

R I D S P



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, vol. 5, N°8 – Août 2025



Directeur : Pr. AKONO ADAM Ramsès, Agrégé des Facultés de Droit**Comité scientifique**

Page | i

Pr. Najet BRAHMI*Professeur, Université de Tunis El Manar ;***Pr. Maurice KOM KAMSU***Professeur, Université de Maroua***Pr. Eric DEWEDI***Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;***Pr. VOUDWE BAKREO***Agrégé des Facultés de droit, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Loth Pierre DIWOUTA AYISSI***Professeur, Université de Yaoundé II;***Pr. AKONO ADAM Ramsès***Agrégé des Facultés de Droit, Université de Ngaoundéré ;***Pr. MOKTAR ADAMOU***Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Parakou ;***Pr. Michel Aristide MENGUELE
MENYENGUE***Maître de Conférences, Université de Douala ;***Pr Maturin NNA***Professeur, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Nicolas Junior YEBEGA NDJANA***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Marie-Colette KAMWE MOUAFFO***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. Fred Jérémie MEDOU NGOA***Professeur, Université de Douala ;***Pr. Guy Florent ATANGANA MVOGO***Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;***Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse
MBATONGA***Maître de Conférences, Université de Yaoundé II;***Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE***Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;***Pr. DJONGA Pierre***Maître de Conférences, Université de Bertoua ;***Pr. Serge Patrick LEVOA AWONA***Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;***M. Guy Bucumi Ph.D.***Professeur associé, Faculté de droit, Centre d'Etudes du Religieux contemporain-CERC, Université de Sherbrooke***Pr. Emmanuel D. KAM YOGO***Professeur, Université de Douala ;***Pr. Aron LOGMO MBELECK***Professeur, Université de Douala ;*

COMITE DE REDACTION

Page | ii

Rédacteur en Chef

Pr. DJONGA Pierre
Maître de Conférences

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

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waräi Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Timothée MANGA BINELI
Dr. Sadjo ALIOU
Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA
Dr. Deguia CHECK IBRAHIM
Dr. Josué Eric BOLNDO
Dr. ARI HAMADOU GUY

Dr. BAMANGA DAGA Guidakré
Dr. ETABA ABANA Rémi
Dr. SAPITODEN Elie
Dr. TSALA Moise
Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA

Revue Internationale de Droit et Science Politique

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

ISSN : 2790-4830

POLITIQUE DE REDACTION

Page | iii

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 : KEUBOU (Ph.), « L'évolution de la pratique de l'extradition au Cameroun : de l'arbitraire au timide respect de la réglementation », *RSCrim.*, 1999, p. 565

- **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

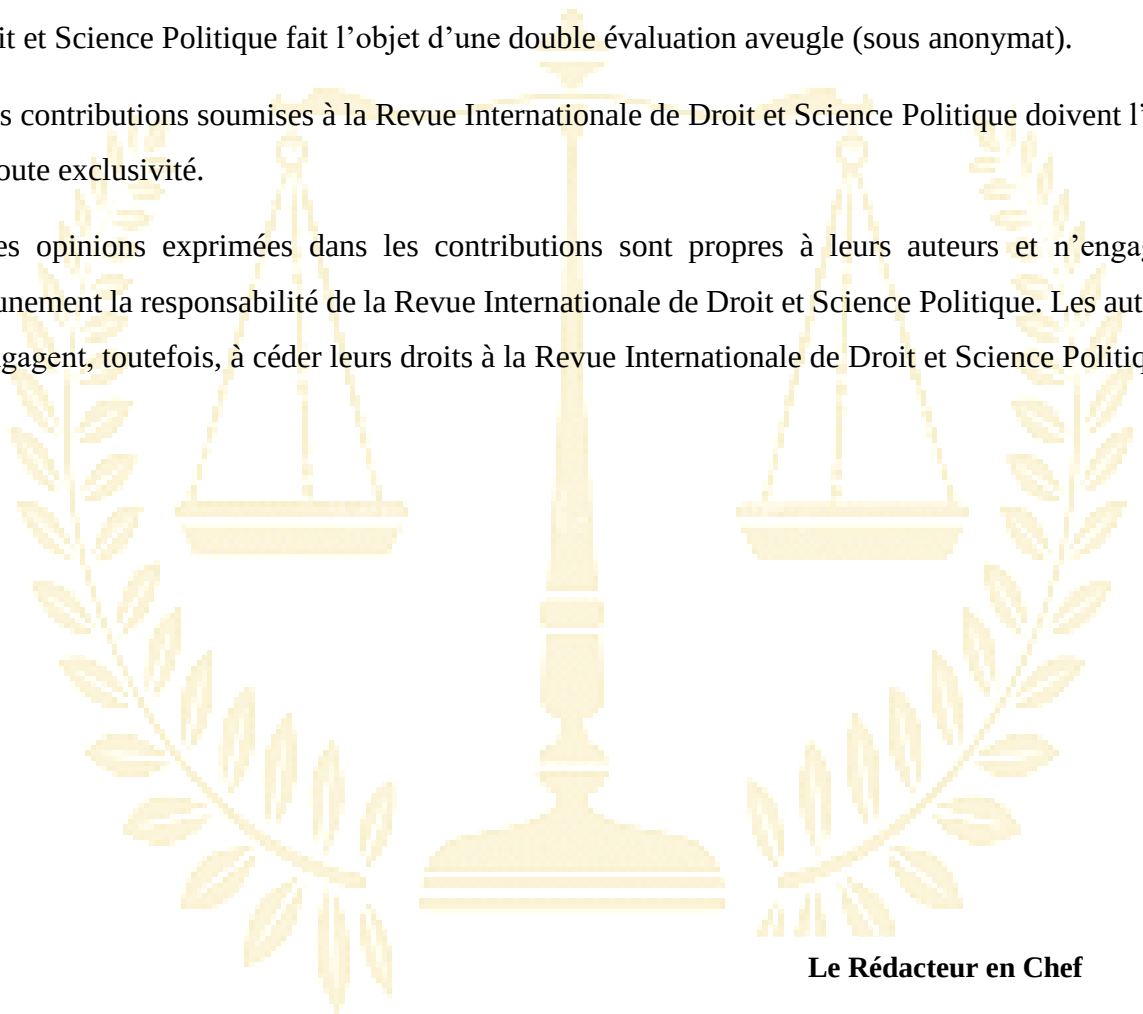
Langue et style de rédaction :

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

Page | v

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**

Pr. Djonga Pierre
Maître de Conférences
Université de Bertoua.

SOMMAIRE

Page | vi

❖ Droit Public

Garantir la liberté de presse en Afrique de l'Ouest : entre normes internationales et nationales.....1
Jeanne AGNILA

La prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien.....22
Rimdolmsom Jonathan KABRÉ

La prise en compte constitutionnelle du genre dans les Etats d'Afrique noire francophone.....50
MBASSA GILBERT

Approche analytique et critique de la Résolution 2773 du Conseil de sécurité de l'ONU sur la situation sécuritaire en RDC.....89
AMISI LUPIA Patrick & LUKENGU KANKINDA Djibril

❖ Droit Privé

La protection des données à caractère personnel face aux règles de preuve en procédure civile ivoirienne.....103
Moktar ADAMOU & Ruben Tahou GOULE

La transparence dans le contrat d'assurance conclu et/ou géré par voie numérique.....135
TANKEU Maurice

L'adage « *societas delinquere non potest* » à l'épreuve de l'évolution du droit international pénal.....170
KAKULE KALWAHALI Charles & BARAKA BUNANI Junior-Rex

L'apport des procédures civiles d'exécution des États parties de l'OHADA dans la régularisation du référé arbitral.....202
Moktar ADAMOU & Julien Eymard KOUAHO

Les remèdes à l'inefficacité persistante du contrôle des sociétés commerciales : contribution à l'amélioration du cadre normatif.....237
CHETIMA AMADA

La bonne administration de la justice et l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA.....253
MEVA'A Gérard Müller

Règles probatoires et droit d'accès à la justice.....279
TCHIKOUA IsiyakouVV

La perquisition légale de nuit en procédure pénale.....	315
<i>ADAMOU Moktar & KOUAKOU Kouadio Rodrigue Yves Junior</i>	

❖ **English Law**

Reviewing the Endangerments of Violence and Gender Based Discrimination in Cameroon: A Far-reaching Catastrophe in the Protection of Women Right and Status.....	345
<i>Nana Charles Nguindip</i>	

Page | vii

The rationale for ensuring a safe digital environment for minors under cameroonian law.....	365
<i>NGWAYI LUCY NKAH & KELESE George NSHOM</i>	

The justiciability of nsif pension related claims under cameroonian law.....	387
<i>Prince NGWIEH Michelson SAH & KELESE George NSHOM & MBIFI Richard</i>	

❖ **Science politique**

Le Sud Global dans le jeu politique mondial. Enchantements et désenchantements d'une catégorie ambiguë.....	412
<i>Stève-Arnaud OHANDJA BETSAMA</i>	

L'action publique à l'épreuve de la « testophobie » : perspective sur les obstacles à la pratique évaluative des politiques publiques au Sénégal.....	430
<i>Moustapha DIENE</i>	

Enjeu du partenariat public-privé via la bonne gouvernance dans l'assainissement et la préservation des espaces publics à Kisantou.....	459
<i>VANADIAKU KIKOBIA Aimégrâce</i>	



Garantir la liberté de presse en Afrique de l'Ouest : entre normes internationales et nationales

Ensuring freedom of the press in West Africa : international Law vs national law

Par : Page | 1

Jeanne AGNILA

Docteure en droit Public, Assistante à l'Université Protestante d'Afrique Centrale

Ph.D in Public Law, Assistant Lecturer at the Protestant University of Central Africa (PUCA)

Résumé :

Les Etats africains, en l'occurrence le Bénin, le Togo et le Burkina-Faso, au détour du renouveau démocratique des années 1990, ont opté pour la prise en compte de diverses libertés publiques. De ce fait, les lois internes ont été réadaptées garantissant la jouissance de plusieurs droits à la liberté aux acteurs des médias privés et de service public. Cette étude, dans une approche comparative met en lumière les dispositions normatives de réglementation de la liberté de presse tant en ce qui concerne les normes internationales que nationales. Il en ressort que la liberté de la presse, tant prônée par les conventions internationales aussi bien par le soft law que le hard law, a été l'une des priorités des Etats africains. Sur le plan régional et international, les instruments tels que la déclaration universelle des droits de l'homme, la déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le pacte international relatif aux droits civil et politique, la convention internationale sur l'élimination du crime d'apartheid, la convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale sont entre autres des textes faisant la part belle à la liberté de presse. De ce fait, au plan interne, nos trois pays ont conféré une valeur constitutionnelle à ladite liberté, la réorganisant de manière différente et nuancée dans les textes de lois. Des institutions garantes ont été créées pour en assurer l'effectivité et la régulation.

Mots clés : Liberté de presse, normes nationales, normes internationales, Afrique de l'Ouest, régulation.

Abstract :

At the crossroads of democratic renewal in 1990s, the African states, including Benin, Togo and Burkina-Faso, opted for taking into account various public freedoms. As a result, internal laws have been readapted to guarantee the enjoyment of several rights to freedom for private and public service media stakeholders. Drawing on a comparative approach, this study highlights the normative provisions for regulating freedom of the press both in terms of international Law and national law. It appears that freedom of the press, as advocated by international conventions both in terms of soft law and hard law, has been one of the priorities for African states. At the international level, instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, the African Charter on Human and Peoples' Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination are among other texts that give priority to freedom of the press. As a result, at the internal level, this three countries have given constitutional value to freedom of the press, reorganizing it in a different and nuanced way through texts of laws. Guarantor institutions have been created to ensure its effectiveness and regulation.

Page | 2

Keywords: Freedom of the press, national law, international law, West Africa, regulation.

