorale-inquietante/>
<https://www.bbc.com/afrique/region-48647218>

²⁸<https://monitor.civicus.org/explore/benin-protests-violence-precède-controversial-presidential-elections-without-main-opposition/>

C'est dans cette conjoncture que, des manifestations ont éclaté dans tout le pays quelques jours avant le vote. Certaines sont devenues violentes et d'autres ont été dispersées par un usage excessif de la force qui a fait au moins deux morts à Savè. À la fin de la journée électorale la Plateforme électorale des organisations de la société civile, qui avait déployé des observateurs électoraux dans tout le pays, a affirmé que « *dans tous les départements, des tentatives de pression, d'intimidation, de menaces, de troubles à l'ordre public, de corruption ou de harcèlement des électeurs ont été observées* ». Sans surprise, c'est Patrice Talon qui a remporté l'élection présidentielle. La Commission électorale nationale autonome (CENA) a annoncé les résultats provisoires du scrutin : Patrice Talon a été réélu avec 86,57 % des suffrages exprimés. Mais précédemment à l'élection présidentielle d'avril 2021, les élections législatives d'avril 2019 ont été entachées fondamentalement par des violations de l'espace civique, notamment l'interdiction quasi systématique des manifestations et un recours excessif à la force par les forces de sécurité, y compris de la force meurtrière, qui ont conduit à la mort de plusieurs personnes, à la coupure d'Internet le jour du vote et à des arrestations arbitraires²⁹.

A l'instar des faits évoqués plus haut, le 20 décembre 2019 déjà, des agents de l'Office central de répression de la cybercriminalité (ORCR) avaient arrêté le journaliste d'investigation et rédacteur en chef de la chaîne d'information numérique Bénin Web TV Ignace Sossou à son domicile à Cotonou. Le journaliste a été interrogé dans les bureaux de l'ORCR au sujet de ses publications sur Twitter et Facebook citant le procureur Mario Metonou lors d'un atelier pour les médias sur les fausses nouvelles qui s'est tenu le 18 décembre 2019. Quelques jours plus tard, le 24 décembre 2019, un tribunal béninois a condamné Sossou à une peine de prison de dix-huit mois et à une amende de 200 000 francs CFA (335 USD) pour « *harcèlement par le biais de moyens de communication électronique* » en vertu du Code du numérique de 2018. Plus tard cette peine a été ramené à douze mois de prison, dont six avec sursis, et l'amende a été portée à 500 000 francs CFA. Selon le groupe pour la liberté des médias Reporters sans frontières (RSF), qui a comparé la publication sur les réseaux sociaux et la transcription publiée par l'organisateur de l'atelier, « *le journaliste a repris mot à mot le procureur, à quelques exceptions près, sans aucunement détourner le sens du message exprimé*³⁰ ».

²⁹Ibid.

³⁰Ibid.

Enfin, en ce qui concerne la liberté d'association, il faut insister les arrestations de membres de l'opposition. Selon Amnesty International, au moins douze membres de l'opposition et détracteurs du Gouvernement ont été convoqués, placés en détention, mis en examen ou condamnés depuis janvier 2021. Parmi eux : 1- l'opposant du parti Les Démocrates (LD) Bio Dramane Tidjani et son collaborateur Mamadou Tidjani, qui ont été mis en examen le 1er mars 2021 pour « *association de malfaiteurs et terrorisme* » et ont été placés en détention provisoire selon leur avocats ; 2- le membre du LD Abdoul Razak Amadou, qui a été condamné à six mois de prison, dont quatre avec sursis, pour « *incitation à la violence et à la rébellion* ». Selon Amnesty International, Razak Amadou était accusé d'avoir diffusé une publication sur WhatsApp. Il a été remis en liberté le 25 mars 2021; 3-Rékiatou Madougou du LD, qui a été arrêtée le 3 mars 2021 à Porto Novo. Par le passé on l'avait empêchée de se présenter à l'élection présidentielle. Elle a été accusée de « *financement du terrorisme* ». Plus tard, un magistrat de la Cour de répression des infractions économiques et du terrorisme (CRIET) a affirmé que la Cour avait reçu des « *instructions* » du pouvoir politique et qu'elle n'est pas indépendante ; des affirmations que le parti au pouvoir a qualifié de manipulation politique. Plus récemment, le 16 avril 2021, l'universitaire Joël Aïvo, dont la candidature aux élections présidentielles a été rejetée, a été arrêté à Cotonou, apparemment pour les manifestations et les troubles qui ont précédé les élections. Aïvo été accusé de « *porter atteinte à la sûreté de l'État* » et de « *blanchiment de capitaux* ». A l'issue du procès, la Cour de répression des infractions économiques et du terrorisme (Criet) de Porto-Novo l'a reconnu coupable en le condamnant à dix ans (10 ans) d'emprisonnement ferme, ainsi que deux coaccusés (Boni Sarè Issiakou et Ibrahim Bachabi Moudjaïdou), de « *blanchiment de capitaux* » et « *atteinte à la sûreté de l'Etat* ». Alain Gnonlonfoun, financier de M. Aïvo, a été relaxé au bénéfice du doute³¹.

³¹ https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/12/07/au-benin-l-opposant-joel-aivo-condamne-a-dix-ans-de-prison-denonce-une-vengeance-politique_6105020_3212.html, consulté le 28/01/2024.

II- UNE GOUVERNANCE AUTORITAIRE, UNE SOUVERAINETE³² A GEOMETRIE VARIABLE

Les principes de la souveraineté qu'il soit populaire ou national, le titulaire de souveraineté est le seul et unique détenteur du pouvoir. Au Bénin, au terme des articles 2, 3 et 4 de la loi fondamentale du 11 décembre 1990, la République du Bénin est une et indivisible, laïque et démocratique. Son principe est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple comme le dirait un certain Abraham Lincoln. Sa souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Ainsi le peuple exerce sa souveraineté par ses représentations élus et par voie de référendum. L'on peut ainsi conclure sans risque de se tromper que le titre I qui traite de l'Etat De la souveraineté institue au Bénin la théorie de la souveraineté nationale contrairement à celle de la souveraineté populaire, un principe constitutionnel établi en réaction contre le principe de souveraineté de droit divin, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Principe selon lequel, tout pouvoir émane de la nation considérée comme une personne morale, distinct des individus qui la composent. Repris depuis 1791 en France par toutes les constitutions sauf celle du 24 juin 1793, il implique le régime représentatif et électoral fonction³³, autrement dit, le principe de la souveraineté nationale appartenant au peuple béninois issu de la constitution du 11 décembre 1990 n'est rien d'autre que le principe de la souveraineté qui a été formulé à l'article 3 de la déclaration de 1789³⁴. Ce qui nous amène à déterminer le titulaire de la souveraineté comme le seul détenteur du pouvoir. En réalité c'est par une facile terminologie que l'on parle de souveraineté de l'Etat. Si non, la souveraineté appartient à la nation personnifiée par l'Etat (l'Etat est la nation juridiquement organisée). La nation forme une entité distincte de ceux qui la composent. Titulaire de la souveraineté, est doté de volonté propre qu'expriment ses représentants. Le pouvoir de commandement lui appartient et non à un individu (roi) ou à un groupe d'individu ³⁵(classe des

³²Voir aussi : Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p.306; Samy Cohen, *La résistance des Etats : les démocraties face au défi de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003, p.264; Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté, Histoire et fondement du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1996, p.2010; Maillard Desgress, Joël Félicien Le maire, Félicien Hautebert, Frederick Rouvillois, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrétien, 2006, p.229; Jean Picq, *Histoire et droit des Etats : La souveraineté dans le temps et l'espace européens*, Paris, Presse de Science Politique, 2005, p.409.

³³Charles Debbach et al ; *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd, 2001, p.402.

³⁴Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

³⁵Philippe Ardent, Mathieu Bertrand, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 22^{ème} éd, 2010 p.172.

élus). Aussi, la doctrine de la souveraineté nationale postulerait que le titulaire de la souveraineté est la nation, c'est-à-dire une entité tout à fait abstraite qui n'est pas seulement composée des hommes vivants sur le territoire à un moment donné, mais qu'on définit en prenant en compte la continuité des générations ou un intérêt général qui transcenderait les intérêts particuliers³⁶. Enfin, on en vient à la conséquence que la souveraineté nationale est une et inaliénable, postulant l'unité de la nation dont la conséquence ici est que la souveraineté n'appartient pas pour partie à chaque citoyen. Elle n'est pas atomisée, il n'y a pas n- million de cosouverains. Aussi qu'elle s'exerce par l'intermédiaire de représentants, c'est-à-dire que la nation choisit donc ses représentants qui ne sont propriétaires de la souveraineté, s'ils l'exercent, c'est par représentation de la nation et enfin, la théorie de l'électorat fonction. Le choix des représentants n'est pas une manifestation de la souveraineté individuelle des citoyens- électeurs, ceux-ci exercent une fonction, ils agissent au nom de la nation. Il faut remarquer que la constitution du 11 décembre 1990 ne met pas seulement un terme à l'instabilité et à ce procédé de risque, complètement incertain et dépourvu de toute sécurité juridique. Aussi, elle ne permet pas le partage du pouvoir et l'origine de la souveraineté entre aucun corps politique. Mais elle retrace et redéfinit pour une nation meurtrie par 17 années d'aventure politique un nouvel ordre constitutionnel plus propice au principe de l'unité et l'indivisibilité de la République qui sont l'expression de l'existence de la nation béninoise.

Mieux, la conférence nationale consacre ainsi, une nation béninoise mue par la volonté d'un accord libre et volontaire entre ces individus désireux d'unir leur destinée dans la poursuite d'un projet commun. L'on ne saurait alors imaginer une nation béninoise comme une donnée qui s'impose aux individus sous prétexte des circonstances de leur naissance, de leur couleur de peau ou de la langue qu'ils parlent, mais à l'inverse comme le résultat d'une construction librement consentie, comme le fruit d'un accord quotidiennement affirmé par des individus défaits de leurs déterminismes raciaux, ethniques, linguistiques et culturels.³⁷ C'est sans doute ce que traduisait les propos de Me Adrien Houngbédji dans son allocution au palais des gouverneurs, siège du parlement béninois, le 29 février 2000 où il affirmait que : « *Cette conférence demeure un patrimoine pour tous les Béninois qui, face à une situation lourde de tous les dangers, ont su saisir la fibre de l'intérêt national en privilégiant ce qui les unit par rapport à ce qui les divise.* ».³⁸ C'est

³⁶Francis Hamon, Michel Troper, Georges Burdeau, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 27^{ème} éd, p.174.

³⁷Dans son livre « Qu'est-ce qu'une nation ? » en 1882, Ernest Renan affirmait que l'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de la vie. Il rappelle également que l'homme n'est esclave ni de sa race, ni de sa langue, ni de sa religion, ni du cours des fleuves. Une grande agrégation d'homme, saine d'esprit et chaude de cœur crée une conscience morale qui s'appelle la nation.

³⁸La Nation du 1^{er} mars 2000, « La conférence nationale, un patrimoine commun de tous les béninois ».

d'ailleurs ce qui justifie d'une part la souveraineté nationale qui appartient au peuple et d'autre part, l'adoption de meilleur mécanisme de protection de la personne et surtout le respect des droits et des libertés. Donc la constitution de 1990 établit au Bénin, un pouvoir et une souveraineté dont l'origine appartient à la nation béninoise même si cette dernière élit des représentants. La représentation médiatise la relation entre individu-citoyen et le pouvoir, qui passe par l'intermédiaire des représentants. Or, au Bénin, les mêmes causes ont toujours provoqué les mêmes effets. C'est de la volonté du corps politique gouvernemental et législatif d'être plutôt motivé par des considérations politiciennes que nationales ; leur volonté à ne point se voir opposée aucune limitation ensuite, leur volonté à se substituer ou à échoir l'essence du pouvoir et de la souveraineté à la nation, aussi leur mépris pour le respect de l'Etat de droit, c'est à dire un Etat dans lequel la constitution et les lois s'imposent à tout le monde et enfin, leur volonté à toujours vouloir triturer la loi fondamentale pour de mauvaises raisons s'engageant sur la pente périlleuse de la décadence³⁹ que sont nées dans les toutes premières années de l'indépendance du Bénin les crises qui ont éclaté et ont gravement, comme on pouvait s'y attendre, affecté la stabilité du pays. Depuis précisément le premier coup de force militaire qui a renversé, le 28 août 1963, le premier président démocratiquement élu, Hubert Maga, la souveraineté du peuple béninois a été sérieusement mis à mal. Dès lors, les changements successifs de régime et de gouvernement n'ont pratiquement plus respecté la volonté populaire. Les populations, dans cette longue vague d'instabilité politique, ont perdu la place de choix qui est en principe la leur, et le rôle majeur qu'elles devraient jouer aussi bien dans la dévolution du pouvoir d'Etat que dans la détermination des grandes orientations de la nation. De 1963 à 1990, le peuple a perdu voix au chapitre et a été privé d'exercer sa souveraineté. Pendant toute cette période, le choix des gouvernants ne relevait plus du ressort exclusif des populations. Il résultait simplement des conclusions, des conciliabules entre politiques et militaires, ou répondait simplement à la logique des rapports de force dans l'armée⁴⁰. Malgré la conférence nationale qui mit un terme à cette instabilité et à ce procédé à risque, complètement incertain et dépourvu de toute sécurité juridique, une fois encore, le corps politique gouvernemental et législatif va à l'assaut de la souveraineté nationale et du pouvoir que la loi fondamentale a confié à la nation béninoise à travers plusieurs tentatives de modification de la loi de tous les records en Afrique. Cette dernière partie de notre travail se permet de peindre les

³⁹Préface de Christiane Taubira, ex-député de la Guyane, actuelle ministre de la justice française, in *Mon combat pour la parole. Les défis d'une mobilisation citoyenne pour la promotion de la gouvernance démocratique*, Reckya Madougou, Paris, L'harmattan, 2008, p.13.