Introduction

Avec le passage à un système démocratique, les Etats africains ont adopté les principes y afférents. Ce choix a eu pour conséquence la mise en place d'un cadre législatif convaincant et prouvant leur détermination à promouvoir et protéger les droits et libertés. Bons élèves de l'occident, les pays africains ont compris « *qu'il s'agisse des partenaires multilatéraux ou bilatéraux de coopération, le respect des Droits de l'Homme et la démocratie apparaissent désormais comme des critères fondamentaux de l'aide au développement* »¹. C'est donc désireux de satisfaire à cette nouvelle exigence que les pays de notre échantillon entre autres ont réformé les diverses lois internes partant des constitutions. Les lois votées pour être en phase avec la démocratie, sont des instruments qui garantissent l'exercice des libertés publiques, notamment de la liberté de presse, liberté d'expression et d'opinion en même temps qu'ils en limitent l'exercice. Les mesures ont donc été prises pour que la presse tant publique que privée connaisse un essor mémorable. Ainsi, la presse pourra permettre aux citoyens de jouir de leur droit à l'information. Il est à souligner que des traités ou accords internationaux s'attardent sur lesdites questions. Dans le but de mieux cerner les convergences et différences éventuelles dans l'encadrement de la liberté de presse par ces instruments, il nous a paru important de questionner lesdites normes.

Notre étude répond donc à la question de savoir dans quelle mesure les instruments juridiques internationaux et nationaux permettent la garantie de la liberté de presse au Bénin, au Burkina-Faso et au Togo. Nous posons l'hypothèse selon laquelle, les accords et traités internationaux de même que les lois internes du Bénin, du Togo et du Burkina-Faso insistent sur la nécessaire liberté de presse, condition sine qua non de toute véritable démocratie, à travers des dispositions favorables. Pour vérifier notre hypothèse, nous avons mobilisé aussi bien les textes nationaux, que les textes internationaux, ratifiés par nos pays d'étude. Notre analyse mettra en avant la réglementation internationale et nationale. Ainsi, à travers une étude des traités et accords internationaux ratifiés par nos pays d'étude, de même que les lois internes partant des constitutions, nous ressortirons les spécificités et moyens de garantie de la liberté de presse.

En guise d'élucidation des concepts clés, il convient de noter que la liberté de presse est une liberté publique essentielle en démocratie, car elle « *peut contribuer au maintien de la paix ou*

¹ ADELOUI (A.-J.), « Transitions démocratiques et coopération au développement. Approche comparative Bénin, Mali, Niger et Togo », Université d'Abomey-calavi, Université Catholique de Louvain, Thèse pour l'obtention du Doctorat Unique en Droit, Option Droit Public, 25 Nov. 2006, P 92.

à son rétablissement »². Elle confère aux professionnels des médias, le droit de mener des enquêtes, de collecter, traiter et diffuser des informations sur les thématiques qui leur semblent essentielles et prioritaires sans en être inquiétés. Elle permet aux médias de publier des opinions variées, des commentaires, d'organiser des débats et de formuler des critiques en toute liberté.

Les normes internationales et nationales font référence d'une part aux conventions ou accords internationaux en vigueur sur la scène internationale et les normes nationales sont liées au droit interne des pays. En effet, les normes nationales sont l'ensemble de l'arsenal juridique qui a été élaboré à l'intérieur des limites d'un État. Elles regroupent la constitution, les lois ordinaires et organiques et les règlements alors que les normes internationales sont des dispositions qui régulent les interactions entre les États et transcendent les frontières d'un seul pays. La distinction majeure porte sur leur champ d'application et leur origine : les normes nationales répondent aux exigences locales et proviennent des instances nationales, tandis que les normes internationales sont plus vastes, issues des accords entre plusieurs États.

L'intérêt de la présente étude est d'offrir aux praticiens des repères en matière d'encadrement de la liberté de presse, partant des traités ou accords internationaux pour les textes internes des pays étudiés. Sur le plan scientifique, cette étude est un document de référence analysant les modes de garantie de la liberté de presse par les instruments internationaux et locaux.

Pour ce faire, après une mise en lumière du cadre normatif international (I), nous mettrons l'accent sur le cadre normatif national de ladite liberté (II).

I- LE CADRE NORMATIF INTERNATIONAL DE LA LIBERTE DE PRESSE : ENTRE SOFT LAW ET HARD LAW

D'entrée, le droit international représente le corpus de normes juridiques qui gouvernent les interactions entre États ou entre individus lorsqu'il y a un élément d'extranéité. Pour DUPUY, « *Le droit international est l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les Etats, ceux-ci, souverains, ne reconnaissent aucune autorité au-dessus d'eux. Cette déclaration donne aux normes juridiques qui gouvernent leurs rapports un caractère original, en particulier au niveau des accords communs nécessaires pour édicter la réglementation* »³. Les textes ratifiés par de nombreux États composent les normes de droit international : accords, conventions, protocoles et

² DE BIGAULT DU GRANRUT (B), « Démocratie et liberté de la presse », In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 47 N°1, Janvier-mars 1995. pp. 137.

³ DUPUY (R-J), *le droit international*, Paris, PUF, 2009, P 3.

traités internationaux. La mise en application par un Etat dudit accord nécessite son acceptation à travers la ratification du texte. Dans le cadre du présent travail, il s'agit de s'appesantir sur les accords ou traités internationaux ratifiés par nos pays d'étude.

L'entrée de l'Afrique dans le cercle des Etats démocratiques a été marquée par l'adhésion desdits Etats aux traités divers. Dans le cadre de la promotion de la liberté de presse, il existe aussi bien des traités régionaux en ce qui concerne l'Afrique que des conventions internationales. Ainsi, toutes les catégories d'instruments internationaux ont été mobilisées pour attirer l'attention sur la nécessaire préservation de la liberté de la presse, véritable gage de la démocratie.

Pour ce faire, autant le *soft law* que le *hard law* ont été mis à profit pour encadrer la nécessaire liberté de presse quelles que soient les circonstances.

Au plan régional, la charte africaine des droits de l'homme consacre des articles à la protection de la liberté de la presse, puis en 2002, la déclaration de principe sur la liberté de presse définit les obligations des médias de service public. Cette déclaration est classée parmi les *soft law*⁴ car ne comportant pas de mesures répréhensives mais un ensemble de recommandations pour un service de presse libre favorisant la démocratie. La liberté de presse fait ainsi l'objet d'une protection par le *soft law* et le *hard law*.

A- La protection par le soft law

Encore appelé droit mou ou droit vert, le *soft law* est traduit par Virally par le droit doux. Ainsi, « *Considérant qu'il s'agit d'une sorte de « pré-droit », il ajoute dans cet arsenal du soft law les considérations, les points de vue, les engagements de bonne volonté. Il s'agit de moyens qui aident de façon appropriée l'action, la consultation, la négociation et la coopération* »⁵. Pour Virally⁶ il existe plusieurs types de *soft law*. Pour lui, les chartes, communiqués, accords informels, les déclarations en font partie.

Dans le cadre des libertés publiques et précisément de la liberté d'expression et de presse, la déclaration de principes sur la liberté d'expression est un texte référentiel. Il est adopté en 2002.

⁴Encore appelé droit mou, le *soft law* est une expression du droit international public désignant le caractère infra-juridique d'une règle de conduite, et sa connotation temporelle. Il est cependant utile de souligner la possibilité que le *soft law* puisse impulser le développement du *hard law*.

⁵ CHATZISTAVROU (F), « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », disponible sur : <http://journals.openedition.org/leportique>, consulté le 29/03/2025 à 15h42mn.

⁶ VIRALLY (M), « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 221-223.

Le long de ses seize chapitres, cette déclaration insiste sur l'importance d'une information plurielle et diversifiée. Son contenu, bien qu'étant dépourvu de toute force juridique contraignante donne des précieuses directives dans la prise en compte du pluralisme dans le traitement de l'information tant dans la presse privée que de service public. Outre cette déclaration (1), la déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 avait déjà montré l'importance des libertés publiques dont la liberté de presse (2). Ces textes de soft law contribuent ainsi à la démocratie.

1- Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique

Pour une meilleure liberté de presse en Afrique, les Etats africains adoptèrent le 23 octobre 2002 lors de la 32^{ème} session ordinaire de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des peuples de l'Union africaine à Banjul, la déclaration de principe sur la liberté d'expression en Afrique. La liberté de presse repose essentiellement sur la liberté d'expression et la liberté d'opinion. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, a adopté la Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, qui affirme que « *la liberté d'expression est un droit humain inaliénable et une composante indispensable de la démocratie* ».

A travers ladite Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, les Etats n'ont pas hésité à confirmer la place inéluctable qu'occupe la liberté d'expression dans la démocratie. Cette thèse est réaffirmée dans le préambule de ladite déclaration.

Les dirigeants africains réunis au sein de l'Union africaine, en 2002 concédèrent donc une place de choix à la démocratie et à ses principes. Un accent particulier étant dans ledit préambule mis sur les médias de service public, les invitant à éviter la restriction d'information. Ainsi, l'Etat est tenu de respecter le droit du public à l'information officielle⁷. Ce n'est donc pas seulement la question de la légitimation mais d'en jouir effectivement et d'en créer les conditions de la pleine jouissance. Il s'agit aussi de respecter le fait que les informations détenues ou produites par l'Etat sont également la propriété des citoyens. Celles-ci doivent être connues du public. Il y est précisé que « *les organes publics gardent l'information non pas pour eux, mais en tant que gardiens du bien public et toute personne a le droit d'accéder à cette information, sous réserve de règles définies et établies par la loi* ».

⁷ GIROUX (G), « Le droit du public à l'information » In: *Communication. Information Médias Théories*, volume 6 n°1, 1983. P30.

En d'autres termes, les détenteurs d'information ne doivent pas les garder confidentiels mais le faire savoir pour la sauvegarde de l'intérêt général. Il faut préciser que plusieurs préoccupations font l'objet de cette déclaration. Il y est brièvement développé : la garantie de la liberté d'expression, l'atteinte à la liberté d'expression, la liberté d'information, la radiodiffusion-télévision privée, la radiodiffusion-télévision publique, les organes de régulation de la radiodiffusion-télévision et des télécommunications, la presse écrite, les plaintes, la promotion du professionnalisme, les attaques perpétrées contre les journalistes, la protection de la réputation, les mesures pénales, les mesures économiques, la protection des sources et autres documents journalistiques.

La radiodiffusion-télévision publique a été réglementée à travers cette déclaration notamment dans son chapitre VI. Ainsi, « *Tous les organismes de radiodiffusion-télévision contrôlés par l'Etat et le gouvernement doivent être transformés en organismes de radiodiffusion-télévision de service public devant rendre des comptes au public par le biais du corps législatif et non au gouvernement* ». Le concept fondamental de « service public » est donc noté ici. « *La mission de service public des organismes de radiodiffusion-télévision publique doit être clairement définie et inclure une obligation de garantie que le public reçoive des informations adéquates, politiquement équilibrées, surtout en période électorale*⁸ ». Cette mission de service public conférée à ces radiodiffusion-télévision de service public les oblige donc à viser la satisfaction de l'intérêt général⁹. D'où l'obligation de compte rendu au peuple par le biais du corps législatif. Une neutralité et une impartialité devant être notée dans leurs différentes émissions. L'équilibre de l'information doit être effective tant en temps ordinaire qu'en temps de campagne électorale. Les médias et leurs responsables ont l'obligation de garder une distance vis-à-vis tant du pouvoir politique que du pouvoir économique. Le Bénin, le Burkina-Faso et le Togo étant des pays membres de l'Union Africaine sont concernés par cette déclaration dans la perspective d'une bonne gestion et libéralisation des médias de service public.

Néanmoins la portée juridique de la Déclaration est faible. Il s'agit en fait d'une résolution de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Sa valeur juridique est non contraignante, contrairement à celle d'un traité. C'est justement pour cette raison qu'elle est

⁸ Dernier alinéa du chapitre VI de la déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique.

⁹ NDIAYE (M), « *Le service public audiovisuel et sa régulation dans le REFRAM : une étude exploratoire des relations entre médias de service public et régulateurs* », in Communiquer, N°33, 2021, P 66.

qualifiée de soft law. Elle offre cependant un panorama de recommandations dont l'application induirait une presse libre, plurielle, indépendante et gage d'une démocratie efficace.

Avant la déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, au plan mondial, la déclaration universelle des droits de l'homme avait déjà fait de la libre expression des opinions un droit inaliénable de l'homme. Page | 8

2- Déclaration universelle des droits de l'homme

Mettre en lumière les droits civils politiques, sociaux et culturels de l'homme, tel est l'ambition de la DUDH. Parmi celles-ci, on retrouve la liberté d'expression, la liberté de presse. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme est un chef d'œuvre de l'Organisation des Nations Unies. Elle a été adoptée le 10 décembre 1948, à Paris au Palais de Chaillot, par les cinquante-huit (58) États Membres qui constituaient alors l'Assemblée Générale.

La déclaration met un point d'honneur sur la protection des libertés fondamentales. Par la suite, la Déclaration énonce différentes générations de droits. Elle met l'accent sur les deux premières générations des droits à savoir les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels.

En matière de liberté d'expression et des droits voisins, l'article 19 de la déclaration dispose : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ». Il est mis l'accent sur les libertés d'expression et d'opinion qui constituent des soubassements de la liberté de presse. La liberté d'opinion est le droit, la prérogative accordée à l'individu de choisir sa vérité, dans le secret de sa pensée, de son for intérieur¹⁰. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a également mis l'accent sur la liberté d'opinion. Cette liberté concède à l'individu la prérogative de penser sans être obligé de se conformer à la pensée dominante.

En effet, pour être effective, elle doit s'accompagner de la liberté d'expression. Il s'agit de la libre possibilité accordée au citoyen d'extérioriser sans contrainte ses idées par le canal de son choix. Les mesures prônées par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme n'ayant pas une

¹⁰ LOCHAK (D), « For intérieur et liberté de conscience », *Le for intérieur*, Presses Universitaires de France, pp.180-205, 1994, Publications du CURAPP. (hal-01670336)

portée juridique obligatoire¹¹ ont été exprimées dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques ayant une valeur contraignante, faisant partie des *hard law*.

B- La protection par le *hard law*

Traduit en français comme le droit dur, le *hard law* regroupe les normes internationales contraignantes. La protection de la liberté de presse a également été consentie dans des traités ratifiés par les Etats. Cette ratification oblige donc les Etats parties à mettre en œuvre les dispositions adoptées. Ils doivent appliquer les règles contenues dans les traités en vue de permettre une véritable démocratie. C'est ainsi qu'au plan international des traités et accords internationaux mettent en exergue la nécessaire liberté de presse et un effectif pluralisme de l'information. Cette réglementation a été faite pour les circonstances normales et dans des textes spécifiques de lutte contre certaines injustices. C'est ainsi que la charte africaine des droits de l'homme et des peuples par exemple, qui est un texte généralisant, parle de la liberté de presse. Au même titre des traités tels que la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale en font cas.

La liberté de presse, reconnue comme l'une des libertés publiques fondamentales en contexte démocratique, est protégée par des textes généraux sur la protection des droits de l'homme et des libertés publiques¹². Elle est évoquée en droite ligne avec ses droits voisins que sont le droit à l'information, la liberté d'expression, la liberté d'opinion, la liberté de pensée.

A ce titre, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples constitue un instrument non négligeable, en matière de protection des droits et libertés en Afrique. Elle est entrée en vigueur en 1986. Déjà en 1981, les Etats africains regroupés au sein de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) adoptèrent, à Nairobi, la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Plusieurs droits et libertés ont été mis en lumière par ladite charte. C'est ainsi que déjà dans la première partie consacrée aux droits et devoirs, il est, entre autres, fait mention des libertés d'expression, d'opinion, d'information. Il y est explicitement souligné que « *Toute personne a droit à l'information. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements* »¹³. On peut donc comprendre que la liberté d'expression, la liberté

¹¹ HUMPHREY, (J. P), « La nature juridique de la déclaration universelle des droits de l'homme », in *Revue générale de droit*, 12(2), 1981, P 398.

¹² CROUZATIER-DURAND, (F) « La liberté d'expression et la liberté de la presse » *Fiches de Libertés publiques et droits fondamentaux*, 2021, P141.

¹³ Article 9 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

d'information font appel à la liberté de presse. Ceci d'autant plus qu'il est d'après la charte permis à tous de « *diffuser ses opinions* ». Laquelle diffusion peut se faire par voie de presse, par les journalistes.

Il est donc loisible de constater que depuis la rédaction de ladite charte, les Etats avaient le souci de la liberté de presse, en accordant à l'individu une liberté d'expression dans la diffusion de ses opinions. Cette liberté comme le mentionne l'article 2¹⁴ de la charte est accordée à tous, sans aucune discrimination. En conséquence, il serait illégal que l'État use de discrimination contre quiconque pour l'un quelconque des motifs suivants : l'âge, la race, la religion, l'appartenance à un parti politique. Depuis plusieurs années, les réformes législatives et réglementaires visent principalement à définir le terme « race » dans son acception biologique la plus simple. Comme Danièle Mayer l'a déjà souligné, les changements successifs découlant de la loi de 1972 ont seulement rendu le délit de discrimination raciale confus en l'incluant parmi divers critères, au point d'éclipser l'objectif antiraciste initial¹⁵.

Il en découle aisément que toutes les franges de la population, notamment tous les partis politiques ont le droit de s'exprimer librement, de diffuser librement leurs opinions. Personne ne devrait être privé du droit de s'exprimer compte tenu de ses convictions politiques. Ainsi, il est reconnu à chacun le droit à l'information. Chacun a le droit de s'exprimer comme il le désire sur tout sujet de son choix ; cela signifie que vous pouvez faire connaître vos opinions aux autres de la façon qui vous convient mais dans le strict respect des restrictions légales prévues.

Toutefois, il est mentionné que cette liberté doit être exercée conformément aux lois et règlements.

Au plan international, le pacte International relatif aux droits civils et politiques a mis un point d'honneur sur l'importance de la liberté de presse. Ce texte est entré en vigueur le 23 mars 1976. Les droits civils et politiques constituent la première génération des droits. Les droits civils et politiques, encore appelés droits-libertés visent la protection des individus contre l'autorité de l'Etat. Au nombre de ceux-ci, figurent : le droit à la vie, le droit à la dignité et à la sécurité de la personne, le droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion et d'expression, le droit de vote.

¹⁴ Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

¹⁵ ZEVOUNOU (L), « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », *La Revue des droits de l'homme*, N°19 | 2021, P 43.

La liberté de presse a également été abordée dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Ainsi, le pacte indique que « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions. 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix »¹⁶. On en déduit aisément que l'individu a, conformément au présent pacte, droit à la liberté d'expression, à la liberté d'opinion et à la liberté de presse. D'autant qu'il y est précisé la possibilité qui lui est accordée de diffuser son opinion par tous les moyens qu'il juge appropriés. Certaines autres conventions à caractère spécifique parlent de la liberté de presse.

Plusieurs traités ou conventions ont démontré l'importance ou la nécessité des libertés de presse, d'expression et d'opinion. Entre autres, on peut citer, la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid et la convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale.

Adoptée par l'assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 30 novembre 1973, la convention internationale sur l'élimination du crime d'apartheid est entrée en vigueur le 18 juillet 1976.

Cette convention dont le but principal est de mettre fin à l'apartheid sous toutes ses formes, d'autant plus que « le Conseil de sécurité a souligné que l'apartheid et son intensification et son élargissement continus troublent et menacent gravement la paix et la sécurité internationales »¹⁷. Cette convention met l'accent sur l'égalité de tous devant les droits et les libertés publiques. C'est dans ce sens qu'elle dispose qu'il faille : « Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et

¹⁶ Article 19 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

¹⁷ Paragraphe 8 du préambule de la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques »¹⁸.

On peut donc y relever une place de choix faite à l'égalité des citoyens devant les textes, les droits et libertés. Un groupe racial ne peut donc être privilégié au détriment d'un autre, en matière de liberté d'opinion et de liberté d'expression. Ladite liberté comprend le contenu de l'information, les moyens et les modalités de transmission et de réception¹⁹. Ainsi, les lois régissant les pays doivent se faire dans un esprit d'unité et d'égalité des populations. Chaque individu est donc, quelle que soit sa race, libre d'avoir son opinion propre, de choisir sa vérité et de l'exprimer en toute quiétude. Cette situation doit être favorisée par les lois votées.

Page | 12

Aussi, la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, s'intéresse à une diffusion professionnelle de l'information. Ce qui permettra d'éviter les discriminations en faveur de telle ou telle autre catégorie sociale. Elle vise à interdire et à « éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique »²⁰.

Ainsi, son article 4 condamne la propagande. La propagande consiste pour le journaliste à enfreindre la règle de l'équilibre de l'information en diffusion des informations allant dans la promotion d'une catégorie sociale déterminée. L'art de diffuser des idées et des opinions visant à promouvoir une race comme supérieure à une autre est pour ainsi dire réprimé par cette convention. Les propos exprimés et diffusés doivent aller dans le sens de l'unité et de l'égalité des races et des groupes. Dans son article 5, on lit clairement la garantie des droits civils et politiques, y compris le droit à la liberté d'opinion et d'expression. Ainsi une égale jouissance de ces droits est promue. La même convention instaure le comité pour l'élimination de la discrimination raciale composé de dix-huit (18) membres.

Toutes ces mesures visent à la mise en œuvre effective des dispositions de la convention. Non seulement les traités et conventions ont reconnu les libertés de presse, d'expression et d'opinion, mais aussi des textes au plan interne l'ont fait.

¹⁸ Article II de la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

¹⁹ HOTTELIER (M) et MCGREGOR (E), « La liberté d'expression : regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 8 | 2010, P41.

²⁰ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

II- LE CADRE NORMATIF NATIONAL DE LA LIBERTE DE PRESSE : ENTRE GARANTIES ET REGULATION

La liberté de presse, résultante de l'adoption par les Etats africains de la démocratie, est devenue réelle et promue par les diverses lois. Ainsi, les constitutions, l'ont reconnue au rang de principe à valeur constitutionnelle avant que des lois spécifiques n'en organisent la mise en œuvre. Il nous revient ici de mettre l'accent sur les différentes constitutions du Bénin, du Burkina-Faso et du Togo sans oublier les diverses lois votées. Page | 13

Ainsi, tout cet arsenal juridique permet au plan national de reconnaître, de protéger la liberté de la presse (A). Ces normes instituent des organes de régulation afin de veiller à l'exercice responsable de la liberté de presse (B).

A- Un cadre normatif conséquent

La liberté de presse, la liberté d'expression et d'opinion sont garanties par la plus grande norme juridique au plan interne qu'est la constitution. La constitution est en effet la loi fondamentale de chaque Etat et se situe au sommet dans la hiérarchie des normes juridiques. Jean Gicquel et Jean Eric Gicquel quant à eux, soulignent : « *Au sens formel, la constitution se présente comme l'ensemble des règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure supérieure à celle utilisée pour la loi ordinaire. Il suit de là la norme constitutionnelle est tout à la fois privilégiée et protégée, dès lors qu'elle est hors d'atteinte des autres normes qui par définition lui sont inférieures. Elle relève de la super légalité en un mot* »²¹. On peut aisément en déduire la place prépondérante accordée à la constitution. C'est dans cet ordre d'idées que l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 affirme : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ». Les constitutions du Bénin, du Burkina-Faso et du Togo accordent une place de choix à la démocratie et par ricochet à ses principes.

Le Bénin, a, quant à lui, à travers la loi 90-32 du 11 décembre 1990, modifiée par la loi loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019 donné une place de choix aux libertés de presse et d'expression. C'est ainsi que l'on peut donc lire dans l'article 24 que : « *La liberté de la presse est reconnue et*

²¹GICQUEL (J), *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 25^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2011, p.185.

garantie par l'Etat » ; Il s'agit là d'une disposition particulière et pertinente concédant une valeur constitutionnelle à la liberté de presse qu'il s'agisse des médias tant de service public que privés.