⁴⁰Frederick Joël Aivo, Op., cit, p.55.

différentes colorations que prendrait le régime représentatif du Bénin une fois l'assaut contre la loi de 1990 réalisé.

A- La mutation de la démocratie représentative⁴¹ en ultra-représentative

Par le transfert de la souveraineté du roi vers le peuple, l'abbé Sièyes entendit dénoncer avec insistance les défauts insurmontables de la démocratie brute. Car, selon lui, la participation directe du peuple aux affaires publiques a en effet le principal tort de conduire à des dérives autoritaires. Dans le régime démocratique, les libertés ne sont pas protégées. La sécurité de la minorité face à la majorité n'est pas garantie. A l'inverse, il prône le système représentatif dans lequel, les électeurs délèguent la gestion des affaires communes aux citoyens les plus capables. Ils ne sont pas dépossédés de leur souveraineté puisqu'ils conservent le pouvoir essentiel de contrôler régulièrement ses représentants qui peuvent être révoqués par la voie électorale. Mais ils ne peuvent intervenir directement dans la marche du gouvernement.⁴² Au fond, la théorie du gouvernement représentatif postule que la fonction des représentations est d'agir au nom de la nation tout entière, en traduisant la volonté générale en loi. Or, la nation étant une personne morale indivisible, les députés ne peuvent l'incarner que de façon collective : c'est l'assemblée prise dans son ensemble qui représente la nation. Cette conception à deux conséquences importantes qui éloignent un peu plus la théorie de gouvernement, pris individuellement, ne représente pas les électeurs qui l'ont élu, mais la nation tout entière. Ils ne sauraient donc nouer des liens particuliers avec les citoyens de leur circonscription⁴³ comme le dispose, l'article 80 nouveau de la loi fondamentale du Bénin : « *Les députés sont élus au suffrage universel direct. La Durée du mandat*

Page | 216

⁴¹La loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin énonce : Article 3 : La souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. La souveraineté s'exerce conformément à la présente constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat. Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels. Article 4 : Le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants élus et par voie de référendum. Les conditions de recours au référendum sont déterminées par la présente constitution et par une loi organique. La cour constitutionnelle veille à la, régularité du référendum en proclame les résultats.

⁴²Toute cette démonstration se pose sur une distinction majeure restée au cœur de la théorie constitutionnelle moderne entre le « pouvoir constituant » (la nation) et « pouvoir constitué » (les organes représentatifs). Elle associe également le geste électoral à un acte de délégation plus qu'à un acte de participation. Elle explique la formule de Sièyes « L'autorité vient d'en haut, la confiance vient d'en bas. »

⁴³Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p.310.

est de cinq ans renouvelables deux fois. Chaque député est le représentant de la Nation tout entière et tout mandat impératif est nul⁴⁴».

Au Bénin, au lieu de craindre le peuple à cause de ses dérives autoritaires comme le dénonçait plus haut l'abbé Sièyes, c'est le corps politique gouvernemental et législatif qu'il faut craindre. Car leur volonté ou leur posture manifeste de destruction du système politique de 1990 conduit tout droit à déposséder la nation béninoise de sa souveraineté. Et si l'on croit le doyen Védél, la démocratie représentative du Bénin serait victime d'un « absolutisme représentatif ». D'une part, on assiste à la captation du pouvoir par l'assemblée élue et d'autre part au pouvoir des comités directeurs des partis politiques. C'est d'autant plus vrai que, les élections législatives d'avril 2019 n'ont été ni libres ni équitables. Car, les nouvelles règles électorales ont effectivement empêché tous les partis d'opposition d'y participer. Les observateurs ont annulé les plans de surveillance du scrutin par crainte de violence, la participation est tombée à environ un quart des électeurs éligibles au milieu d'un boycott de l'opposition, il y a eu une coupure d'Internet le jour du scrutin et les forces de sécurité ont violemment réprimé les manifestations avant et après le scrutin, entraînant plusieurs morts⁴⁵. Seuls l'Union progressiste progouvernementale et le Bloc républicain ont remporté des sièges, en remportant respectivement 47 et 36 sièges⁴⁶. En novembre de la même année, la nouvelle Assemblée nationale a adopté des amendements constitutionnels, notamment des dispositions imposant des limites de trois mandats aux législateurs, élargissant le corps à 109 sièges et prolongeant les mandats à cinq ans à compter de 2026 pour les aligner sur ceux du président. Bref, le Bénin se trouvait dans une situation de *mono-parti* puisque les deux grands partis qui structurent la vie politique du Bénin se revendiquent de la mouvance présidentielle. Ce qui tue le caractère pluraliste de notre système politique.

Ainsi, à travers la captation du pouvoir par l'assemblée élue, au suffrage universel, on débouche sur ce que l'on appelle la « *souveraineté parlementaire* ». C'est-à-dire d'un simple organe exprimant parmi d'autres la volonté de la nation, l'assemblée devient le véritable titulaire de la souveraineté⁴⁷. Dans le cas spécifique du Bénin, étant donné que la constitution du 11

⁴⁴Cf : La loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, modifiée par la Loi n°2019-40 portant modification de la loi n°90-032 du 11 décembre 1990 portant Constitution de La République du Bénin.

⁴⁵<https://freedomhouse.org/country/benin/freedom-world/2021>

⁴⁶<http://ortb.bj/infos-une/liberte-de-la-presse-le-benin-113eme-dans-le-classement-2020-de-rsf/#:~:text=Le%20B%C3%A9nin%20connait%20une%20nouvelle,%C3%A0%2017%20places%20plus%20bas>

⁴⁷Au terme des articles 2, 3 et 4 de la loi fondamentale du 11 décembre 1990, la République du Bénin est une et indivisible, laïque et démocratique. Son principe est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple comme le dirait un certain Abraham Lincoln. Sa souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple,

décembre 1990 a fondé un régime présidentiel sur les valeurs et principes de la démocratie pluraliste et sur la séparation rationaliste des pouvoirs et que c'est seulement le pouvoir exécutif et législatif qui sont les seuls organes politiques dont l'élection a lieu au suffrage universel direct, seuls ces deux organes exprimeront la volonté de la nation béninoise. Le corps politique gouvernemental et législatif dans le cas du Bénin, devient le véritable titulaire de la souveraineté. Non seulement le régime représentatif du Bénin fait l'objet actuellement d'un absolutisme représentatif mais également connaît la corruption de ses principes. Comme l'affirme Montesquieu dans son *Esprit des lois* I : « *Le principe de la démocratie se corrompt, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême, et que chacun veut être égale à ceux qu'il choisit pour lui commander* »⁴⁸. Il en résulte que la classe dirigeante du Bénin, prendrait l'esprit d'égalité extrême et voudrait être égal à ceux qui l'ont choisi pour lui commander.

aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Ainsi le peuple exerce sa souveraineté par ses représentations élus et par voix de référendum. L'on peut ainsi conclure sans risque de se tromper que le titre I qui traite de l'Etat De la souveraineté institue au Bénin la théorie de la souveraineté nationale contrairement à celle de la souveraineté populaire, un principe constitutionnel établi en réaction contre le principe de souveraineté de droit divin, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Principe selon lequel, tout pouvoir émane de la nation considérée comme une personne morale, distinct des individus qui la composent. Repris depuis 1791 en France par toutes les constitutions sauf celle du 24 juin 1793, il implique le régime représentatif et électoral fonction. Autrement dit, le principe de la souveraineté nationale appartenant au peuple béninois issu de la constitution du 11 décembre 1990 n'est rien d'autre que le principe de la souveraineté qui a été formulé à l'article 3 de la déclaration de 1789 : c'est à dire (Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.) Ce qui nous amène à déterminer le titulaire de la souveraineté comme le seul détenteur du pouvoir. En réalité c'est par une facile terminologie que l'on parle de souveraineté de l'Etat. Si non, la souveraineté appartient à la nation personnifiée par l'Etat (l'Etat est la nation juridiquement organisée). La nation forme une entité distincte de ceux qui la composent. Titulaire de la souveraineté, est doté de volonté propre qu'expriment ses représentants. Le pouvoir de commandement lui appartient et non à un individu (roi) ou à un groupe d'individu (classe des élus). Aussi, la doctrine de la souveraineté nationale postulerait que le titulaire de la souveraineté est la nation, c'est-à-dire une entité tout à faire abstraite qui n'est pas seulement composée des hommes vivants sur le territoire à un moment donné, mais qu'on définit en prenant en compte la continuité des générations ou un intérêt général qui transcenderait les intérêts particuliers. Enfin, on en vient à la conséquence que la souveraineté nationale est une et inaliénable, postulant l'unité de la nation dont la conséquence ici est que la souveraineté n'appartient pas pour partie à chaque citoyen. Elle n'est pas atomisée, il n'y a pas n- million de cosouverains. Aussi qu'elle s'exerce par l'intermédiaire de représentants, c'est-à-dire que la nation choisit donc ses représentants qui ne sont propriétaires de la souveraineté, s'ils l'exercent, c'est par représentation de la nation et enfin, la théorie de l'électorat fonction. Le choix des représentants n'est pas une manifestation de la souveraineté individuelle des citoyens- électeurs, ceux-ci exercent une fonction, ils agissent au nom de la nation. Francis Hamon Michel Troper, et al., *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 27^{ed}, 2004, p.174; Philippe Ardent-Mathieu Bertrand, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, 22^{me} éd, 2010, p.172 ; Charles Debbach, Jacques Bourdon, et al., *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 27^{me} éd, 2001, p.402. Voir aussi : Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999; Samy Cohen, *La résistance des Etats : les démocraties face au défi de la mondialisation*, Paris, le Seuil, 2003; Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté, Histoire et fondement du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1996; Maillard Desgress, Félicien Le maire et al., *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrétien, 2006; Jean Picq, *Histoire et droit des Etats : La souveraineté dans le temps et l'espace européens*, Paris, Presse de Science Politique, 2005.

⁴⁸Op., cit, p.243.

Dès lors que la classe des élus devient égale au souverain, elle voudrait lui commander. Elle commanderait ceux qui l'ont choisi et devient par conséquent le véritable titulaire de la souveraineté dans cette démocratie. Alors qu'au départ, elle n'était titulaire de la souveraineté si elle l'exerce, mais par représentation de la nation. En conséquence, le régime représentatif du Bénin se métamorphoserait en un système représentatif où tout se fait au nom du peuple et pour le peuple ; rien ne se fait directement par lui, il n'est pas la source sacrée de tous les pouvoirs ; mais il n'en exerce également aucun. Cet état de choses est contraire à ce que disait Georges Cabanis, un membre du groupe des idéologues quand il définissait la démocratie représentative en ces termes : « *Dans le véritable système représentatif, tout se fait au nom du peuple et pour le peuple, rien ne se fait directement par lui : il est la source sacrée de tous les pouvoirs, mais n'en exerce aucun* »⁴⁹. Contraire également à la définition du Comte Roederer pour qui « *la démocratie est celle où une partie des citoyens, choisit par l'autre, fait des lois et les fait exécuter. Elle est démocratie en ce sens que les représentants sont choisis sans condition de naissance par tous les citoyens ; mais elle est démocratie représentative, et non plus démocratie pure, parce que ce n'est plus le gouvernement de la totalité des citoyens, mais seulement d'une partie des citoyens..... voilà l'idée que nous avons trouvée dans le mot représentative ajouté au mot démocratie* »⁵⁰.

Quant à la captation du pouvoir par les comités directeurs des partis politiques qui se manifeste par la discipline du vote, conduit les députés à abdiquer leur liberté au profit des structures partisans qui pratiquant ainsi le mandant impératif, mais elles-mêmes ne sont absolument pas responsables. On débouche ainsi sur le régime des partis. Un tel cas aboutira au même système politique institué par la loi fondamentale du 26 août 1977. Une loi qui fixant le texte fondamental fixe dans le marbre constitutionnel la doctrine de l'unicité politique mais aussi et surtout la politique menée de main de fer par le pouvoir. Sous le joug de ce régime, presque tous les secteurs de la vie du pays fonctionnaient au rythme du parti unique, le PRPB. L'Assemblée Nationale Révolutionnaire (ANR), organe législatif, le conseil national exécutif (CNE) et le parti régentaient le pays. Le parti unique comptait parmi ses militants, « *le peuple laborieux* » et la classe intellectuelle. Etant l'un des centraux de l'Etat, le parti est non seulement l'inspirateur

⁴⁹George Cabanis, *Quelques considérations sur l'ordre social 1789*, cité par Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris Armand Colin, 2004, p.311-312.

⁵⁰Le Comte Roederer, *discours du 4 mars 1801*, cité par Olivier Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p.311-312.

principal de la politique nationale et de la conduite des affaires publiques, mais intervenait aussi par ses tentacules institutionnels.

Voilà brièvement décliné le système représentatif vers lequel la classe des élus béninois conduit le Bénin. Un système politique dans lequel les lois ne sont pas souveraines parce que les membres de la multitude sont souverains, non comme individu mais collectivement. Une telle démocratie n'est en rien une constitution. Mais voici qu'un tel état de choses contrevient à ceux qu'ambitionnait le professeur Maurice Ahanhanzo Glèlè lorsqu'il entreprit de rédiger *« l'Etat moderne en Afrique »* qu'il offrit au professeur Gonidec dans les années 1985 où il rêvait d'un Etat de droit en Afrique. Pour lui, un Etat de droit est : *« un Etat où la loi règne, où on se réfère à ce que dit la loi. La loi est l'organe qui dit comment nous devons être conduits, comment nous devons nous comporter dans nos Etats..... Dans un Etat de droit, il y a des institutions qui sont constituées. Ces institutions comprennent, bien sûr, ce qu'on appelle les contre-pouvoirs. Tout pouvoir a tendance à abuser de son autorité..... C'est pourquoi des penseurs, des chercheurs, ont émis l'idée qui a été adopté sur le plan mondial, dans l'Etat moderne, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir. C'est à dire, il faut qu'on dise, vous êtes chef d'Etat, vous ne pouvez pas faire n'importe quoi. Il y a eu des monarchies absolues dans le monde et dans notre pays aussi. Moi, Maurice Ahanhanzo Glèlè, je me rappelle, il y a eu des monarchies absolues. Il y avait des exactions, mais, c'était des dictatures éclairées. On n'arrête le pouvoir et quand, à un moment donné, les comportements ne correspondent plus aux règles fondamentales du royaume, on vous met de côté. Nous savons au Bénin, comment normalement je ne devrais pas prononcer son nom le Roi ADANDOZAN a été écarté du pouvoir alors⁵¹ ! »* Pourquoi donc la Nation béninoise devrait se complaire a accepté les assertions des despotes lorsqu'ils se prétendent foncièrement démocrate ? Un cobra ne se transforme pas en colombe du seul fait que son propriétaire affirme qu'il en est ainsi.⁵²

B- La naissance probable de l'exercice de la révolte populaire voire des coups d'Etat

La conviction que la démocratie est le meilleur, ou le moins mauvais, des régimes politiques est solidement établie. En l'état actuel des choses, la forme particulière qu'elle revêt dans les pays occidentaux s'impose comme une organisation indispensable, assurant la protection des libertés, le pluralisme des opinions, et l'association des citoyens au gouvernement par

⁵¹Le Matinal n : 4276, du mardi 28 janvier 2014, interview du Professeur Ahanhanzo Glèlè sur la Radio Immaculée Conception, « les leçons de Ahanhanzo à Holo », p.10.

⁵²Robert Dahl, *De la démocratie*, Paris, Nouveau Horizon, 1998, p.98.

l'intermédiaire de leur représentant.⁵³ « *L'évidence d'un tel constat est si flagrante qu'au lendemain de la fin du communisme et de la victoire de la démocratie libérale, les pays africains se sont lancés dans des processus de démocratisation courageux, parfois laborieux qui laissent croire qu'ils connaîtront moins de problèmes de gouvernance que par le passé. Ils nourrissaient ainsi l'espoir de vite se développer pour faire reculer les frontières de la pauvreté*⁵⁴. » Mais, la personnalisation croissante du pouvoir par le représentant élu du peuple nous fait entrer dans l'ère de la démocratie consentante ou celui ultra-représentative. Or, comme l'affirmait Montesquieu dans l'esprit des lois I au livre VIII, le principe de la démocratie se corrompt, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême, et que chacun veut être égal à ceux qu'il choisit pour lui commander. La démocratie a donc deux excès à éviter : *l'esprit d'inégalité*, qui la mène à l'aristocratie, ou au gouvernement d'un seul, car la représentation revêt comme l'a su montrer Bernard Manin⁵⁵, un caractère foncièrement aristocratique, permettant de sélectionner (contrairement au tirage au sort athénien) une élite gouvernante, ce dont les penseurs du régime représentatif, non démocrate, étaient bien conscient. L'autre excès est *l'esprit d'égalité extrême*, qui la conduit au despotisme d'un seul comme le despotisme d'un seul finit par la conquête. Ainsi, la conception de la représentation-mandat défendue par les Jacobins⁵⁶ ou les anti-fédéralistes américains s'inscrit-elle dans une vision descriptive de la représentation qui voudrait que le représentant reflète les idées de ceux qu'il

⁵³Daniel Gaxie, *La démocratie représentative*, Paris, Montchrestien, 1993, p.7.

⁵⁴Messanh Emmanuel Ahlinvi, « Les constitutions africaines revisitée. Les processus de fabrication, les valeurs et les fragilités. », *RTSJ, Lomé*, 2017, p.34.

⁵⁵Bernard Manin, *Principe du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p.319.

⁵⁶Le jacobinisme comme pratique apparaît surtout comme un mode de gouvernement combinant le règne d'une élite toute puissante à une forte participation populaire. Au nom de la vertu et de la Raison, de la « *régénération* » de l'homme nouveau, les jacobins, dans le contexte brûlant de la guerre et de la disette, recourent à la terreur pour imposer leur conception homogène de la société. Contre les girondins qui souhaitent faire entendre la diversité des groupes sociaux et celle des provinces, contre toutes les tentatives de favoriser des pratiques décentralisatrices, les jacobins imposent une centralisation extrême du pouvoir s'appuyant sur la participation de sections populaires organisées afin de rendre définitive une forme d'entrée dans la modernité conçue sur le mode de l'universalisme. Au nom du peuple, une élite s'empare ainsi du pouvoir et invente de nouvelles pratiques s'appuyant sur la participation contrôlée des citoyens (certificat de civisme, dénonciation, etc.). Une circulation du même personnel s'impose entre l'Etat et la société des jacobins, l'Etat renforçant sa décentralisation. Comme l'a avancé Auguste Cochin : « *Où est le peuple en effet, dans l'assemblée électorale où tout le monde entre et vote, où dans les sociétés, cercles fermés, qui de droit se sont toujours recrutées elles-mêmes, depuis la première société philosophique jusqu'au dernier club jacobin ? À vrai dire, la tyrannie du Petit Peuple sur le grand est devenue si évidente que lui-même ne le nie plus.* » Représentant le peuple, la minorité jacobine devient le « *le nouveau centre* », « *la minorité vertueuse* » par laquelle s'instaure à nouveau une fusion entre la communauté et ses gouvernants. Le léninisme, plus tard, s'inspirera de l'exemple jacobin de la révolution française pour légitimer son propre pouvoir ainsi que sa fonction de représentant éclairé du peuple. Hermet Guy et al, *Démocratie, élitiste (Théories), Idéologie, Léninisme, Dictionnaire de la Science politique et des Institutions Politiques*, Paris, Armand Colin, 5^e éd, 2001, p.152 ; Antoine De Baecque, *Le corps de l'histoire*, Paris, Calmann-Lévy, 1994, p.436 ; Augustin Cochin, *L'Esprit du Jacobinisme*, Paris, Puf, 1979, p.198 ; Lucien Jaume, *Le discours Jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p.508.

représente, leur ressemble et partage leur condition, celui-là étant lié par un mandat impératif à ceux-ci.

Mais, lorsque dans le cours de l'évolution des événements politiques d'un Etat, la Nation se voit dans la nécessité de rompre les liens qui l'unissent à la classe des élus et de prendre, parmi les puissances de la terre, le rang égal et distinct auquel les lois de la nature et de Dieu de la nature lui donnent droit, un juste respect de l'opinion des hommes exige qu'il déclare les causes qui l'ont poussé à cette séparation⁵⁷. Dans une République démocratique au XXI^e siècle, lorsque, au nom d'une certaine conception du développement économique, du maintien de l'ordre et de la sécurité publique, la classe des élus se permet le luxe de faire subir aux citoyens les traitements qui lui plaît de leur infliger, sans que personne ait la moindre liberté de contester ou de contrôler les actes de ceux qui exécutent leur bon plaisir alors qu'il y a des lois qui régissent comment une telle société doit se gouverner⁵⁸.

Egalement dans cette même République où, au nom du même principe, la politique est détournée de son objectif primitif⁵⁹ au profit des considérations politiciennes que nationale; au profit de la volonté de la classe des élus à ne point se voir opposer aucune limitation ensuite, leur volonté à se substituer ou à échoir l'essence du pouvoir et de la souveraineté à la Nation aussi, leur mépris pour le respect de l'Etat de droit démocratique et enfin, leur volonté à toujours vouloir triturer la loi fondamentale pour le dessein des intérêts particuliers. Le corps politique gouvernemental et législatif dont le caractère s'affiche ainsi en des actes qui, tous définissent un tyran, ne peut prétendre gouverner un peuple libre. Le pouvoir est un dépôt (un trust, trustsheeship) confié à la classe des élus dans un régime représentatif au profit du peuple. Si le gouvernant quel

⁵⁷Carl Beker, *La déclaration d'indépendance : contribution à l'histoire des idées politiques*, Manille, Nouveau-Horizons, 1986, p.197-198.

⁵⁸Au dire de John Locke : « Qu'à moins d'admettre que tout gouvernement en vigueur a de droit l'autorité qu'il exerce en fait, il n'y a aucun moyen de déterminer si un gouvernement exerce en toute justice son autorité de fait, sauf à établir quelle autorité il devrait raisonnablement exercer. Dépouillée de ses belles phrases de la philosophie de la "Nature", du "Dieu de la Nature" et de "l'Ordre Universel", la question que pose Locke est simple : " je veux savoir de quel gouvernement il s'agit...lorsqu'un homme peut faire subir à ses sujets les traitements qu'il lui plaît de leur infliger, sans que personne ait la moindre liberté de contester ou de contrôler les actes de ceux qui exécutent son bon plaisir." Voilà dans les grandes lignes, ce que voulait savoir le XVIII^{ème} Siècle. La réponse qu'il faisait à cette question semblait évidente : Il s'agit d'un mauvais gouvernement ; puisque les gouvernements existent pour les hommes et non les hommes pour les gouvernements, tout gouvernement puise ses justes pouvoirs dans le consentement des gouvernés. Carl Beker, *La déclaration d'indépendance : contribution à l'histoire des idées politiques*, Manille, Nouveau-Horizons, 1986, p.78-79.