La constitution du Burkina-Faso reflète un réel désir de parfaite démocratie. Dans cet ordre d'idées, plusieurs dispositions vont en faveur de la préservation des droits de l'Homme et des libertés publiques ; C'est ainsi que déjà dans son article 8 on peut lire que : « *Les libertés d'opinion, de presse et le droit à l'information sont garantis. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements en vigueur* ». Cette disposition est une manière de donner une valeur constitutionnelle à ces libertés. Outre la liberté de presse, il est fait mention de la sauvegarde de la liberté d'opinion, de la liberté d'information. Pour sa mise en œuvre, la liberté de presse s'appuie sur lesdites libertés d'expression et d'opinion²². Le journaliste dans l'exécution de ses tâches, de sa fonction doit avoir la latitude, outre les faits, de dire ses opinions à travers les commentaires. Il lui revient de savoir que les faits sont sacrés mais le commentaire est libre. Il doit toutefois tenir pour règle première l'équilibre de l'information²³.

C'est ainsi qu'à travers la constitution togolaise adoptée par référendum, le 27 septembre 1992, promulguée, le 14 Octobre 1992 et révisée par la loi n°2002-029 du 31 décembre 2002, le Togo pose les bases de sa démocratie. Une démocratie qui se veut véritable, promouvant le pluralisme sous toutes ses formes. La constitution a donc été rédigée dans cette perspective. Passant des divers droits garantis aux libertés publiques, cette constitution est à l'image des précédentes en Afrique.

La liberté de presse a également été mise en exergue. On peut la lire à l'article 26²⁴. De cette disposition de la loi fondamentale, il ressortit que la presse jouit d'une liberté sans entrave, elle n'est assujettie ni au pouvoir politique ni au pouvoir économique. L'individu possède la latitude d'exprimer par écrit, par parole son opinion sur quelque sujet que ce soit. C'est dire que les opinions peuvent être diffusées sans égard à l'appartenance politique des intéressés. Par ricochet nul ne peut être interdit d'accès à la presse de service public en fonction de la nature de ses opinions.

²² SAINT-JEAN (A), « Fondements juridiques », *Éthique de l'information*, Presses de l'Université de Montréal, 2002, P 82.

²³ BASTIN (G), *Petit lexique du journalisme*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, P69.

²⁴ Cet article dispose que : « *La liberté de presse est reconnue et garantie par l'Etat. Elle est protégée par la loi. Toute personne a la liberté d'exprimer et de diffuser par parole, écrit ou tout autre moyen, ses opinions ou les informations qu'elle détient, dans le respect des limites définies par la loi. La presse ne peut être assujettie à l'autorisation préalable, au cautionnement, à la censure ou à d'autres entraves. L'interdiction de diffusion de toute publication ne peut être prononcée qu'en vertu d'une décision de justice* ».

La liberté de la presse s'étend pour le journaliste de la collecte des informations à leur diffusion. Ainsi, elle consiste à recueillir des informations de tout genre en vue de leur traitement. En ce qui concerne la cueillette, « *Le journaliste est tenu de respecter les faits, quoi que cela puisse lui coûter personnellement, et ce en raison du droit que le public a de connaître la vérité* »²⁵. Ceci suppose qu'aucune déformation de l'information n'est admise ; les faits étant sacrés. Cependant, il a la latitude de commenter lesdits faits. Ce faisant, « *Le journaliste est libre de prendre position sur n'importe quelle question. Il a l'obligation de séparer le commentaire des faits. Dans le commentaire, il doit tenir le scrupule et le souci de l'équilibre pour règles premières dans la publication de ses informations* »²⁶.

Ceci est une mesure permettant d'éviter notamment les propagandes ou au contraire les diffamations et autres infractions de presse. Aussi faudrait-il souligner que toutes les informations importantes doivent être diffusées. Dans cet ordre d'idées, « *Aucune information ne doit être altérée ni supprimée tant qu'elle ne porte pas atteinte à la sécurité de l'Etat* »²⁷. Tous les courants de pensée et d'opinion doivent être entendus²⁸. Il ne peut donc y avoir suppression d'une information pour des raisons politiques. La seule dérogation possible est l'atteinte à la sécurité de l'Etat.

Outre la constitution qui est en réalité la loi fondamentale, celle autour de laquelle gravitent toutes les autres, certaines dispositions légales spécifiques ont été prises en vue d'une effective liberté de presse au Bénin, au Burkina-Faso et au Togo ; il s'agit aussi bien des divers codes de l'information et de la communication que des lois particulières régissant les organes de régulation.

Le Bénin, le Burkina-Faso et le Togo ont chacun un code de l'information et de la communication qui régit tant les médias de service public que privés. Au Bénin, c'est la loi N° 2015-07 du 20 mars 2015, portant code de l'information et de la communication en République du Bénin, qui est en vigueur ; celle-ci vient abroger les précédentes lois en vigueur dans le domaine de l'information et de la communication notamment :

-la loi n° 60-12 du 30 juin 1960 sur la liberté de la presse ;

²⁵ Article 1^{er} du code d'éthique et de déontologie de la presse béninoise.

²⁶ Article 8 op.cit.

²⁷ Article 12 op.cit.

²⁸ TROUILLARD (P), « Pour une conception qualitative du pluralisme audiovisuel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 26 mars 2024, consulté le 24 août 2025.

- l'ordonnance n° 69-22/PR/MJL du 04 juillet 1969 tendant à réprimer certains actes de nature à troubler la paix publique, la propagation, la publication, la diffusion et la reproduction de fausses nouvelles ;

- la loi n° 84-007 du 15 Mars 1984 sur les affiches publiques ;

Page | 16

- la loi n° 97-010 du 20 août 1997 sur la libéralisation de l'espace audiovisuel et des dispositions pénales spéciales relatives aux délits en matière de presse et de communication audiovisuelle en République du Bénin.

La nouvelle loi rassemble en elle toute seule les précédentes préoccupations relatives aux diverses dispositions jusqu'alors en vigueur. Elle se veut un modèle amélioré, notamment en matière de répression des infractions de presse, en dépénalisant l'injure et la diffamation.

Au Burkina-Faso, par contre c'est la loi N°56/93/ADP, publiée au journal officiel N°05 de 1994, qui régit l'information.

Au Togo, le code de la presse et de la communication en vigueur est la loi 2020-001 du 7 janvier 2020. Elle vient abroger la loi n°98-004 du 11 février 1998 portant Code de la presse et de la communication modifiée par la loi n°2000-06 du 23 février 2000 modifiée par la loi n°2002-026 du 25 septembre 2002 modifiée par la loi n°2004-015 du 27 août 2004 et la loi n°2002-027 du 25 septembre 2002 portant carte d'identité professionnelle des journalistes et techniciens de la communication.

Ces mesures prises par les différents Etats africains visent la mise en œuvre d'une liberté de presse efficiente dans la vie socio-politique, en vue de préserver les acquis démocratiques. Elle permet la mise en marche des libertés de pensée, d'expression et d'opinion.

Dans le même esprit, le législateur Burkinabé considère que: « *Le droit à l'information fait partie des droits fondamentaux du citoyen burkinabé* »²⁹.

Le code de la presse et de l'information en vigueur au Togo ne perd pas non plus de vue la place de choix qu'occupent les libertés de presse, d'information et d'expression dans un système démocratique. C'est donc à juste titre qu'il est mentionné en son article premier que : « *La presse écrite et la communication audiovisuelle sont libres* ». Tous s'accordent sur la prépondérance de la place occupée par la liberté de la presse dans un contexte de démocratie. Cette liberté concerne

²⁹ Article 1er du code l'information au Burkina

tant les médias privés que les médias de service public. Ceux-ci sont investis par le législateur béninois des missions de service public. Ainsi, il est fait une obligation de diversité, de pluralisme dans le contenu de leurs programmes.

Ces missions sont valables aussi bien pour le secteur privé que public. Il faut, par conséquent, souligner la double responsabilisation des médias de service public dans l'accomplissement de ces tâches. Il y est mis un accent particulier sur l'indépendance et le pluralisme de l'information, la promotion du débat démocratique, l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion, car le sort de la démocratie comme le dit Gusse, se joue entre autres dans les médias³⁰.

Ces mesures permettent de faire entendre à l'audience tous les courants de pensée et d'opinion, afin de rendre l'information équilibrée. Aussi outre les commentaires et critiques que les partis politiques ou alliances de partis peuvent faire, il leur est également concédé un moment d'antenne notamment dans les médias de service public, en vue de la retransmission de leurs activités³¹.

Au Bénin, le temps d'antenne est défini pour chaque parti politique par une décision de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication³². Outre les partis politiques, la société civile également jouit en principe d'un accès aux médias de service public. « *Il est attribué aux organisations de la société civile, régulièrement constituées et représentatives, une tranche horaire mensuelle à la radio et à la télévision dans toutes les langues confondues* »³³.

La mise en œuvre de ces dispositions législatives ne pourra que favoriser le débat démocratique et de la vie politique au Bénin. Des normes similaires ont été édictées aussi bien au Burkina-Faso qu'au Togo. Le législateur burkinabé prévoit que : « *les partis et organisations politiques ont une stricte égalité d'accès aux organes nationaux publics de presse écrite, de radiodiffusion sonore et télévisuelle* »³⁴.

Cette disposition vient donc orienter la prise de parole sur les médias de service public, notamment la presse écrite, la radiodiffusion et la télévision. Ainsi le temps d'antenne octroyé aux

³⁰ GUSSE (I), *Diversité et indépendance des médias*. Presses de l'Université de Montréal, 2006, P 28.

³¹ Article 119 du code de l'information et de la communication en vigueur au Bénin

³² Article 120 code de l'information et de la communication Bénin

³³ article 122 du code de l'information et de la communication.

³⁴ Article 31 du code de l'information du Burkina-Faso

partis politiques partageant la même idéologie que le chef de l'Etat ne saurait être supérieur au temps des partis politiques de l'opposition. L'équilibre de l'information y est donc prévu.

De même, le code togolais de la presse indique des priorités, en matière de traitement de l'information. Réaffirmant la liberté de presse, il est précisé que : « *La liberté de presse est reconnue et garantie par l'Etat. Elle est régulée et protégée par la loi. Toute personne a la liberté d'exprimer et de diffuser par parole, écrit ou tous autres moyens, ses opinions ou les informations qu'elle détient, dans le respect des limites définies par la loi.* »³⁵

Aussi, le pluralisme des courants de pensée et d'opinion y est rappelé³⁶. Cette règle d'or pour les journalistes constitue le maillon d'une information équilibrée. Toutefois il faut souligner une réticence du législateur togolais à accorder de façon explicite une totale liberté aux médias de service public. Les principes de l'équilibre de l'information ont certes été posés mais sans spécificité, mettant l'accent sur le pluralisme politique. Ainsi, le code de la presse au Togo dispose : « *La HAAC veille à l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans la communication écrite, en ligne et audiovisuelle et à l'accès équitable des partis politiques, des associations et des citoyens aux moyens officiels d'information et de communication.* »³⁷

On peut dire, sans risque de nous tromper que les codes béninois et Burkinabé sont en avance sur le plan de l'accès des partis politiques et de la société civile aux médias de service public, le Bénin ayant introduit plus de détails sur le plan de l'organisation de cet accès.

La jouissance de la liberté de presse étant une donnée fondamentale pour une véritable démocratie, il est donc prévu une institution qui veille à son application.

B- Des instances de régulation créées

Que ce soit au Bénin, au Burkina-Faso ou au Togo, la constitution désigne une autorité administrative indépendante pour veiller à la régulation de la liberté de presse. Ainsi, la constitution béninoise du 11 décembre 1990³⁸, garantit cette liberté. Cette constitution sera

³⁵Article 6 de la loi 2020-001 du 7 janvier 2020 portant code de la presse et de la communication au Togo.

³⁶ Article 9 de la loi 2020-001 : « *La liberté d'information et de communication telle que prévue par le présent Code s'exerce dans le respect notamment : • de la déontologie en matière d'information et de communication ; • de la dignité de la personne humaine ; • de la libre entreprise ; • du pluralisme des courants de pensée et d'opinion ; • des impératifs de la défense nationale et de la sécurité ; • des besoins du service public ; • de la nécessité du développement d'une industrie de production audiovisuelle.* »

³⁷Article 15 du code de la presse-Togo.