⁵⁹La politique, c'est l'organisation de la vie en société, pas des mecs qui jouent à Mario Kart en se jetant des bananes sous les rues. La politique, ce sont des actions individuelles qui améliorent la vie des gens ou apportent des idées nouvelles. L'action sociale, les associations ou l'art, Interview de Victor Watel, al, « Kamel Toe », Libération, 14 avril 2010. Nonna Mayer, *Sociologie des comportements politiques*, Paris, Armand-Colin, 2010, p.8.

qu'il soit, agit d'une façon contraire à la fin, c'est-à-dire le bien public, pour lequel il avait reçu l'autorité, le peuple retire sa confiance, retire le dépôt, il reprend sa souveraineté initiale pour la confier à qui il le jugera à propos. Le peuple garde toujours une souveraineté potentielle, en réserve ; c'est lui et non le législatif qui détient le vrai pouvoir souverain. Il y a de sa part, dépôt et non contrat de soumission. Mais, tant que les choses restent normales, autrement dit, tant que les conditions du dépôt ou du trust sont respectées, le peuple abandonne au législatif l'exercice de son pouvoir souverain.

Rousseau dira à cet effet que le fait de contraindre quiconque refuserait d'obéir à la volonté générale ne signifie autre chose, sinon, qu'on le force d'être libre. Puisque l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté. L'auteur du contrat social affirme : *« Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il referme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, il sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose, sinon qu'on le forcera d'être libre ; car telle est la condition qui donnant chaque citoyen à la patrie la garantie de toute dépendance personnelle ; condition qui fait artifice et le jeu de la machine politique, et seule rend légitimes les engagements civils, lesquels sans cela serait absurdes, tyranniques et sujet aux plus énormes abus »*⁶⁰.

Les gouvernants tirent leur juste pouvoir du consentement des gouvernés. Le peuple en vertu d'une loi qui précède toutes les lois positives des hommes et qui est prédominante s'est réservé un droit qui appartient généralement à tous les hommes lorsqu'il n'y a plus appel sur la terre, savoir : le droit d'examiner s'il a juste sujet d'en appeler au ciel.⁶¹ Que la classe des élus béninois essaie de justifier l'origine et la légitimité de leur pouvoir par tous les moyens que soit. Que ceux que ces derniers entretiennent leur donnent tous les titres magnifiques et pompeux. Un peuple généralement maltraité contre tout droit n'a garde de laisser passer aucune occasion dans laquelle il peut se délivrer de ces misères, et secouer le pesant joug qu'on lui a imposé avec tant d'injustice⁶². L'état amnésique de la classe des élus du Bénin les amène à ignorer que : *« l'inertie naturelle du peuple ne le porte à s'insurger qu'à la dernière extrémité. Lorsque le fardeau de l'absolutisme devient trop insupportable, il n'est plus de théorie de l'obéissance, si théologiquement insidieuse qu'elle puisse être, qui tiennent »*⁶³. Et qui presse trop la mamelle pour

⁶⁰Jean-Jacques Rousseau, op. cit, p.60.

⁶¹John Locke, *Essai sur le gouvernement civil* cité par Chevalier (J.J), *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1970, p.77.

⁶²Ibidem. p.77.

⁶³Ibidem. p.75.

en tirer du lait, en l'échauffant et la tourmentant, tire du beurre ; qui se mouche trop fortement, fait venir du sang ; qui presse trop les hommes, excite les révoltes et des séditions⁶⁴.

Il faut remarquer que la stabilité de la démocratie est beaucoup mieux assurée dans un pays où tous les citoyens et les responsables politiques sont solidement acquis aux idées, aux valeurs et aux pratiques démocratiques. La démocratie trouve son meilleur soutien lorsque ces convictions sont profondément enracinées dans la culture nationale et transmise de génération en génération. Autrement dit, lorsque le pays possède une culture politique démocratique. Or au Bénin, c'est seulement chez les citoyens que cette culture politique démocratique est ancrée. Il ne pouvait en être autrement, puisqu'ils sont en réalité les seuls qui ont fondamentalement connus les affres de cette très longue période d'instabilité institutionnelle, politique et constitutionnelle. C'est également eux qui se sont battus sous l'empire du régime marxiste-léniniste pour avoir la liberté à la sortie de conférence nationale à travers la loi fondamentale de 1990. Ainsi, depuis cette conférence le peuple béninois est attaché à la démocratie et aux principes fondamentaux qu'elle véhicule. Peut-être que le futur de la démocratie représentative du Bénin, repose sur une démocratie forte ou self-gorverment, sur la revitalisation d'une forme de communauté béninoise qui ne soit par collectiviste, sur un raisonnement qui n'emprunte pas au conformisme et sur une série d'institutions civiques compatible avec la société moderne⁶⁵. C'est quand même un paradoxe

⁶⁴Bossuet, *La politique tirée de l'écriture sainte*, cité par Chevalier (J.J), *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1970, p.65.

⁶⁵En réalité, la démocratie forte se définit par une politique de la participation : c'est-à-dire une société gouvernée par ses citoyens, non par le gouvernement qui les représente. Les citoyens actifs se dirigent ici eux-mêmes, sans intermédiaires, peut-être pas à tous les échelons ni toutes les instances, mais avec la fréquence nécessaire particulièrement lorsqu'il s'agit de prendre les vraies décisions politiques et dès lorsqu'un pouvoir réel doit être exercé. L'auto-direction est permise par des institutions conçues pour favoriser une participation civique constante en matière de programme et d'ordre du jour, de délibération, de législation, et pour la mise en œuvre de projet politique. En réalité, la démocratie forte ne croit pas en l'aptitude illimitée des individus à se gouverner eux-mêmes, mais affirme avec Machiavel que la multitude sera d'une façon générale aussi sage, sinon plus, que les princes : « *La foule est plus sage et plus constante qu'un prince* » (Nicolas Machiavel, Discours sur la première décade de Tite-Live, Livre I, Chapitre 58.) Elle affirme avec Théodore Roosevelt que « la majorité des gens simples fera jour moins d'erreurs en se dirigeant elle-même que tout corps institué de moindre taille n'en fera en les gouvernants. Benjamin R. Barber, *Démocratie forte*, Paris, Desclée de Brower, 1997, p.170-172. Pour aller plus loin: Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970; Crawford B. Macpherson, *The Real Word of democracy*, New York, Oxford University press, 1972; Bernard Manin, «volonté générale ou délibération? Esquisse d'une théorie de la deliberation», *Le Débat*, n° : 33, 1985, p.72-93 ; Principes du gouvernement représentatif, Paris, Flammarion, 1995, p.319; « déliération et discussion », *Revue Suisse de science politique*, 10(4), 2004, p.180-192 ; Joshua Cohen, « Deliberation and democratic Legitimacy », A. Hamlin, P. Petit (dir), *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford Blackwell, 1989; Seyla Benhabib, *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996; Loic Blondiaux, *La fabrique de l'opinion*, Paris, Seuil, 1996; «sondage et deliberation. Une épistémologie alternative de l'opinion publique ?», *Politix*, 15(57), 2002, p.167-180 ; Le nouvelle esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative, Paris, Seuil, 2008; Amy Gutmann-Dennis Thompson, *Democracy*, Harvard, Harvard University Press, 1996; Why Deliberative democracy? Princeton, Princeton University Press, 2004.

de constater que de 1958 à nos jours, que tous les gouvernants qui se sont succédé à la tête du pouvoir exécutif, ont toujours cru ou espéré trouver dans la loi fondamentale la solution à la plupart des problèmes fondamentaux qui se sont posés à eux. En réalité, aucune constitution ne peut assurer la survie de la démocratie au Bénin sans que les acteurs politiques ne soient solidement acquis aux idéaux de la démocratie. De par le monde et même dans les plus vieilles démocraties, tous les systèmes constitutionnels comportent des inconvénients et aucun ne peut prétendre satisfaire à tous les critères. Pour ce qui est de la démocratie qui est un idéal, il n'existe pas de constitution parfaite. Modifier une constitution est une entreprise aux conséquences quelque peu incertaines. Le Bénin en a appris à ses dépens avec ses dix constitutions élaborées en un temps record. L'élaboration d'une constitution, ou sa modification, exige une réflexion approfondie sur les compromis acceptables et sur les risques et incertitudes inhérents à tout changement. Il faudrait que la classe des élus du Bénin grave à l'esprit que dans un Etat de droit démocratique, le gouvernement et le législatif s'interdisent toute transformation des lois, et tout particulièrement de la constitution, dans l'objectif de faciliter ses desseins politiques. Afin que le Bénin puisse mériter la dénomination d'Etat de droit, il ne doit pas seulement être soumis aux droits en vigueur, mais également s'abstenir de le manipuler.

A la lumière de ce qui précède, il ressort que la mesure empirique de la perception des citoyens béninois révèle que : la démocratie béninoise est sous capture et est exclusive. Car, les acteurs (institutionnels et non institutionnels, politiques, socio-économiques), processus et procédures démocratiques au Bénin font l'objet de capture de la part d'un groupe restreint d'acteurs, dont en premier le président de la République. Ce fait permet qu'on assiste à une instrumentalisation des institutions de la République préjudiciable à l'équilibre du système politique, une fragilisation systématique de la société civile, le tout dans un contexte d'atteintes et de violations de plus en plus inquiétantes des droits de l'Homme. Mieux, les réformes politiques entreprises par le régime en place (la Charte des partis politiques, le Code électoral, la révision constitutionnelle de novembre 2019, code numérique), au prétexte de la rationalisation de l'espace politique, ont abouti à la restriction drastique du droit fondamental du citoyen à élire et à être élu et à la dé-pacification violente de l'espace politique... etc. Ceci est d'autant plus vrai que les mesures empiriques ont révélé des modes d'adaptions et de réinvention des citoyens, qui varient d'un département à l'autre. Les départements du Borgou et de l'Alibori surtout, la résilience démocratique prend l'allure dualiste et se donne à voir d'une part, à travers la résilience en la *foi* ou *sournoise* et celle d'une *résistance violente* d'autre part. En réalité, *la résilience en la foi* chez

les citoyens du Borgou-Alibori prend la forme d'une espérance, même en présence de souffrance. Et qui expriment une profonde confiance dans les forces positives dont dispose l'être humain, dont la foi. Mieux, cette forme de résilience peut se comprendre donc ici comme la force d'âme qui permet de continuer malgré les difficultés et les obstacles « dans l'espoir certain que Dieu tient le monde entre ses mains et que, malgré toutes les ténèbres, il gagne...Il est la lumière qui éclaire toujours à nouveau un monde sombre et nous donne le courage de vivre et d'agir. Ensuite, *la résilience sournoise* s'exprime, au travers de ce qu'on pourrait qualifier de : "participer ou subir voire disparaître". En effet, dans une situation d'impuissance à infléchir le cours des actions politiques, ou dans l'incapacité à saisir les ressorts des principes abstraits qui semblent gouverner les actions, qui régissent aux sollicitations politiques dont les élites politiques ou les gouvernants de l'heure maîtrisent seul le fonctionnement, seul le ralliement apparaît comme le dernier recours qui permettra de survivre dans un tel champ politique, au risque de subir ou d'être le témoin passif de sa propre disparition de l'arène politique. C'est en cela que constitue la posture, de real-politique de certains acteurs politiques de l'opposition, de même que celui de certains citoyens en ralliant la gouvernance de l'heure. Pour d'autre, ces ralliements contre nature s'expliquent par le fait d'une volonté manifeste d'identification des forces et faiblesses du régime en place afin d'en faire une opportunité pour les joutes électorales à venir. Enfin, *la résistance violente* emprunte la même trajectoire que les formes de participation non conventionnelle dans les démocraties pluralistes contemporaines. Sa caractéristique principale repose davantage sur une logique protestataire, et vise à perturber le système politique établi. Il est d'autant illégal que son mode opératoire consiste en la séquestration de dirigeants, d'entreprises, blocage d'axes routiers etc. Ces dimensions de la participation politique peuvent être exercées à un niveau individuel (un vote, un boycott) ou collectif (une manifestation ou un sit-in sur une place publique). Dans le cas atypique des départements du Borgou et de l'Alibori, il s'agit principalement de toutes les actions de protestation allant de la destruction des édifices publics, des bureaux d'arrondissement, les barrages et destruction des infrastructures routières. De même que les soulèvements d'individu en vue d'empêcher l'organisation des élections à travers la confiscation des urnes et des bulletins de vote etc., pour cause de l'exclusion des partis de l'opposition pour les élections. Tout acte de désobéissance civile pour cause de ressentiment d'injustice et d'inégalité, et même la volonté manifeste de certains citoyens de se faire enrôler par les promoteurs-entrepreneurs de l'extrémisme violent.



La mise en valeur des terres et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun

Land development and the expropriation procedure for public utility in Cameroon

Par: Page | 227

TCHEDALE HALALDA Gertrude

Doctorante en Droit Privé, Université de Ngaoundéré

Résumé :

L'étude de la notion de mise en valeur et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique dans le contexte juridique camerounais se révèlent aujourd'hui comme un sujet capital à l'aune de la multiplication de cette procédure. En effet, la mise en valeur apparaît comme l'objectif principal de l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est dire qu'on exproprie pour construire un édifice public pouvant servir l'intérêt général. Cependant, il arrive que la terre ayant fait l'objet de l'expropriation ne soit pas utilisée de manière totale ou partielle, cela peut conduire à la rétrocession de cette terre. Cette dernière est la procédure qui consiste à restituer au propriétaire initial sa terre n'ayant pas été mise en valeur dans les délais prévus pour la procédure d'expropriation. La pratique de l'expropriation conduit parfois à des soulèvements populaires, d'où l'intérêt et l'actualité de ce thème. Il s'agit ici de voir quel est le rôle de la mise en valeur dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun, et quelles sont les limites et les solutions pouvant contribuer à l'amélioration du système foncier camerounais.

Mots clés : mise en valeur, terres, procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique

Abstract :

The study of land development and expropriation procedures for public utility in the Cameroonian legal context has become a crucial subject, given the increase of this procedure. Indeed, land development is the main objective of expropriation for public utility. In other words, expropriation is carried out to construct a public building that serves the general interest. However, if the expropriated land is not used in whole or part, it may be retroceded. Retrocession is when land not developed within the expropriation period is returned to the original owner. The practice of expropriation sometimes leads to popular uprisings, hence the interest and topicality of this theme. This article examines the role of land development in the expropriation procedure for public interest in Cameroon and the limits and solutions that could help improve the Cameroon land tenure system.

Keywords: land development, land, expropriation procedure for public utility.

Introduction

Dans son ambition d'émergence, le Cameroun adopte une stratégie nationale de développement Cameroun 2030 (SND30), qui intervient comme le relai au (DSCE) dans la perspective de l'accomplissement des objectifs de la vision de 2035. Cette stratégie définit les nouvelles lignes en matière foncière qui consiste à faciliter l'accomplissement des procédures, à l'effet notamment d'en réduire les délais et coûts; de finaliser la réforme foncière domaniale ; de poursuivre la mise en œuvre du programme de constitution des réserves foncières ainsi que la création et l'aménagement des lotissements domaniaux ; d'alléger la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique et les modalités d'indemnisation à travers la réduction des étapes conduisant à la signature du décret d'indemnisation ; de faciliter la procédure d'acquisition foncière et d'indemnisation pour les projets d'investissement publics ; mettre en place une base de données fiables, cohérentes et pertinentes de la situation réelle du patrimoine immobilier de l'Etat notamment des terrains bâtis et non bâtis¹.

De nombreux projets en cours d'exécution dans le pays pour la réalisation de cette vision ont pour socle la terre², qu'il s'agisse de la construction des routes, des barrages, des usines, des logements sociaux, des stades, des édifices publics, des fermes pour la relance de l'agriculture, etc. Aussi, la politique foncière doit s'insérer dans ce mouvement comme un élément fédérateur. L'actualité de la question foncière ne prête donc pas à discussion³. La nécessité d'un « *retour au foncier* »⁴ comme matrice de la stratégie de développement en Afrique ne fait pas de doute.

¹ Voir le SND30, p.68.

² Après l'agriculture et le pétrole, la terre constitue en Afrique subsaharienne en général et au Cameroun en particulier, l'une des principales richesses dont disposent les populations pour améliorer leurs conditions de vie, en l'absence d'un tissu économique et industriel viable. La compétence pour l'appropriation de la terre prend dès lors toute son importance dans un tel contexte. Outre une richesse, la terre a toujours été en Afrique noire le lieu où se réalise la cohésion des groupes tribaux, mais aussi, l'espace des rencontres entre vivants et morts. Les liens ontologiques qui caractérisent l'Africain et la terre font de celle-ci « *une mère, une source de vie* ». Ceci traduit l'importance que revêt la terre en Afrique de manière générale et au Cameroun en particulier.

³ KOUAM (S.P.), « *politique foncière et problématique du développement au Cameroun* », in mélanges en l'honneur de ANDRE TIENTCHEU NJIAKO, droit et politique de l'immobilier en Afrique : exemple du Cameroun, p.321.

⁴ Le retour au foncier en Afrique est dicté par l'apparition, en ce début de XXIème siècle, de nouvelles problématiques dans le domaine des politiques et des démarches réformatrices. « *Nous avons attiré l'attention des apprentis sorciers sur les contraintes incontournables tant de la logique juridique que des priorités politiques et l'originalité de la question foncière en Afrique ou ne peuvent être transposées des solutions exogènes sans de profondes adaptations. L'Afrique ne peut donc continuer à sous-estimer ses priorités endogènes, et en particulier la question de l'illégitimité des politiques foncières poursuivies depuis la colonisation* ». « *Le foncier actuel, par la diversité de ses régimes particuliers comme par la nature des montagnes juridiques adoptés ressemble à un puzzle gigantesque dont on ne connaît ni la configuration actuelle ni les potentialités à venir. Il heurte donc tant les attentes des hommes politiques soucieux de solutions uniformes que les interprétations fondées sur une démarche cartésienne ou sur le principe*

Ainsi, dans le but de réaliser ces différents projets de développement, une notion fondamentale en droit foncier camerounais a vu le jour, celle de la mise en valeur. Il importe de rappeler que cette notion avait déjà été évoquée par le législateur dès 1966. En effet, en modifiant les dispositions de l'article 5 du décret –loi n°2 du 9 janvier 1963 fixant régime foncier et domanial au Cameroun, la loi n°66-3-COR du 6 juillet 1966 permettait à tout « membre d'une collectivité de faire constater son droit de propriété sur les superficies occupées effectivement et conformément à la coutume par lui-même ou ses ayants-droit »⁵. Cette exigence d'une certaine exploitation était confirmée par le décret n°66/385 du 30 décembre 1966 portant revalorisation des mises à prix des terrains selon qu'ils avaient été ou non viabilisés. Dans l'ensemble, ces réformes restaient pourtant assez timides et vagues sur la notion de mise en valeur.

Mise en valeur, est définie par le Pr ANDRÉ TIENCHEU NJIAKO comme toute pratique, tout procédé permettant de constater l'occupation ou l'exploitation du sol ou une emprise évidente de l'homme sur la terre se traduisant par une prise de possession. C'est dire que, peu importe les moyens utilisés pour mettre en valeur, l'essentiel étant de prouver que l'homme a effectivement occupé le sol⁶.

Bien plus ; la mise en valeur peut être entendue de deux manières : au sens large, elle signifie que tout terrain vierge ou déjà utilisé peut être mis en valeur. Cela peut être un terrain vierge par construction, culture ou tout autre procédé du même genre ; terrain dans l'hypothèse où il a été abandonné (c'est-à-dire délaissé) pendant un certain temps et remis en valeur par viabilisation. Au sens restreint, la mise en valeur ne concerne que les terrains vierges.

La mise en valeur désigne l'occupation ou l'exploitation d'une parcelle de terre se matérialisant par des constructions, des habitats, des cultures, des plantations d'usines, entre autres. En se basant sur cette définition, on constate que la notion a une double utilité. La première en droit du fait de son utilité sociale, et seconde de son utilité économique.

En effet, la mise en valeur sociale est celle qui se caractérise par des maisons, des plantations, l'élevage, des cultures, des jardins et même des taudis. A cet effet, la mise en valeur concerne les besoins primaires des populations. Selon la doctrine, cette forme de mise en valeur

aristotélien de l'opposition des contraires ».Cf. E .LE ROY, « Editorial », in bulletin de liaison, in bulletin de liaison, numéro 26, septembre 2001, p.5.

⁵ NYAMA (J.M.), *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, presse de l'UCAC édition 2012, p.119.

⁶ TIENCHEU NJIAKO (A.), *Droit réel et domaine national au Cameroun*, Presse Universitaire d'Afrique pp.49-50.

visé à assurer la reproduction du groupe dans ses dimensions matérielles, sociales et idéologiques.⁷ Ce type de mise en valeur est plus présent en zone rurale et est très différent de la conception économique.

Quant à la mise en valeur économique, elle se fonde principalement sur la possibilité d'investir, de fructifier et de dégager une plus-value⁸. La mise en valeur économique a pour but de traiter la terre comme un fond à exploiter et à rentabiliser en vue de générer des revenus économiques pour l'Etat. Cette mise en valeur est appliquée dans les zones industrielles et se matérialise par une « maison ou un bâtiment construit sur un terrain d'au moins cent cinquante mètres carrés (150 m²), en bon état d'entretien, des constructions durables, comportant une étanchéité et une finition satisfaisantes, offrant un confort minimum et une installation sanitaire sommaire »⁹. La mise en valeur ne consiste pas à toute trace de prise de possession de la terre, mais à donner une plus-value probante à la terre.

En milieu urbain, selon le professeur Kamto¹⁰, les pouvoirs publics doivent constamment faire face aux exigences nouvelles résultant de la croissance des villes et de l'augmentation du niveau de vie des populations ; élargir une rue ou construire une nouvelle école, hôpital, etc., d'où la nécessité d'une mise en valeur des terres par ces derniers. Le terrain n'est pas toujours disponible à l'endroit voulu. L'Etat fait donc recours à la procédure classique d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette dernière peut être définie comme : « *une opération administrative par laquelle l'Etat oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation* ».

L'Etat camerounais y a fait recours à plusieurs reprises, soit pour des opérations de développement en milieu rural, soit pour faire face à certaines exigences d'intérêt général en milieu urbain¹¹. En effet, ces différentes opérations de développement nécessitent une mise en valeur probante de la terre. Ainsi, il est de bon ton de nous interroger sur le lien qui peut exister entre la mise en valeur de la terre et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Autrement

⁷ Le ROY (E.), « L'appropriation et le système de production », in *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, (dir), EDE Le Bris, Etienne le Roy, Paul Mathieu, *op cit.* p.33.

⁸ GONGMOGA KINBABELE, « notion de mise en valeur en droit foncier camerounais », in *le nemro*, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril- Juin 2022, p.150.

⁹ GERTI HESSENLING, *pratique foncier a l'ombre du droit*, african studies center, 1992, leiden, cité par BANGA GUISSSE (P.), « Le domaine national : une figure juridique complexe », *juridis périodique*, n°41, mars, 2000, p.92.

¹⁰ Maurice KAMTO, *Introduction au Droit de l'urbanisme du Cameroun*, p.1623.

¹¹ Ainsi en va-t-il fait usage dans le cadre urbain, par exemple pour l'installation des services d'hygiène mobile et de la pharmacie centrale d'approvisionnement (Décret n° 68-119/ COR du 26 août 1968).

dit, quel est le rapport entre la mise en valeur des terres et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique ? Une telle problématique nous conduit à montrer que la mise en valeur des terres est l'objectif principal de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (I), mais que cet objectif peut faire l'objet de plusieurs entraves et qu'il faudra proposer quelques esquisses de solutions pouvant contribuer à l'amélioration de la procédure d'expropriation (II).

I- LA MISE EN VALEUR COMME OBJECTIF PRINCIPAL DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

L'expropriation pour cause d'utilité publique peut être définie comme « *une opération administrative par laquelle l'Etat oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation* ». ¹² C'est dire que l'expropriation a pour objectif la mise en valeur de la terre objet de l'expropriation. Cela à travers les réalisations, telles que la construction des routes, barrages, etc.

Il faut également noter que l'Etat est le bénéficiaire principal de l'expropriation pour cause d'utilité publique. A côté de lui, on peut aussi citer les autres personnes morales, bénéficiaires occasionnels ; on peut citer, entre autres, les collectivités publiques locales, les établissements publics, les concessionnaires des services publics, et les sociétés parapubliques. La victime de l'expropriation est quant à elle un propriétaire des fonds dont les terres ont été évincées au profit de la collectivité.

A cet effet, il sera alors question pour nous de parler de la mise en valeur comme objet de l'expropriation pour cause d'utilité publique (A) ; et du droit de l'indemnisation en matière d'expropriation (B).

A- La mise en valeur comme objet de l'expropriation pour cause d'utilité publique

L'expropriation a essentiellement pour but, précise le professeur René CHAPUS, de réaliser le transfert forcé de la propriété d'un immeuble « en tout ou partie » ¹³. C'est-à-dire que l'expropriation peut être limitée, non seulement à une fraction de la surface de l'immeuble, mais aussi au seul tréfonds d'un immeuble, en vue de la construction d'ouvrages souterrains d'utilité

¹² DE LAUBADERE, (A.), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1970, p. 211.