³⁸ Révisée par la loi N° 2019-40 du 7 novembre 2019

modifiée par la loi N° 2019-40 du 7 novembre 2019. La Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication a été créée pour en assurer une jouissance conforme aux lois en vigueur. Dès lors, l'accomplissement par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication de sa mission de garantie et de protection de la liberté de la presse doit s'inscrire dans le respect de la loi.

La constitution est en la matière, le premier document de référence. La constitution fut le premier texte à mettre en exergue le rôle de la HAAC. En son article 11, on peut déjà lire que : *« La liberté de la presse est reconnue et garantie par l'Etat. Elle est protégée par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication dans les conditions fixées par une loi organique »*. Compte tenu du rôle capital de cette institution dans le jeu démocratique au Bénin, un titre y a été consacré. Il s'agit du titre viii de la constitution intitulé : *« de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication »*. Sa mission y est clairement lisible : *« La Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la communication a pour mission de garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse, ainsi que de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi. Elle veille au respect de la déontologie en matière d'information et l'accès équitable des partis politiques, des associations et des citoyens aux moyens officiels d'information et de communication »*³⁹.

On y note un accent particulier mis sur le pluralisme et l'accès équitable des partis politiques aux médias. Lequel accès doit être garanti par la HAAC à travers les diverses lois organiques.

C'est dans cette logique que des lois ont ultérieurement été votées dans le respect strict de l'esprit de la constitution et dans le but d'encadrer la liberté de presse et ses corollaires⁴⁰.

La loi n° 2015-07 du 20 mars 2015, portant code de l'information et de la communication en République du Bénin a permis de faire une évolution considérable, en matière de presse au Bénin. Car elle dépénalise certaines infractions de presse telles que l'injure et la diffamation. Outre les divers acquis, la HAAC a également a été responsabilisée. Ainsi, l'autorité de régulation

³⁹ Article 142 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990.

⁴⁰ Ce sont notamment : La loi organique n°92-021 du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (H.A.A.C) ; La loi organique n°93- 018 du 27 avril 1994 portant amendement de la loi organique du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (H.A.A.C) ; Le Règlement Intérieur de la H.A.A.C adopté le 06 juillet 2005. La loi 97-010 du 20 août 1997, portant libéralisation de l'espace audiovisuel et dispositions pénales spéciales relatives aux délits, en matière de presse et de communication audiovisuelle en République du Bénin ; La loi n° 2015-07 du 20 mars 2015, portant code de l'information et de la communication en République du Bénin.

assume une tâche non négligeable dans le processus de sauvegarde et de défense des acquis démocratiques et précisément dans la liberté de presse⁴¹.

Au même titre que le Bénin, le Togo et le Burkina-Faso reconnaissent également l'importance d'une presse libre dans le jeu démocratique.

Page | 20

Dans le but de renforcer le respect et la mise en œuvre de la liberté de presse au Burkina-Faso, le constituant a mis sur pied le Conseil Supérieur de la Communication ; lequel détient un rôle fondamental, en matière d'équilibre de l'information médiatique. Dans cette optique, l'article 160 dispose : *« il est institué une autorité administrative indépendante de régulation de la communication au public, dénommée Conseil Supérieur de la Communication en abrégé (CSC) »*. Ladite institution a été constitutionnellement établie à travers cet article quoique les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Communication soient fixés par la loi organique.

Au Togo, une institution a été désignée en vue de veiller à l'exercice adéquat de la liberté de presse ; il s'agit de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la communication. Le titre IX de ladite constitution lui est consacré. Outre la mission globale de garante de la liberté de presse, *« Elle veille au respect de la déontologie en matière d'information, de communication et à l'accès équitable des partis politiques et des associations aux moyens officiels d'information et de communication »*⁴². Il est impérieux de souligner l'accent mis sur l'accès équitable des partis politiques aux médias de service public au Togo. Il leur est constitutionnellement reconnu la possibilité de s'exprimer à travers les moyens officiels de communication notamment les médias de service public, afin d'exprimer leur opinion sur l'actualité.

Conclusion

Garantir une véritable liberté de la presse a constitué l'un des enjeux majeurs pour les États africains lors de leur transition vers le système démocratique. Dans un contexte démocratique, la liberté de presse n'est pas une illusion, un privilège, c'est un impératif, une démonstration d'une bonne gestion et de maturité politique. Une presse indépendante favorise la dynamique de la démocratie. En effet, un système démocratique ne peut exister sans une véritable liberté de la presse. Il convient de noter que la liberté de presse est admise à l'échelle mondiale, y compris sur

⁴¹ ADJOVI (E), *les instances de régulation des médias en Afrique de l'Ouest*, Paris, Karthala, 2003, P 16.

⁴² Article 130 al 2 de la constitution du Togo.

le continent africain. De ce fait, un cadre normatif favorable a été mis en place. La liberté de presse est donc à la fois reconnue par les traités et les lois internes des Etats même si on peut noter une réglementation non unanime. Des instances de régulation sont mises en place pour en assurer l'effectivité. De ce fait, au-delà du cadre normatif favorable, la liberté de presse est-elle effective dans ces différents pays ?



La prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien

Taking emergency into account in public procurement under Ivorian law

Par :

Rimdolmsom Jonathan KABRÉ

Docteur en Droit

Institut Universitaire d'Abidjan (Côte d'Ivoire)

Page | 22

Résumé :

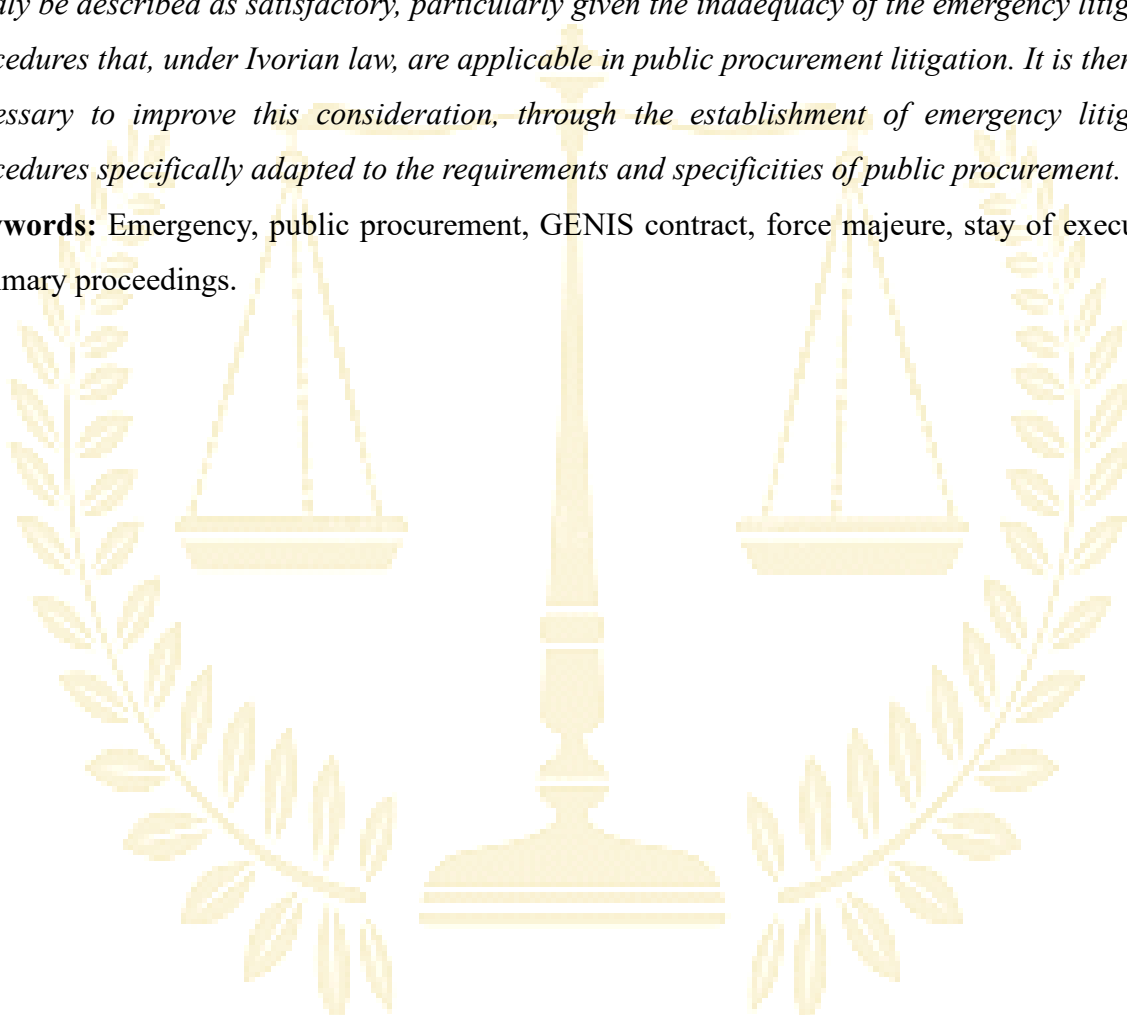
Cette contribution examine la prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien. L'analyse juridique révèle une ambivalence : D'une part, l'on note que l'urgence fait l'objet d'une prise en compte certaine dans les différentes étapes du marché public, depuis la préparation de la passation jusqu'à l'exécution de celui-ci. S'agissant du contentieux des marchés publics, en revanche, la prise en compte de l'urgence peut difficilement être qualifiée de satisfaisante compte tenu notamment de l'inadéquation des procédures d'urgence contentieuses qui, en l'état du droit ivoirien, sont applicables dans le contentieux des marchés publics. Il s'avère alors nécessaire d'améliorer cette prise en compte au travers notamment de l'instauration de procédures d'urgence contentieuses spécifiquement adaptées aux exigences et spécificités des marchés publics.

Mots-clés : Urgence, marché public, contrat GENIS, force majeure, Sursis à exécution, référé,

Abstract:

This contribution addresses the consideration of urgency in public procurement under Ivorian law. The analysis reveals an ambivalence: indeed, it is noted that urgency is clearly taken into account in the various stages of public procurement, from the preparation of the award to its execution. Regarding public procurement litigation, however, the consideration of urgency can hardly be described as satisfactory, particularly given the inadequacy of the emergency litigation procedures that, under Ivorian law, are applicable in public procurement litigation. It is therefore necessary to improve this consideration, through the establishment of emergency litigation procedures specifically adapted to the requirements and specificities of public procurement.

Keywords: Emergency, public procurement, GENIS contract, force majeure, stay of execution, summary proceedings.



Introduction

Le temps entretient un rapport ‘particulier’ avec la justice¹: En effet, le temps est une composante essentielle de l’administration de la justice dont il affecte, par ailleurs, la légitimité et l’efficacité. Toutefois, la perception du temps de la justice est subjective et varie significativement suivant les acteurs concernés, notamment les justiciables et le juge. D’une part, les justiciables voudraient que la justice soit rendue vite, qu’il s’agisse du mis en cause qui attend de connaître son sort ou de la victime qui attend de connaître la peine qui sera infligée à celui qui l’a attaqué dans son être ou dans ses avoirs. Dans cette hypothèse, la justice doit être rendue vite car une justice qui n’est pas rendue en temps opportun équivaldrait à une absence de justice. Comme le rappelle la Chambre Administrative de la Cour Suprême ivoirienne (prédécesseuse du Conseil d’Etat ivoirien), « faute d’intervenir dans un délai rapide ou raisonnable, les décisions juridictionnelles, même bien fondées, perdent, totalement ou en partie, leurs effets »². C’est un peu la traduction de la maxime anglaise « *Justice delayed, justice denied* » (qui signifie littéralement « justice différée est justice refusée »). Dans le même temps, le temps peut apparaître comme un ennemi pour le justiciable car l’exercice de certains droits et recours est enfermé dans des délais qu’il faut respecter sous peine d’extinction: il s’agit de la prescription extinctive³. D’autre part, s’agissant du juge, le risque de confondre vitesse et précipitation existe de sorte qu’une mauvaise prise en compte du temps fait courir le risque d’une justice expéditive. Ainsi, l’on voudrait que le juge prenne son temps et aille à son rythme car les différentes étapes de la justice nécessitent du

Page | 24

¹ Pour un aperçu des analyses juridiques des rapports entre le temps et la justice, on peut citer par exemple CONNIL (D.), *L’office du juge administratif et le temps*, Paris, Dalloz, 2012, 921p ; Maud VIALETTES (M.) & al., « Les temps de la justice administrative », in *Juger l’administration, administrer la justice, Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 833-846 ; FANDJIP (O.), *Le temps dans le contentieux administratif en droit français et des États d’Afrique francophone*, Paris, L’Harmattan, 2019, 694p ; BASTARD (B.) & al., *Justice ou précipitation : l’accélération du temps dans les tribunaux*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, 216p ; PROVOST (A.), *Une accélération sans précipitation. Le traitement immédiat des affaires pénales à Berlin*, Thèse de doctorat, Université Paris-Saclay, Paris, 2022; VIENNOT (C.), « Célérité et justice pénale : l’exemple de la comparution immédiate » in *Archives de politique criminelle*, vol. 29(1), 2007, pp. 117-143; Cécile VIGOUR (C.) & al., *La justice en examen : attentes et expériences citoyennes*, Paris, PUF, 2022, 456p.