¹³ CHAPUS (CH.), *Droit administratif général*, 11ème éd, Paris, Montchrestien, 1998, p. 663.

publique ou d'intérêt général. Cette expropriation ne peut intervenir que pour la réalisation d'un objectif d'utilité publique.

La loi n°85/09 du 4 juillet 1985, en son article 2, dispose que « *l'expropriation pour cause d'utilité publique affecte uniquement la propriété privée telle qu'elle est reconnue par les lois et les règlements* ». Il s'agit là d'une reprise des dispositions de l'ordonnance n°74/3 du 6 juillet 1974 qui, en article 2, disposait déjà que « *l'expropriation pour cause d'utilité publique n'affecte que la propriété privée telle que définie à l'article 2 de l'ordonnance fixant régime foncier* »¹⁴. Cela dit, la procédure d'expropriation a pour but de mettre en valeur le terrain ayant fait l'objet de l'expropriation. C'est pour cette raison qu'il faut d'abord présenter les immeubles pouvant faire l'objet d'expropriation (1) et la manifestation de la mise en valeur dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (2).

1- Les immeubles objet d'expropriation

En ce qui concerne les immeubles à exproprier, l'on les scinde en deux types : les immeubles par nature et les immeubles par destination. S'agissant des immeubles par nature, il faut tout d'abord noter qu'ils peuvent se définir par l'attache au sol, de sorte que, dans cette dénomination, l'on peut regrouper le sol et tout ce qui adhère au sol : affirmation consolidée par l'expression que l'on rencontre régulièrement dans le vocabulaire employé par le législateur relatif à l'expropriation. Il s'agit, entre autres, des « terrains nus » ; des « cultures », des « constructions ». Il peut s'agir, entre autres, des sols ; de ce qui adhère au sol : les végétaux, les constructions. Les végétaux sont des immeubles tant qu'ils adhèrent au sol, à la condition de pousser leur racine dans le même sol. Mais il n'est pas nécessaire, quand la plante est mise sous terre, qu'elle doive y rester définitivement. Ceci s'explique par le fait que le problème de leur indemnisation ne se soucie pas de la nature de meubles ou d'immeubles.

En ce qui concerne les constructions, tout ce qui est planté dans la terre fait partie de l'immeuble, y compris les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore cueillis : les grains sont coupés et les fruits enlevés ; par conséquent, il n'est pas tenu compte des fruits dans l'indemnité compensatrice, mais plutôt du nombre des pieds de plantes.

¹⁴Cs. Arrêt n°178/cc du 21septembre 2000, Affaire NTHUMILI (P.) c/TANDE (D.) ou les juges suprêmes déclaraient que « ...l'ordonnance n°74/1 du 6 juillet 1974 avait consacré le titre foncier comme seule source de droit réel immobiliers... » *Juridis périodique* n° 46, avril-mai-juin 2001, p. 49.

Quant aux immeubles par destination, « ce sont des choses mobilières dont la loi en fait fictivement des immeubles en raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire ». Deux constructions sont nécessaires à l'immobilisation des meubles, il faut que le meuble appartienne au propriétaire de l'immeuble ou qu'il soit placé dans le fonds par lui, et il faut ensuite que le meuble soit affecté au fonds. L'article 524 du code civil donne quelques exemples d'immeubles par destination. L'expropriation pour cause d'utilité publique ne peut être appliquée aux immeubles par destination que s'ils font partie intégrante de l'immeuble ; c'est le cas des objets attachés à une perpétuelle demeure. Ils suivent le sort de l'immeuble auquel ils sont attachés, de sorte que l'indemnité d'éviction englobe la valeur des objets incorporés, mais non celle des immeubles par destination : objets affectés au service ou à l'exploitation d'un fonds que le propriétaire a la possibilité de séparer de la chose principale.

2- La manifestation de la mise en valeur dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique

C'est la jurisprudence qui reconnaît l'utilité publique d'un projet. Cette condition ne peut être acceptée que si les éléments de la liste suivante sont vérifiés : Le projet est réellement justifié ; le projet est inévitable ; l'atteinte à la propriété de l'exproprié n'est pas disproportionnée par rapport à l'intérêt que représente l'opération.

La procédure d'expropriation ne peut avoir lieu que dans un but d'intérêt public. Cela concerne les projets d'utilité publique comme ceux de : l'urbanisme ; construction de lotissements communaux ; création d'espaces verts ; construction d'établissements d'enseignements ou de recherche scientifique ; création d'établissements sportifs ou culturels ; etc.

Il est important de dire qu'une opération privée ayant pour but de dégager un profit sans rendre service à la collectivité publique ne pourrait être reconnue d'utilité publique.

Le but de l'expropriation est l'intérêt public. Une opération purement privée sans contrepartie pour la collectivité publique n'est d'aucune utilité publique.

Au Cameroun, la procédure d'expropriation débute par les différents types d'enquêtes. Il peut s'agir de l'enquête préalable et de l'enquête parcellaire.

L'enquête préalable permet de choisir le terrain, recueillir l'avis des personnes occupant ou exploitant ledit terrain et les identifier, de recenser et de quantifier les mises en valeur. Elle doit

être publique et contradictoire, dresser l'état des lieux complet et inventorier les droits de toute nature mis en cause par l'expropriation.

Quant à l'enquête parcellaire, elle permet de déterminer la nature juridique du terrain concerné et de le borner, s'il relève du domaine national. Il s'agit d'une enquête spécifique aux projets susceptibles d'affecter l'environnement.

Page | 235

Après les différentes enquêtes intervient la commission de constat-évaluation¹⁵. Elle a pour mission de choisir et de faire borner les terrains concernés aux frais du bénéficiaire, d'identifier leurs titulaires et propriétaires ; de constater les droits et d'évaluer les biens mis en cause ; de faire les panneaux indiquant le périmètre de l'opération.

Ensuite arrive la déclaration d'utilité publique. Elle est le fait de l'expropriant, c'est-à-dire de la personne publique ou privée qui poursuit l'expropriation pour son propre compte ou pour un autre bénéficiaire, mais il est évident que la demande n'aura de suite qu'en conséquence d'une autorité d'Etat. Il existe deux modalités de déclaration ; elles sont différentes selon qu'il s'agit de l'expropriation directe ou de l'expropriation indirecte.

La déclaration d'utilité publique conduit à l'acte de cessibilité et au transfert de la propriété.

Un décret d'expropriation entraînant le transfert de propriété par mutation des titres fonciers, la suspension de toute transaction et mise en valeur sur les terrains concernés.

La procédure d'expropriation d'utilité publique a pour but de permettre à l'Etat de mettre en valeur l'espace libéré, cela dans le but de réaliser les travaux d'intérêt général. Il peut s'agir des routes, des stades, des édifices publics... La mise en valeur apparaît ainsi comme l'objectif de cette procédure. Étant entendu que l'intérêt général passe avant tout, l'Etat s'octroie ce droit en contrepartie d'une juste et préalable indemnisation.

B- Le calcul de l'indemnisation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique

Le principe est que la règle de l'indemnisation préalable signifie que le bénéficiaire de l'expropriation ne prend possession d'un bien ou d'un droit réel immobilier sans avoir, au préalable, payé l'indemnité y afférente au propriétaire évincé. Cette règle, issue de l'article 4, alinéa 2, de la loi précitée, dispose qu'en « principe, l'expropriation ouvre droit à une

¹⁵ YOSSA (C.), *les commissions dans le régime foncier camerounais*, Mémoire de Licence en Droit, Université de Yaoundé, 1977-1978.

indemnisation préalable », fait de l'indemnisation une condition de l'expropriation et non la conséquence de celle-ci. C'est en application de cette règle qu'il est exigé de tout département ministériel désireux d'entreprendre une opération d'utilité publique de s'assurer de la disponibilité des crédits d'indemnisation tout en indiquant l'imputation budgétaire ou tous autres moyens d'indemnisation. Cette exigence de la disponibilité des moyens d'indemnisation oblige l'administration à entreprendre les opérations d'expropriation qu'après s'être assurée que les expropriés seront indemnisés avant leur éviction. C'est dans ce sens qu'une correspondance a été adressée au ministre de l'urbanisme et de l'habitat par le secrétaire général de la présidence de la république. A travers cette correspondance, ce dernier lui fait tenir les recommandations issues de la réunion interministérielle du 17 janvier 1991 sur les problèmes liés à la gestion domaniale. Entre autres recommandations formulées à la suite de cette réunion, il a demandé de procéder dorénavant à l'indemnisation financière ou à la compensation en nature des populations *avant toute opération d'expropriation* »¹⁶.

S'agissant des dérogations au principe de l'indemnisation préalable, l'alinéa 3 de l'article précité se borne à évoquer « certains cas » ; pour lesquels l'indemnisation ne serait pas préalable, sans les énumérer ni indiquer les critères permettant de les identifier. Il s'agit là, à n'en point douter, de l'illustration du souci du législateur camerounais de permettre autant que possible à l'état de mener librement certaines opérations nécessaires au développement¹⁷.

L'article 545 du code civil dispose que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ». Mais depuis la réforme foncière de 1974, le rôle de l'autorité judiciaire se réduit à l'appréciation de l'indemnité en cas d'expropriation. L'indemnisation des victimes de l'expropriation pour cause d'utilité publique a toujours été une préoccupation des législateurs.

Une commission a été mise en place dans le but de choisir et de faire borner les terrains concernés, aux frais du bénéficiaire ; de constater les droits et d'évaluer les biens mis en cause ; d'identifier leurs titulaires et propriétaires ; de faire des panneaux indiquant le périmètre de l'opération ; il s'agit de la commission constat-évaluation.

Les paiements des indemnités se font de deux manières : en numéraire et en nature.

¹⁶ TIENCHEU NJIAKO (A.), *Droits fonciers urbains au Cameroun*, op. cit., p.422.

¹⁷ Ibid.

Il sera question ici de parler des conditions d'indemnisation (1) avant de parler de l'évaluation de la mise en valeur (2).

1- Les conditions de l'indemnisation

L'indemnisation est soumise à un certain nombre de conditions : les unes sont relatives aux biens ouvrant droit à l'indemnisation et les autres, aux caractères du préjudice ouvrant droit à la réparation.

Pour les premières, l'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération qui vise la cession au profit de l'Etat et des autres personnes morales de droit public des biens et droits immobiliers appartenant aux particuliers. En contrepartie de leur dépossession, une indemnité est accordée aux propriétaires. Au terme de l'article 7, alinéa 1, de la loi n° 85/009, l'indemnité allouée aux victimes de l'expropriation couvre les terrains nus, les cultures, les constructions ; toutes autres mises en valeur, quelle qu'en soit la nature, dûment constatées par la commission de constat et d'évaluation.

En outre, l'article 6 de l'ordonnance 74/002 du 06 juillet 1974 fixant le régime domanial prévoit l'indemnisation des immeubles privés sur lesquels ont été imposées des servitudes de passage, d'implantation d'appui et de circulation nécessaires à l'établissement, à l'entretien et à l'expropriation des litiges télégraphiques, des conducteurs d'énergie et des conduites d'eau classés dans le domaine public. Seuls les biens ci-dessus énumérés, lorsqu'ils ont été soustraits du patrimoine de leur propriétaire, peuvent donner lieu à une indemnisation. Le législateur camerounais a ainsi entendu circonscrire l'objet de l'indemnisation.

Pour les secondes, à savoir les caractères du préjudice ouvrant droit à la réparation, il faut que le préjudice soit direct et immédiat (c'est-à-dire qu'il faut un lien de causalité entre l'expropriation et l'éviction) ; il faut un préjudice matériel (c'est-à-dire une atteinte aux biens, au patrimoine) ; il faut enfin que le préjudice soit certain (c'est-à-dire ne résulte pas des hypothèses, suppositions et autres éventualités¹⁸).

La réparation du préjudice passe d'abord par l'évaluation du préjudice ; ensuite par le paiement de l'indemnité ; et enfin par les contestations relatives à l'indemnisation.

¹⁸ Sur la notion d'éventualités, lire : DESCARTES (R.), *Le discours de la méthode*, éd FERNAND NATHAN, Paris, 1980, p.18.

L'évaluation du préjudice signifie apprécier en argent les conséquences de l'expropriation sur la victime en vue de les dédommager, c'est-à-dire remettre cette dernière dans un même et semblable état d'éviction. La commission de constat et d'évaluation après signature par le ministre chargé des domaines de l'arrêté déclarant d'utilité publique les travaux projetés, une commission est nommée en vue de l'évaluation des mises en valeur. Aux termes des articles 3 et 4 du décret précité, le ministre de l'urbanisme et de l'habitat peut désigner la commission de constat et d'évaluation, dont la compétence varie suivant qu'elle s'exerce au niveau départemental, régional ou national. Les différentes commissions ne peuvent valablement siéger que si au moins les 2/3 de leurs membres sont présents.

2- L'évaluation de la mise en valeur et le paiement de l'indemnité

L'évaluation est faite d'après l'état et la valeur des biens à la date prononcée de la déclaration d'utilité publique. Aussi, la commission ne doit pas prendre en compte les améliorations effectuées dans le but d'augmenter l'indemnité à allouer. La procédure d'évaluation varie selon qu'il s'agit de culture, de constructions ou autres mises en valeur.

La détermination de l'indemnité due au titre de la destruction des cultures faite conformément au barème issu de l'arrêté n° (modifié par l'arrêté n° 13/MINAGRI/DAG du 19 février 1982. Selon lequel l'évaluation intègre l'âge, le nombre de pieds et la superficie cultivée.

L'évaluation des constructions est faite sur la base de l'arrêté n° 00832/Y015/MINUH/D000 du 20 novembre 1987. Elle paraît plus complexe. De prime abord, il faut distinguer les constructions réalisées en milieu urbain et celles effectuées en milieu rural. En effet, aux termes de l'article 10, alinéa 3, de la loi n° 85/009, il n'est dû aucune indemnité pour la destruction des constructions réalisées en infraction aux règles d'urbanisme, ou aux dispositions législatives ou réglementaires fixant le régime foncier. Cette règle n'est pas applicable en milieu rural, dans la mesure où le permis de bâtir n'est pas exigé. La commission calcule la valeur de la destruction sur la base d'un taux forfaitaire au mètre carré, variant suivant le genre et la qualité. A cet effet, les constructions ont été attribuées à chaque catégorie, correspondant à la valeur des constructions finies. Elles sont déterminées sur la base de celles des constructions finies des catégories correspondantes, affectées d'un taux de finition calculé suivant les dispositions de l'article précité. Les éléments d'appréciation de la valeur des constructions sont, entre autres : les matériaux utilisés (parpaing, planche, béton) et leur coût ; la surface occupée par le type des matériaux utilisés ; le critère de confort (carreau ou gerflex) ; le plan de construction ; la charpente

(bois) ; les éléments de finitions et notamment de types d'ouvertures, d'enduits ... ; la facilité d'accès à la maison.

A l'issue de cette procédure d'évaluation, l'expert en construction dresse des états d'expertise qui sont signés de tous les membres de la commission. Ces états d'expertises doivent faire ressortir : les dimensions et la superficie de la construction ; son âge et son taux de vétusté ; sa classification associée à une description sommaire de sa qualité.

Page | 239

Les services des acquisitions immobilières de la direction des domaines assurent le contrôle de ces opérations.

En ce qui concerne l'évaluation des autres mises en valeur, la commission dispose d'une liberté d'appréciation. Ainsi, elle peut y procéder directement en se fondant sur des critères qu'elle aura préalablement arrêtés, soit confier cette tâche à une sous-commission technique composée de trois (3) membres au moins, à l'effet d'expertiser cette catégorie de biens. La sous-commission travaille sous la responsabilité et le contrôle de la commission entière, qui fait l'évaluation des terrains nus, par contre est règlementée par l'article 9 de la loi n°85/009 en ces termes : lorsqu'il s'agit d'un terrain résultant d'une détention coutumière ayant donné lieu à l'obtention d'un titre foncier, l'indemnisation ne peut dépasser le taux minimum officiel des terrains domaniaux non viabilisés de la localité de situation du titre foncier ; ou lorsqu'il s'agit d'un terrain résultant d'une transaction de droit commun ou d'une acquisition des terrains domaniaux, l'indemnité due est égale au prix d'achat, majoré des frais divers d'acquisition.

S'agissant du paiement de l'indemnité, il peut être effectué par un paiement en espèces ou en numéraire ; ou alors par un paiement en nature. L'organe chargé du paiement de l'indemnité est, entre autres, le ministère des domaines, du cadastre et des affaires foncières (MINDCAF)¹⁹.

Pour toute contestation relative à l'indemnisation, elle se fait d'abord devant l'autorité administrative avant d'arriver devant le juge. Devant l'administration, elle est représentée majoritaire au sein de la commission de constat et d'évaluation, ses membres sont nommés par l'administration ; du déclenchement de la procédure jusqu'au règlement des litiges relatifs à l'indemnisation, les autorités administratives pèsent de tout leur poids.

¹⁹ Ibid.

II-LES ENTRAVES A LA MISE EN VALEUR DES TERRES DANS LA PROCÉDURE DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE ET LES PERSPECTIVES D'AMÉLIORATION

La non-utilisation des biens immeubles expropriés, ou alors la non-mise en valeur du bien exproprié, caractérise en conséquence l'inutilité et l'inopportunité de l'opération, en contradiction même avec l'utilité projetée. Pourtant, il est requis pour les demandeurs à l'expropriation des précisions détaillées des différentes phases de la procédure afin de ne pas verser dans des opérations vaines, mais néanmoins porteuses de conséquences graves sur le patrimoine des citoyens.

L'article 13 du décret de 1987 dispose que « *l'arrêté de déclaration d'utilité publique devient caduque si, dans un délai de 2 (deux) ans à compter de la date de sa notification au service ou organisme bénéficiaire, il n'est pas suivi d'expropriation* ». L'expropriation doit être effective, c'est-à-dire que les terrains expropriés ont reçu la destination prévue. Par conséquent, passé ce délai, si l'expropriation a été effectuée, et le terrain cédé n'a pas reçu l'affectation destinée, il s'agit d'une expropriation abusive.

Par ailleurs, la question de la non-utilisation dans les délais soulève l'épineux problème de la rétrocession de l'immeuble exproprié. En effet, en droit français, le Code de l'expropriation, notamment en son article L12-6 prévoit expressément que « *si les immeubles expropriés n'ont pas reçu dans le délai de cinq ans la destination prévue, ou ont cessé de recevoir cette destination, les anciens propriétaires peuvent en demander la rétrocession pendant un délai de trente ans. Il s'agit en fait d'une cession à un prix nouveau, correspondant à la valeur du bien, au moment de sa restitution* ».

A cet effet, pour bien analyser ce qu'il advient de la non-utilisation de la terre ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, il sera question de montrer les entraves liées à la non-effectivité de la mise en valeur de la terre et de l'indemnisation des victimes de l'expropriation pour cause d'utilité publique (A). Il sera également question pour nous de présenter quelques esquisses de solution en vue d'améliorer la procédure d'expropriation (B).

A- La non-effectivité de la mise en valeur des terres et les limites liées à l'indemnisation en matière d'expropriation

En ce qui concerne les entraves liées à la non-effectivité de la mise en valeur des terres. Nous avons démontré plus haut que l'objectif de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique est de mettre la terre en valeur dans le but de réaliser un travail d'intérêt général. Cependant, il arrive très souvent que cet objectif ne soit pas atteint pour diverses raisons. A cet effet, une demande de rétrocession de la partie non utilisée peut être demandée par la victime de la procédure d'expropriation.

Page | 241

La rétrocession est la faculté pour le propriétaire dont le bien a été exproprié d'obtenir de celui au profit de qui a été prononcé l'ordonnance d'expropriation, qu'il le lui restitue parce qu'il n'en a pas fait l'usage pour lequel l'expropriation a été autorisée. Elle est la suite logique de l'expropriation²⁰.

En droit camerounais, aucune disposition législative ne prévoit l'hypothèse de rétrocession. C'est à la jurisprudence, notamment dans l'affaire Dame veuve ONGONO Régine que pour la première fois, l'hypothèse de rétrocession d'immeuble a été posée ; ce fut le cas également dans l'affaire DZOU ESSOMBA Charles.

Ce n'est qu'en 1995 que l'hypothèse d'une rétrocession administrative prononcée par le juge apparaît dans la célèbre affaire SOCIETE RENAULT du Cameroun.

Pour ce qui est des limites liées à l'indemnisation des victimes de l'expropriation, L'indemnisation est un élément central de l'expropriation, car elle vise à compenser équitablement le propriétaire pour la perte de son bien. Cette indemnité juste et préalable vise à compenser intégralement le préjudice direct, matériel et avéré résultant de l'expropriation. En versant cette indemnité, le propriétaire est ramené à une situation matérielle similaire à celle antérieure à l'expropriation. Cependant, le calcul de cette indemnisation n'est pas parfait. C'est pour cette raison que nous parlerons d'une part de la non-effectivité de la mise en valeur (1) et d'autre part des limites liées à l'indemnisation des victimes de l'expropriation (2).

²⁰ TIENTCHEU NJIAKO (A.), *Droits fonciers urbains au Cameroun*, op. cit., p.221.

1- La non-effectivité de la mise en valeur des terres

En effet, l'absence de mise en valeur sur un terrain ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique est la cause de la rétrocession. Cette non-utilisation de la terre peut être totale ou partielle.

Page | 242

Au sujet de la non-utilisation totale de la terre, si l'arrêté de déclaration d'utilité publique n'est pas suivi d'expropriation effective et de réalisation dans les délais des investissements d'intérêt général projetés. La déclaration devient caduque. Les terrains en question doivent être remis à leur état antérieur à l'expropriation. C'est dire que si la mise en valeur prévue dans la déclaration d'utilité publique n'est pas effective, la déclaration devient caduque.

Le décret de 1987 dispose que le dossier préliminaire doit comprendre une fiche précisant la date approximative de démarrage des travaux. A l'expiration du délai maximal de trois ans reconnu au bénéficiaire de l'expropriation, si les travaux ne sont pas terminés. L'utilité publique à l'origine de l'expropriation disparaît en devenant caduque. Le législateur camerounais est muet sur le régime juridique et la destination de l'immeuble ainsi libéré par la caducité. Les demandes adressées par les propriétaires expropriés à la direction des domaines pour récupérer leurs titres fonciers ont toutes reçu des issues judiciaires controversées.

L'expropriation ne devient définitive que si l'immeuble exproprié est effectivement affecté à l'utilisation pour laquelle la déclaration d'utilité publique a été prononcée. Dans le cas contraire, la victime peut légitimement demander à recouvrer son droit de propriété, car l'arrêté d'expropriation, étant privé de sa base légale, l'obstacle qu'il constituait à la restitution du bien n'existe plus. Les intéressés devront donc pouvoir obtenir du juge de l'expropriation la restitution (moyennant le reversement de l'indemnisation déjà perçue) des biens dont, en droit, ils n'ont cessé d'avoir la propriété²¹.

Quant à l'utilisation partielle de la terre expropriée, l'article 13 du décret n° 81/1872 du 16 décembre 1987 précise que l'expropriation doit être « effective », c'est-à-dire que les terrains doivent recevoir la destination prévue. Il pourrait ainsi s'agir de la non-utilisation ou de l'utilisation partielle suivie de l'abandon. Si l'autorité administrative laisse expirer le délai de deux ans sans

²¹ CHAPUS (R.), Op. Cit., p. 721.

exécution des travaux à la base de l'expropriation, l'opération est frappée de caducité et ne peut donc plus servir de base à une déclaration d'utilité publique.

Aussi, le fait pour l'administration de mettre en valeur qu'une partie de l'immeuble exproprié rend caduc l'arrêté d'expropriation, du moins pour la partie de l'immeuble non exploitée et, de ce fait, le droit à la rétrocession est ouvert à des personnes expropriées. Le juge prend soin de motiver sa décision dans le sens de rétrocéder le terrain exproprié au propriétaire initial.

Tout comme dans le cadre de l'utilisation totale du terrain, une fois la caducité constatée, le propriétaire du terrain peut légitimement demander à recouvrer son droit de propriété sur la partie non exploitée. Le juge de l'expropriation pourra prononcer la restitution du bien.

2- Les limites de l'indemnisation des victimes de l'expropriation

Il arrive très souvent que les modalités de calcul de l'indemnité soient défavorables aux victimes de l'expropriation pour cause d'utilité publique. S'agissant de la détermination des montants, l'approche retenue par l'administration a été de publier un barème répertoriant les montants à payer pour les différentes cultures²², et pour les terres disposant de titres fonciers²³. Cette approche présente le double avantage d'assurer l'uniformité du montant des compensations sur l'ensemble du territoire national et de garantir la prévisibilité du coût social des projets pour l'Etat, puisqu'ils intègrent la valeur des indemnités.