² Côte d’Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l’année judiciaire 2012-2013*, p. 18. Le chancelier François D’Aguesseau rappelle aussi que si la justice tarde trop, elle ne sera d’aucune utilité pour le plaideur qui n’aura malheureusement pas le temps pour la recevoir : « le temps seul aura décidé de son sort, et le remède trop lent ne trouvera plus le malade en état d’en profiter », D’AGUESSEAU (F.), *Œuvres choisies du chancelier d’Aguesseau précédées d’une notice sur sa vie*, Paris, Librairie de Firmin-Didot et Cie, 1877, XVIème Mercuriale (L’emploi du temps), p. 139.

³ LEVESQUE (F.) & al., « Lorsque le temps est l’ennemi de la justice : les fondements et les origines de la prescription extinctive des droits personnels », *Revue de Droit Université De Sherbrooke*, Volume 46(3), 2016, pp. 575-608.

temps afin d'aboutir à une décision de qualité, une décision 'juste'⁴. Comme le rappelle un auteur, juger c'est « prendre le temps de trouver la juste distance entre une situation, des faits et des émotions »⁵. La justice a donc ses propres temporalités, avec des délais et des durées variables en fonction du type d'affaire ou de la qualité des parties.

Le temps apparaît ainsi comme un facteur important pour la justice, de façon générale, mais il prend une dimension et une résonance particulières dans la justice administrative au travers de laquelle se concrétise la soumission de l'administration au droit. Il est vrai que, généralement, l'administration a plusieurs temps⁶ et que certains des principes de l'administration, tels que le principe de continuité et le principe de mutabilité, sont imprégnés par les considérations temporelles. Toutefois, et dans le contexte du contentieux administratif, le temps apparaît comme le point d'intersection et de conciliation entre les droits des justiciables et le principe de sécurité juridique⁷. Et, au travers de l'analyse du temps, la justice administrative est interrogée sur sa capacité à assurer à la fois l'efficacité de l'action administrative et la protection des droits et libertés des personnes. Une telle interrogation peut parfois faire ressortir des dysfonctionnements temporels prenant la forme de 'retard' ou de 'lenteur' de la justice administrative. Lorsque de tels dysfonctionnements sont identifiés, certains palliatifs existent et permettent de traiter 'rapidement' ou 'urgemment' une question que la procédure juridictionnelle normale mettrait trop de temps à prendre en considération. Certains de ces palliatifs sont des procédures d'urgence qui permettent, avant l'intervention d'un jugement définitif, de trouver rapidement des solutions d'attente⁸. C'est dans ce contexte que s'inscrit notre sujet qui vise à analyser la prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien.

⁴ Dans ce sens, un auteur affirme que « pour éviter de tomber dans le piège des préjugés tendancieux, il appartient au juge de prendre le temps de parcourir en profondeur chaque dossier, de s'en imprégner afin d'en avoir la vision la plus objective possible » CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2005, p. 392. « La rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues. [...] Cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert. Tout au plus doit-on formuler le vœu que, du fait de l'encombrement des juridictions ou pour toute autre raison, ce temps ne soit pas exagérément prolongé » NORMAND (J.), « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in CADIET (L.) et RICHER (L.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 159.

⁵ CASANOVA (C-M.), « La justice et son rapport au « temps » », *Dalloz Actualités*, 28 Mai 2020, disponible en ligne sur <https://www.dalloz-actualite.fr/node/justice-et-son-rapport-au-temps>

⁶ MAUD VIALETTES (M.) & al., *op. cit.*, pp. 833-846.

⁷ Le temps dans le contentieux administratif comporte deux fondements essentiels que sont « le respect des droits créés par les décisions administratives et la sécurité et l'efficacité » desdites décisions, KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959, p. 200.

⁸ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 17.

Pour mener à bien cette analyse, il convient de procéder à quelques clarifications notionnelles. Ces clarifications concernent les notions d'«urgence» et de «marchés publics». Selon le dictionnaire Larousse, l'urgence s'entend d'une situation qui nécessite une action à bref délai sous peine d'un préjudice irréparable⁹. Il s'agit d'une notion relative nécessitant un examen des circonstances du cas d'espèce. En droit administratif, l'urgence peut commander non seulement l'action administrative mais aussi l'action contentieuse. S'agissant de l'action administrative, plus spécifiquement, la constatation de l'urgence accroît les pouvoirs des autorités administratives et les exonère de certaines obligations qui pèsent normalement sur elles¹⁰. Dans ce sens, l'article 70 de la constitution ivoirienne donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant « l'état d'urgence » qui, lorsqu'il est constaté, permet aux autorités administratives de prendre des mesures justifiées par les circonstances mais qui, en temps normal, seraient considérées irrégulières. En Côte d'Ivoire, l'état d'urgence est régi par la loi N 59-231 du 07 novembre 1959 sur l'état d'urgence¹¹, complétée par certains décrets d'applications tels que le décret 2020-351 du 23 mars 2020 instituant l'état d'urgence à la suite de propagation de la pandémie à coronavirus à COVID-19 en mars 2020. L'influence de l'urgence sur l'action contentieuse se traduit par l'existence de procédures d'urgences qui sont des « procédures spécifiques qui, en liaison avec la procédure normale d'instruction au fond, permettent de donner, dans les circonstances de l'espèce, une solution rapide, quoique provisoire ou partielle, au contentieux administratif dans l'intérêt du

⁹ Dictionnaire en ligne Larousse, disponible à <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/urgence/80704>

¹⁰ Par exemple, l'article 48 de la Loi N° 2016-886 DU 08 Novembre 2016 Portant Constitution De La République De Côte D'Ivoire, Telle Que Modifiée Par La Loi Constitutionnelle N°2020-348 Du 19 Mars 2020 (ci-après la Constitution ivoirienne) permet au Président de la république, qui est aussi chef de l'administration, de prendre les « mesures exigées par les circonstances » en cas de menace grave et immédiate sur les institutions de la République, sur l'indépendance de la nation, sur l'intégrité de son territoire ou sur l'exécution de ses engagements internationaux et d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels. Ce qui est une manière de parler de l'urgence qui peut aussi affecter le délai de promulgation des lois (article 42 Constitution ivoirienne) ainsi que le vote du projet de loi de finances (article 80 Constitution ivoirienne). Aussi, il convient de mentionner la théorie des circonstances exceptionnelles qui permet, au juge, de prendre en considération des situations de crise et d'urgence qui ne sont pas expressément prévues par les textes.

¹¹ Selon l'article 4 de la loi n 59-231 du 07 novembre 1959 sur l'état d'urgence, « La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au ministre de l'Intérieur :

- 1° D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté.
- 2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé.
- 3° D'interdire le séjour dans tout ou partie de la circonscription territoriale à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics.
- 4° De prononcer l'assignation de résidence dans une autre circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret.
- 5° D'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunions dans les zones déterminées par l'article 2 de la présente loi.
- 6° D'interdire, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre.
- 7° D'ordonner la remise des armes à feu et des munitions et prescrire leur dépôt entre les mains des autorités et dans les lieux désignés à cet effet » ; voir aussi l'article 3 du décret 2020-351 du 23 mars 2020.

requérant ou d'une bonne administration de la justice »¹². Ces procédures d'urgence, composées du sursis à exécution et d'une multitude de référés¹³, constituent un indicateur de bonne justice selon la célèbre formule du professeur Chapus pour qui « le signe extérieur d'une bonne justice, c'est l'excellence de ses procédures d'urgence »¹⁴.

L'action administrative s'est progressivement contractualisée au point où le recours au procédé contractuel est pratiquement devenu le mode normal l'action publique en lieu et place de l'acte administratif unilatéral. C'est ce que certains auteurs ont qualifié 'd'administration contractuelle'¹⁵. Cet essor de la technique contractuelle dans la sphère administrative se perçoit notamment dans le domaine de la commande publique qui peut se définir comme l'ensemble des contrats passés par une personne publique en vue de la satisfaction de ses besoins. La commande publique englobe plusieurs types de contrats notamment les contrats dits de partenariat public-privé et les marchés publics. Selon le code des marchés publics ivoirien, le marché public est « le contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens du présent code »¹⁶. A l'analyse, quatre critères se dégagent de cette définition. Le premier critère est formel et requiert que le marché public soit conclu par écrit; ce qui exclut la possibilité de conclure un marché public de façon orale ou verbale. Le second critère est le critère financier car le marché public est toujours conclu à titre onéreux et ne peut jamais être gratuit. Le troisième critère est le critère matériel selon lequel le marché public vise la satisfaction de besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

¹² GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 2e éd., Paris, LITEC, 1999, p. 259.

¹³ Au Burkina Faso, par exemple, la Loi n°011-2016/AN portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux prévoit le référé-suspension (articles 49 et 50), le référé-liberté ou injonction (article 51), le référé conservatoire ou mesures utiles (article 52), le référé-provision ou expertise (article 53), le référé-constat (article 54), le référé-instruction (article 54). Pour un examen approfondi des référés, voir aussi OUEDRAOGO (B.V.W.), « L'urgence en matière de référé-suspension dans le contentieux administratif burkinabè » *Vénégro : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, mai 2025, pp. 1-35 ; OUEDRAOGO (M.) et DOLLY (M.), « La protection des droits des administrés par le référé-suspension dans le contentieux administratif burkinabè », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique-Afrilex*, Mai 2025, pp. 1-31 ; voir aussi NDIAYE (A.), « Le Référé Administratif En Afrique », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique Afrilex*, Janvier 2020.

¹⁴ CHAPUS (R.), « Rapport de synthèse » in CNRS et IFSA, *Actes du colloque du trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, édition du CNRS, 1986, p. 338.

¹⁵ KOBO (P. C.), « Les procédures d'urgence et la Chambre administrative de Côte d'Ivoire », *Actualités Juridiques*, n° 49, 2005, pp 180-191; MAMBO (P.), « Le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les états francophones d'Afrique de l'Ouest » in Magloire ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 181 ; TCHAPNGA (C. K.), *Précis de contentieux administratif au Cameroun : aspects de l'évolution récente*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 61.

¹⁶ Article 2 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire (ci-après Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire).

Le quatrième critère est le critère organique car le marché public peut être conclu tant par des personnes publiques que par des personnes privées agissant pour le compte des premières ou bénéficiant du concours financier de celles-ci. Le marché public, qui est un contrat administratif par détermination de la loi, doit toutefois être distingué des contrats dits de partenariat public-privé qui sont des contrats par lesquels l'autorité contractante confie à un tiers le financement, la réalisation, la maintenance ou l'exploitation d'opérations d'investissements d'intérêt public¹⁷.

Le temps est pris en considération dans les marchés publics au travers notamment de l'instauration de délais à toutes les étapes des marchés publics¹⁸, de l'existence de conséquences juridiques en cas de non-respect des délais (tels les intérêts moratoires¹⁹, les pénalités de retard²⁰, etc.) et de certains principes fondamentaux qui régissent les marchés publics tels le principe d'optimisation des ressources par l'application des principes fondamentaux d'économie et d'efficacité et aussi le principe de la transparence des procédures et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures²¹.

Toutefois, notre analyse ne s'intéresse pas à ce temps qui relève de la normalité, de l'ordinaire. L'analyse se focalise plutôt sur l'urgence qui s'appréhende comme le temps relevant de l'anormalité, de la contingence, de l'extraordinaire et examine sa prise en considération dans les marchés publics. Plus spécifiquement, le problème central de cette analyse peut être formulé comme suit : Quelle analyse peut-on faire de la prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en Côte d'Ivoire ? Cette interrogation vise à examiner l'existence et la suffisance de la prise en considération de l'urgence dans les marchés publics. La thèse défendue à ce titre, est que la prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien s'avère insatisfaisante notamment dans les procédures contentieuses qui nécessitent des mécanismes d'urgence spécifiquement adaptés aux exigences des marchés publics.

Pour répondre à cette interrogation, deux méthodes d'analyse seront utilisées dont la première est l'exégèse et la seconde est la casuistique. Cette combinaison de méthodes juridiques

¹⁷ Voir article 3 du Décret n°2018-358 du 29 mars 2018 déterminant les règles relatives aux contrats de Partenariats public-privé en Côte d'Ivoire (ci-après Décret Partenariats public-privé).

¹⁸ Par exemple, la planification de la passation des marchés publics se fait dans un délai maximal de quinze jours à compter de la notification ou de l'approbation du budget (article 20 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire). Aussi, l'entreprise attributaire doit justifier de la régularité de ses situations fiscale et sociale régulières dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de l'attribution, sous peine de retrait du marché en vue d'une réattribution (article 40(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire).

¹⁹ Article 139 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²⁰ Article 91 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²¹ Article 8 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

visé à articuler l'analyse des textes juridiques avec celle des situations concrètes afin d'aboutir à une lecture contextualisée et dynamique du droit ivoirien relatif à l'urgence dans les marchés publics. La méthode exégétique permettra d'examiner les dispositions normatives, tant nationales que communautaires, consacrant et encadrant l'urgence dans les marchés publics afin d'inscrire le sujet dans la vérité axiologique tirée des sources du droit. La casuistique permettra de discuter l'application des normes aux situations et circonstances particulières.

Cette réflexion présente un double intérêt : D'une part, elle est une contribution à l'étude des approches du temps dans le droit administratif en général et de la justice administrative, en particulier. En rappel, le temps est un déterminant de la qualité et de la bonne administration de la justice administrative. D'autre part, elle permet de comprendre la nature fonctionnelle de la notion d'urgence²². L'analyse de l'urgence dans les marchés publics révèle une ambivalence : en effet, l'on note une prise en compte certaine de l'urgence dans les différentes étapes de la passation et de l'exécution des marchés publics (I). Dans la phase contentieuse des marchés publics, en revanche, cette prise en compte demeure perfectible (II).

I-L'URGENCE DANS LA PASSATION ET L'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS : UNE PRISE EN COMPTE CERTAINE

Les différentes étapes d'un marché public peuvent être regroupées en deux catégories, la passation et l'exécution²³, la première englobant les différentes étapes depuis la détermination du besoin jusqu'à la signature et l'approbation du contrat. Une fois celui-ci approuvé et que les formalités d'entrée en vigueur sont accomplies, s'ouvre alors la phase de l'exécution du marché public²⁴. Un examen minutieux des règles régissant les marchés publics révèle l'existence de dispositions relatives à l'urgence, lesquelles dispositions ont des conséquences tant sur la procédure de passation (A) que sur l'exécution des marchés publics (B).

A- La prise en compte de l'urgence dans la procédure de passation des marchés publics

La prise en compte de l'urgence dans la procédure de passation des marchés publics se traduit par l'existence de marché public de type particulier, spécialement dédié à l'urgence (1).

²² EVINA (J. V.), *La passation des marchés publics en urgence au Cameroun*, Paris, L'harmattan, 2024, pp. 24-26.

²³ Sur les différentes étapes des marchés publics, voir les articles 2(1) et 9 du Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²⁴ Selon l'article 10(1) du Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire, « Les marchés publics doivent être passés, approuvés et notifiés avant tout commencement d'exécution ».

Aussi, les règles relatives aux modes de passation de des marchés publics sont suffisamment flexibles pour s'adapter aux considérations d'urgence (2).

1- L'urgence dans le choix du type des marchés publics

La prise en compte de l'urgence, dans la passation des marchés publics, se traduit par l'existence d'un marché public, spécialement destiné à répondre aux besoins d'urgence : Le contrat de Gestion et d'Entretien par Niveaux de Service (Contrat GENIS). Selon l'article 49(1) du Code des Marchés Publics, « Le contrat GENIS est un marché public dont la finalité est d'assurer continuellement un service de qualité aux usagers. L'opérateur titulaire du marché GENIS est en charge de bon nombre d'activités ayant pour objet la gestion et le suivi systématique de l'infrastructure concernée. Il couvre en outre, dans les conditions définies au marché, l'exécution de travaux initiaux de mise à niveau nécessaires pour remettre des infrastructures à niveau en fonction des normes prescrites, de travaux d'amélioration spécifiés par l'autorité contractante en vue de conférer à ces infrastructures des caractéristiques nouvelles pour répondre à l'évolution des trafics, à des impératifs de sécurité ou autres, ainsi que de travaux d'urgence destinés à remettre ces infrastructures en état à la suite de dégâts occasionnés par des phénomènes naturels, aux conséquences exceptionnelles »²⁵.

Un examen de cette disposition permet de réaliser qu'il s'agit d'un contrat de type particulier dont l'objectif est d'assurer « continuellement un service de qualité aux usagers »²⁶. Ce marché de travaux couvre, non seulement les travaux initiaux de mise à niveau et d'améliorations d'infrastructures mais aussi « les travaux d'urgence destinés à remettre ces infrastructures en état à la suite de dégâts occasionnés par des phénomènes naturels, aux conséquences exceptionnelles »²⁷. Les travaux d'urgence s'entendent d' « un ensemble d'activités nécessaires et suffisantes afin de restaurer [l'ouvrage] et rétablir sa structure ou son emprise à la suite de dégâts occasionnés par des phénomènes naturels, aux conséquences exceptionnelles, tels que fortes tempêtes, inondations, et séismes »²⁸. Il faut souligner qu'il s'agit de l'une des innovations du code des marchés publics de 2019 car ce marché n'était pas mentionné dans le Décret N° 2009-259 du

²⁵ Article 49(1) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²⁶ Article 49(1) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²⁷ Article 49(1) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

²⁸ Banque Mondiale, Modèle de dossiers d'appel d'offres, Passation de marchés de travaux et de services, Marché routier à obligation de résultats et Modèle de spécifications, Avril 2015, p. 147, disponible à <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/982861518797061247-0290022018/render/SBDBiddingDocumentOutputPerformanceBasedRoadOct2017FRENCH.pdf>.

06 Aout 2009 portant Code Des Marches Publics en côte d’ivoire, qui constituait la réglementation précédente. Le contrat GENIS n’est pas une spécificité ivoirienne et d’autres législations nationales africaines le prévoient. Au Sénégal, par exemple, le Code des marchés publics affirme que le contrat GENIS peut être contracté pour une durée allant jusqu’à sept ans²⁹. Cette durée est ramenée à 03 ans en Guinée-Conakry³⁰.

L’on pourrait s’interroger sur l’opportunité d’avoir un marché public spécifiquement réservé, entre autres, aux considérations d’urgence. Dans le marché classique de travaux, l’entreprise co-contractante devait exécuter le marché tel quel, sauf en cas de modification conclu et approuvé dans les mêmes conditions que le marché initial³¹. Cette obligation d’exécution, qui pouvait disparaître en cas de force majeure, était essentiellement une obligation de moyens qui ne suffisait pas toujours à assurer des travaux de qualité³². En réponse, le contrat GENIS se fonde sur une obligation de résultats dont les spécifications et critères sont contenus dans les ces cahiers des charges applicables à ces marchés et visent à produire et maintenir un travail de ‘qualité’. Le maintien de laquelle qualité peut nécessiter des travaux d’urgence à la suite d’évènements tels des inondations, des glissements de terrains, etc. sans qu’il ne soit besoin de passer un autre marché³³. Le maintien de cette qualité conditionne aussi la rémunération qui peut être soumise à réfaction lorsque le résultat n’est pas atteint³⁴.

²⁹ Article 14 Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics au Sénégal.

³⁰ Article 42 Décret 33 PRG/SGG du 17 décembre 2019 portant Code des marchés publics en Guinée

³¹ Article 92 Code des Marchés publics en Côte d’Ivoire.

³² Voir la définition du contrat GENIS contenue à l’article 1 Code des Marchés publics en Côte d’Ivoire. Dans ce sens, la Banque Mondiale dresse le constat suivant : « Par un effet pervers évident, dans le cadre de ces travaux confiés à l’entreprise selon le schéma classique, l’entreprise est incitée à maximiser le volume de travaux exécutés, afin de maximiser chiffre d’affaires et bénéfices. Et pourtant, même lorsque les travaux sont réalisés conformément au projet, on constate que le niveau de qualité générale du service rendu aux usagers reste fortement dépendant de la qualité initiale de l’avant-projet détaillé confié à l’Entreprise, et dont elle n’est pas responsable. Dans de nombreux cas, les routes ne durent pas aussi longtemps qu’il était initialement prévu, du fait de défaillances éventuelles dans l’étude initiale, aggravées par un entretien ultérieur insuffisant », Banque Mondiale, Modèle de dossiers d’appel d’offres, Passation de marchés de travaux et de services, Marché routier à obligation de résultats et Modèle de spécifications, Avril 2015, p. iv, disponible à <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/982861518797061247-0290022018/render/SBDBiddingDocumentOutputPerformanceBasedRoadOct2017FRENCH.pdf>. Pour certains auteurs, toutefois, il s’agit d’une obligation de résultats dans la mesure où le cocontractant doit exécuter tout ce qui est mentionné dans son cahier de charge et que l’ouvrage doit être conforme aux stipulations contractuelles et exempt de vices, voir CHOMARD (L.), « L’obligation de résultat dans les marchés publics », *Légibase Commande publique*, 6 février 2014, disponible à <https://commande-publique.collectivites.legibase.fr/actualites/focus/lobligation-de-resultat-dans-les-marches-publics-1076>.

³³ Dans ce cas, le Maître d’ouvrage émettra un ordre de service afin de démarrer des travaux d’urgence.

³⁴ Article 49(2) Code des Marchés publics en Côte d’Ivoire.

2- L'urgence dans le choix du mode de passation des marchés publics

En principe, le marché public est passé à la suite d'un appel d'offre, c'est-à-dire d'une « procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, après mise en concurrence, l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée économiquement la plus avantageuse et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification »³⁵. Ce procédé se base de critères 'objectifs' d'évaluation préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres³⁶. Une telle objectivité exige un accès et une concurrence libres au marché public. Aussi, les candidats et soumissionnaires doivent être traités de façon égalitaire et, en principe, sans discrimination. La procédure de passation doit être transparente, impartiale et équitable. L'on peut aisément comprendre pourquoi ce procédé, qui a plusieurs modalités³⁷, constitue la règle en matière de passation des marchés publics car il correspond le mieux aux principes fondamentaux auxquels sont soumis tous les marchés publics³⁸.

Exceptionnellement, le marché public peut être passé suivant d'autres procédés, notamment par la négociation de gré à gré ou d'entente directe³⁹. Ces procédés exceptionnels font l'objet d'un encadrement strict. Ainsi, les situations dans lesquelles l'on peut recourir à ces procédés sont limitativement énumérées par le code des marchés publics et celles-ci incluent l'urgence. A cet effet, l'article 61(1) révèle qu'il ne peut être passé de marché de gré à gré ou d'entente directe que « dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence ». Dans le cadre de la passation du marché de prestations intellectuelles, par exemple, le consultant peut être sélectionné par gré à gré ou entente directe s'il existe une « situation d'urgence impérieuse »⁴⁰. Dans une telle hypothèse, la prise en compte de l'urgence aboutit soit à un assouplissement ou à une dispense totale des formalités de passation des marchés publics. Compte tenu des implications d'une telle dispense, le recours à ces procédés dérogatoires doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé des Marchés publics, après avis de la structure

³⁵ Article 55 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

³⁶ Ibid.