Il existe deux modalités d'indemnisation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique au Cameroun. L'indemnité en nature et l'indemnité pécuniaire.

S'agissant de l'indemnité en nature, selon l'article 8 de la loi n° 85-09 du 4 juillet 1985 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux modalités d'indemnisation :

« - L'indemnité est pécuniaire ; toutefois, en ce qui concerne les terrains, la personne morale bénéficiaire de l'expropriation peut substituer compensation de même nature et de même valeur à l'indemnité pécuniaire.

²² C'est le décret N° 2003/418/PM du 25 février 2003 fixant les tarifs d'indemnisation des cultures. Il abroge l'arrêté N°058/MINAGRI du 13 août 1981 portant modification des tarifs des indemnités à verser au propriétaire pour toute destruction d'arbres cultivés et cultures vivrières.

²³ Pour les terres immatriculées, la loi du 4 juillet 1985 renvoie au taux minimum officiel des terrains domaniaux non viabilisés de la localité de situation du titre foncier, fixés par le décret N°2014/3211/PM du 29 septembre 2014 fixant les prix minima applicables aux transactions sur les terrains relevant du domaine privé de l'Etat.

- En cas de compensation en nature, le terrain attribué doit, autant que faire se peut, être situé dans la même commune que le terrain frappé d'expropriation.

- Si la valeur du terrain alloué en compensation est supérieure à celle du terrain frappé d'expropriation, la soulte est payée par le bénéficiaire de l'indemnité. Si elle est inférieure, le bénéficiaire de l'expropriation alloue une indemnité pécuniaire correspondant à la soulte. ».

Page | 244

C'est dire que l'indemnisation en nature est présentée comme une possibilité offerte au bénéficiaire de l'expropriation, qui doit dans ce cas apporter un terrain de même nature et de même valeur en compensation du terrain exproprié, et situé, « autant que faire se peut », dans la même commune que le terrain frappé d'expropriation²⁴.

L'indemnisation en nature peut être une limite en ce sens qu'il est difficile de déterminer avec exactitude la valeur exacte du bien exproprié. Autrement dit, la limite réside non seulement au niveau de la valeur du terrain faisant l'objet de la compensation, mais aussi au niveau de lieu où est situé le terrain.

Quant à l'indemnité pécuniaire, le principe est également posé par l'article 8 (1) de la loi du 4 juillet 1985. Pour les terrains nus et non-viabilisés, s'ils ont fait l'objet d'une immatriculation directe, « l'indemnité ne peut dépasser le taux minimum officiel des terrains domaniaux non viabilisés de la localité de situation du titre foncier »²⁵. Lorsque le terrain a été acquis à la suite d'une mutation à partir d'un titre foncier existant, « l'indemnité est égale au prix d'achat, majoré des frais divers d'acquisition »²⁶. Le décret N°2014/3211/PM du 29 septembre 2014 fixant les prix minima applicables aux transactions sur les terrains relevant du domaine privé de l'Etat prévoit ainsi des prix du mètre carré allant de 200 à 10 000 francs. Ces montants sont beaucoup plus bas que ceux prévus par la mercuriale sur la base de laquelle l'Etat prélève la fiscalité sur les transactions foncières.

Cette valeur ne tient pas compte de l'inflation et ne reflète nullement le prix de la terre, surtout dans les grandes villes, où la spéculation se traduit par une hausse des prix largement supérieure à l'inflation. De plus, l'Etat a lui-même fixé une mercuriale des prix de la terre pour les grandes villes, qui contredit le barème d'indemnisation pour les terres expropriées.

²⁴Voir l'article 8 de la loi du 4 juillet 1985.

²⁵Article 9 (1) de la loi du 4 juillet 1985.

²⁶Article 9 (2) de la loi du 4 juillet 1985.

B- Les esquisses de solution pouvant contribuer à l'amélioration de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique

Dans l'optique d'améliorer le système foncier camerounais en général et celui de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique en particulier, il sera question de parler des solutions ayant trait à l'amélioration de l'évaluation des biens mis en valeur (1) et des solutions relatives à la protection de la victime (2).

Page | 245

1- L'amélioration de l'évaluation des biens mis en valeur

Le Code civil camerounais dispose, en son article 1382, du principe de la responsabilité en ces termes : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » La réparation est intégrale et doit être, autant que possible, reproduire la condition antérieure à la survenance du dommage. L'indemnisation en matière d'expropriation est censée respecter le même principe.

La Directive Opérationnelle 4.12 propose comme méthode de calcul des indemnisations la valeur de remplacement du bien exproprié. S'agissant des terres agricoles, au moins quatre critères sont pris en compte :

- La valeur marchande de la terre avant le projet ou immédiatement avant le déplacement ;
- Le potentiel de productivité ;
- Le coût de préparation de la terre, afin de la mettre dans un état similaire à celui de la parcelle expropriée ;
- Le coût d'éventuelles procédures d'enregistrement et les taxes de transfert.

En zone urbaine, est prise en compte la valeur d'une parcelle de taille équivalente immédiatement avant le déplacement, située à proximité de celle expropriée et disposant d'infrastructures publiques et de services au moins équivalents en qualité. Pour ce qui est des maisons et autres bâtiments, il s'agit de la valeur marchande des équipements nécessaires pour reconstruire un bâtiment de même taille et de qualité au moins égale à celle de l'immeuble

exproprié, majorée des coûts de transport des matériaux, des travaux de construction, de l'enregistrement de la terre²⁷.

A cet effet, la réforme pourrait songer à revenir au principe de la réparation intégrale, par une recherche de la valeur de remplacement équivalente, lorsque cela est possible, et par la mise en place de processus participatifs impliquant les communautés pour identifier les formules les plus équitables, lorsque les dommages ne peuvent faire l'objet d'une évaluation logique (déplacement des sites sacrés par exemple).

2- Les solutions relatives à la protection des victimes

La protection de la victime passe par la sécurisation des paiements de son indemnisation. En effet, les autorités administratives chargées du paiement des compensations y déplacent des sommes importantes à l'occasion de leurs travaux et procèdent à des paiements en public. Les bénéficiaires ont donc la responsabilité de la sécurisation des sommes reçues, dans un environnement où les forces de l'ordre et le réseau bancaire ne sont pas toujours présents. Il est résulté de cette situation des cas de vols des sommes perçues. De plus, certains administrateurs présidents des commissions ont institué une « taxe informelle », d'un montant variable, qui grève de manière significative les droits perçus par les victimes.

Pour pallier ce problème, on pourrait envisager deux séries de mesures :

- Une généralisation de plans d'assistance aux victimes des expropriations, qui impliquerait les responsables locaux des administrations publiques et qui serait destinée à appuyer la reconstitution de l'appareil productif des communautés concernées ;

²⁷ La partie relative au calcul de la valeur de remplacement est ainsi libellée: "With regard to land and structures, "replacement cost" is defined as follows: For agricultural land, it is the pre-project or pre-displacement, whichever is higher, market value of land of equal productive potential or use located in the vicinity of the affected land, plus the cost of preparing the land to levels similar to those of the affected land, plus the cost of any registration and transfer taxes. For land in urban areas, it is the pre-displacement market value of land of equal size and use, with similar or improved public infrastructure facilities and services and located in the vicinity of the affected land, plus the cost of any registration and transfer taxes. For houses and other structures, it is the market cost of the materials to build a replacement structure with an area and quality similar to or better than those of the affected structure, or to repair a partially affected structure, plus the cost of transporting building materials to the construction site, plus the cost of any labor and contractors' fees, plus the cost of any registration and transfer taxes. In determining the replacement cost, depreciation of the asset and the value of salvage materials are not taken into account, nor is the value of benefits to be derived from the project deducted from the valuation of an affected asset. Where domestic law does not meet the standard of compensation at full replacement cost, compensation under domestic law is supplemented by additional measures so as to meet the replacement cost standard. Such additional assistance is distinct from resettlement measures to be provided under other clauses in OP 4.12, para. 6. ». Voir World Bank, OP 4.12, Annex A – Involuntary Resettlement, note 1.

- L'introduction, au-dessus d'un montant qui pourrait se situer autour de cinq cent mille francs CFA par exemple, et pour les victimes situées en zone rurale ou dans la périphérie urbaine, d'une obligation de payer les indemnisations en espèces sur un compte ouvert dans une banque ou dans un établissement de microfinance agréé, pour assurer la sécurisation des paiements. Les sommes dues seraient alors virées dans le compte des bénéficiaires, sans qu'aucune retenue ne soit possible. Les hauts fonctionnaires, nombreux parmi les inculpés pour malversations dans la gestion des compensations²⁸. Seraient alors moins exposés à des tentations.

Comme autres moyens de protection des victimes de l'expropriation, on pourrait envisager deux mesures :

- La commission de constat et d'évaluation est, à certains égards, juge et partie : elle est composée de représentants de l'Etat au niveau local, qui sont investis de la responsabilité de la gestion de leurs secteurs respectifs d'activités au quotidien. Ils sont en interaction permanente avec les victimes et avec l'autorité administrative qui la préside. Lorsqu'elle procède à une enquête et qu'elle rend son rapport, toute contestation du contenu du rapport est portée à la connaissance du ministre en charge des domaines, et il est très possible que les services locaux (membres de la Commission) en soient également informés. La contre-expertise, lorsqu'elle est envisagée, peut conduire à un désaveu des membres de la Commission, ce qui pourrait avoir des conséquences pour les victimes. Dans

²⁸ Cameroun : 14 personnes arrêtées pour des affaires d'indemnisation à Kribi et Bankim, Journalducameroun.com, publié le 9/05/2016. Consulté le 27 juillet 2019 à l'adresse suivante <https://www.journalducameroun.com/cameroun-14-personnes-arretees-pour-des-affaires-dindemnisation-a-kribi-et-bankim/> ; CAMEROUN Lobo : L'ancien sous-préfet et le maire à Kondengui, publié par le site d'information www.camer.be le 25 février 2019. Consulté le 27 juillet 2019 à l'adresse suivante : <https://www.camer.be/73309/11:1/cameroun-lobo-lancien-sous-prefet-et-le-maire-a-kondengui-cameroon.html> L'article rapporte : « Ils sont 14 à méditer leur sort dans les geôles de la prison centrale de Kondengui à Yaoundé depuis le week-end dernier. De sources bien introduites, il s'agit de l'ancien sous-préfet, Abdou Kaigama, du maire Eloundou Ndongou Louis Coty, des chefs de cantons et de villages de Lobo dans la Lékié, région du Centre, impliqués dans l'affaire des indemnisations des populations affectées par le projet de construction de l'autoroute Yaoundé-Douala, sur le tronçon PK 10-PK 20. [...] Des délégués départementaux des ministères impliqués dans cette affaire font également partie des prévenus. Ces personnes sont accusées d'avoir indûment perçu des ressources pécuniaires destinées aux riverains touchés par la mise en œuvre de cet important projet devant relier les deux principales villes du Cameroun ». Un autre article donne des indications supplémentaires sur quelques-unes des modalités de la fraude : « Les suspects interpellés sont accusés d'avoir contribué, entre autres, à insérer 44 titres fonciers établis postérieurement au 6 février 2009, date de l'arrêté n° 156/Mindaf déclarant d'utilité publique les travaux de construction du port en eau profonde de Kribi, parmi les 149 ayant reçu des indemnisations. Le montant perçu par ces 44 propriétaires frauduleusement introduits a été évalué à 4.821.356.625 FCFA, soit 44,7% du total estimé à 10.774.638.375 FCFA ». Voir Joël Didier Engo, Cameroun : À petits voleurs, Grand voleur de la République, Médiapart, 14 juin 2016. Consulté le 27 juin 2019 à l'adresse suivante : <https://blogs.mediapart.fr/joel-didier-engo/blog/140616/cameroun-petits-voleurs-grandvoleur-de-la-republique>

certain cas, les mêmes autorités membres de la Commission sont chargées de procéder à la vérification des erreurs et omissions supposées dans leur rapport. Pour éviter cette situation, l'on pourrait envisager que la Commission délègue la conduite de l'enquête à des tiers (consultants, rémunérés par le promoteur du projet) et s'assurent du respect des procédures et de la précision des données collectées. Les contestations éventuelles pourraient donc faire l'objet d'une vérification au niveau local, par les membres compétents de la commission, avant transmission au ministre en charge des domaines ;

- Chaque projet serait tenu de mettre en place un mécanisme de gestion des plaintes, localisé et composé de personnes indépendantes.



R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