³⁷ Il peut être ouvert ou restreint, avec ou sans préqualification, en une ou deux étapes, avec concours, voir articles 55 à 60 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

³⁸ Article 8 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

³⁹ Article 61 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴⁰ Article 62(1.4) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

administrative chargée du contrôle des marchés publics⁴¹. La sanction du non-respect de cette exigence est la nullité du marché⁴².

Par ailleurs, l'urgence simple peut influencer sur le choix du mode de passation de des marchés publics, notamment en ce qui concerne les procédures spécifiques à la sélection de cabinets de consultants, dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles. Dans le cadre de l'évaluation des offres financières, il peut être recouru à la méthode de la sélection fondée sur les qualifications du consultant dans les cas de contrats « d'un faible montant ou de situation d'urgence pour lesquelles il n'est pas justifié de faire établir et d'évaluer des propositions concurrentes »⁴³. Dans un tel cas, il y a un allègement des règles encadrant la passation des marchés publics.

Page | 33

Il appert que l'urgence est expressément prise en compte dans la passation des marchés publics au travers de l'existence d'un marché spécialement destiné aux travaux d'urgence et aussi par la flexibilité des modes de passation qui permettent de tenir compte des considérations d'urgence. Cette prise en compte de l'urgence s'étend à l'exécution des marchés publics.

B- La prise en compte de l'urgence dans l'exécution des marchés publics

L'entrée en vigueur marque le début de l'exécution du marché public⁴⁴. Une fois, les formalités de l'entrée en vigueur accomplies, l'exécution du marché public démarre officiellement avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. La prise en compte de l'urgence dans l'exécution des marchés publics sera analysée au travers du prisme de l'exécution des obligations des parties au marché public (1) et de l'inexécution des obligations des parties au marché public (2).

1- L'urgence dans l'exécution des obligations des parties au marché public

D'emblée, il faut souligner que des considérations d'urgence peuvent entraîner le report de la réalisation de tout ou partie des prestations du marché. Selon l'art 120 CMP, la demande d'ajournement du titulaire du marché peut se baser sur l'existence de sujétions imprévues qui s'analysent comme des « difficultés matérielles rencontrées au cours de l'exécution d'un marché public, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la passation du marché et dont

⁴¹ Article 61(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴² Article 61(4) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴³ Article 62(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴⁴ Art 89(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

la cause est extérieure aux parties »⁴⁵. La sujétion, qui est à distinguer du fait du prince, de l'imprévision et de la force majeure, requiert la réunion de trois éléments. La sujétion doit, en effet, être exceptionnelle, imprévisible et ne doit pas résulter du fait des parties. Même si la jurisprudence semble assez prudente et n'admet qu'assez rarement l'existence de sujétions, il nous semble que la théorie des sujétions prend en compte l'urgence qui apparaît comme une conséquence de la sujétion : la difficulté matérielle qualifiée de sujétion peut nécessiter des actions ou des travaux d'urgence. Et les quelques exemples de sujétions, reconnues par la jurisprudence, incluent des situations telles des conditions climatiques défavorables⁴⁶ ou encore l'instabilité du sol sur lequel devait être édifié un ouvrage⁴⁷. La sujétion entraîne deux conséquences principales : elle ouvre droit à indemnisation du titulaire du marché pour ajournement⁴⁸. Elle peut aussi entraîner la modification du marché initial par la conclusion d'un avenant⁴⁹.

En plus de cette prise en compte indirecte, l'urgence peut avoir d'autres conséquences sur l'exécution des obligations des parties. En rappel, le titulaire a principalement l'obligation d'exécuter le marché, c'est-à-dire de réaliser l'ouvrage, fournir les biens ou réaliser les prestations de service, objet du marché tandis que l'autorité contractante doit tenir ses engagements et surtout procéder au paiement du titulaire. Les considérations d'urgence peuvent avoir des conséquences sur l'exécution des obligations: Tout d'abord, l'urgence peut déboucher sur une prise de possession anticipée de l'ouvrage ou des fournitures. En principe, le marché exécuté doit faire l'objet d'une réception provisoire visant à contrôler les prestations exécutées et s'assurer de leur conformité avec les obligations du marché, notamment les cahiers des clauses techniques⁵⁰. Il s'agit d'une procédure importante car la réception provisoire constitue le point de départ de l'obligation de garantie contractuelle et entraîne le transfert de la propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage⁵¹. C'est à la suite de cela qu'intervient en principe la prise de possession provisoire. Toutefois, l'article 94(1) permet, s'il y'a urgence, de prendre possession de l'ouvrage ou des

⁴⁵ Article 1 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴⁶ «Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment des rapports de l'expert désigné par les premiers juges que les pluies qui se sont abattues entre les mois de mai et septembre 1977 sur la région où étaient effectués les travaux ont revêtu par leur importance un caractère exceptionnel et imprévisible ; que ces intempéries ont constitué, pour l'entreprise Roger Y..., des sujétions imprévues dans l'exécution des travaux de terrassement dont elle avait la charge », Cour administrative d'appel de Lyon, du 29 janvier 1991, 89LY00383, inédit au recueil Lebon.

⁴⁷ Conseil d'Etat, 6 / 2 SSR, du 22 décembre 1976, 94998, publié au recueil Lebon.

⁴⁸ Article 121 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁴⁹ Selon l'article 92(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire, l'avenant peut porter sur « la réalisation de travaux, fournitures, ou services non prévus au marché, mais nécessaires à l'exécution de son objet, du fait de la survenance de sujétions imprévues ».

⁵⁰ Article 94(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁵¹ Article 94(2) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

fournitures « antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement par l'unité de gestion administrative, le maître d'ouvrage délégué ou le maître d'œuvre s'il existe, d'un inventaire des travaux ou fournitures en suspens, préalablement approuvé par les parties au contrat ». Il s'agit d'un changement important car une fois que la prise de possession intervient, le titulaire « n'est plus tenu de réparer les dommages autres que ceux résultant de vices de construction ou de malfaçons ». En d'autres termes, il est exonéré de cette obligation de réparation de dommage. Ensuite, l'urgence peut affecter et raccourcir le délai de paiement. En principe, le paiement définitif n'intervient qu'après le service fait. Toutefois, il est possible d'obtenir des avances et des acomptes dont les règlements n'ont pas le caractère de paiements définitifs⁵². Ce qui veut dire que le titulaire qui bénéficie d'une avance ou d'un acompte en est débiteur « jusqu'au règlement final du marché »⁵³. En principe, l'autorité contractante est tenue de procéder à ces paiements dans un délai qui ne peut dépasser quatre-vingt-dix jours. Exceptionnellement, des délais de paiement plus courts peuvent être accordés aux petites et moyennes entreprises ou dans le cadre d'exécution de projets spécifiques, compte tenu de l'urgence à réaliser ces projets, ou de leur caractère social. Le délai de paiement est particulièrement important pour les parties au marché public car son dépassement ouvre droit pour le titulaire du marché, au paiement d'intérêts moratoires, et cela, à compter du jour suivant l'expiration dudit délai⁵⁴.

2- L'urgence dans l'inexécution des obligations des parties au marché

L'inexécution, par une partie, de ses obligations découlant du marché public n'est pas sans conséquences juridiques. Tout d'abord, en cas d'inexécution, il est possible d'invoquer l'exception d'inexécution. Toutefois, le cocontractant ne peut pas se faire justice, lorsqu'il constate des défaillances du côté de l'autorité contractante relativement à l'exécution du marché, en arrêtant ou en suspendant l'exécution des obligations contractuelles lui incombant : En d'autres termes, l'exception d'inexécution n'est pas de nature à affecter l'exécution du contrat par le cocontractant parce qu'une telle attitude de la part du cocontractant affecterait l'intérêt général, le service public, pour la satisfaction duquel le marché a été conclu. Le cocontractant, en pareille situation, ne peut que saisir le juge et ne peut donc se soustraire à ses obligations contractuelles en cas d'inexécution de la part de l'autorité contractante. Cette inexécution peut aussi engager la responsabilité de la

⁵² Article 139 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁵³ Article 139 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁵⁴ Article 139 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

partie concernée et déboucher sur la résiliation du marché public⁵⁵. Dans le cadre d'une résiliation à l'initiative de l'autorité contractante, par exemple, le fondement de la résiliation, c'est-à-dire de la rupture du contrat, est que le cocontractant a commis un manquement grave tenant à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat. L'autorité contractante peut prendre, alors, l'initiative de la procédure de résiliation, après mise en demeure demeurée infructueuse. Et la résiliation est décidée par des organes de l'Administration, centrale ou locale ou par le Conseil d'administration, selon les cas (articles 122, 123 et 124 du Code des Marchés Publics). Une telle résiliation (résiliation-sanction) ne donne pas lieu à indemnisation.

Toutefois, l'urgence peut être prise en compte dans la détermination des conséquences juridiques qui s'attachent à l'inexécution, notamment lorsque cette urgence est « motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure »⁵⁶. En rappel, la force majeure permet de libérer les parties au marché public de leurs obligations contractuelles. L'article 91(3) affirme, par exemple, que les empêchements résultant de la force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter. Pour retenir la qualification de force majeure, il faut nécessairement réunir 3 conditions. Premièrement, il faut que le titulaire d'un marché se trouve en présence d'une difficulté imprévisible (imprévisibilité). Deuxièmement, il faut que cette difficulté soit étrangère à la partie qui invoque la force majeure ou ne provienne pas de son fait (extranéité). Troisièmement, il faut que cette difficulté rende impossible l'exécution des obligations contractuelles (irrésistibilité). Lorsque la force majeure est reconnue, le titulaire du marché peut, sans être tenu au paiement d'une indemnité, obtenir la résiliation de son contrat. Par ailleurs, le titulaire peut prétendre à l'exonération des pénalités de retard pour la fraction du retard imputable à la force majeure et même, en cas de poursuite de l'exécution du contrat, demander qu'il lui soit fait application de la théorie de l'imprévision lorsque ce retard aura entraîné le bouleversement de l'économie de son contrat. Si les situations d'urgence n'équivalent pas *ipso facto* à des situations de force majeure, il peut toutefois exister entre les deux situations un rapport de cause à effet. C'est certainement dans ce sens qu'il faut comprendre le CMP qui parle de situations d'urgence impérieuse motivées par des circonstances imprévisibles ou de force majeure (article 61.1). En d'autres termes, la situation d'urgence peut trouver son origine ou sa raison d'être dans les circonstances de force majeure⁵⁷.

⁵⁵ Articles 122 à 127 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁵⁶ Article 61(1) Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁵⁷ CE, 15 novembre 2017, requête numéro 403367, Société Swisslife de biens et a. (Rec. tables, p. 840).

Cette première partie de l'analyse a permis de démontrer la prise en considération de l'urgence qui est présente à toutes les étapes du marché public, depuis la préparation de la passation jusqu'à l'exécution de celui-ci. Cette prise en compte concerne aussi l'action contentieuse.

II- L'URGENCE DANS LE CONTENTIEUX DES MARCHÉS PUBLICS : UNE PRISE EN COMPTE PERFECTIBLE

Page | 37

L'urgence est présente dans le contentieux administratif au travers de l'existence du contentieux de l'urgence, qui s'analyse comme un ensemble de mécanismes permettant de trouver des solutions d'attente, afin de pallier le retard et à la lenteur de la justice⁵⁸. En droit ivoirien, ces procédures d'urgence comprennent le référé administratif et le sursis à exécution⁵⁹.

S'agissant du contentieux des marchés publics, plus spécifiquement, l'on constate l'absence de procédures d'urgence spécialement aménagées afin de tenir compte et de satisfaire aux exigences et impératifs de ce type particulier de contrats administratifs en Côte d'Ivoire. Mieux ce sont les procédures classiques d'urgence devant le juge administratif qui s'appliquent aussi dans le cadre du contentieux des marchés publics. Une telle situation soulève des interrogations quant à l'adéquation de ces procédures d'urgences classiques aux spécificités du contentieux relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics. A l'analyse, il appert que cette prise en compte de l'urgence dans le contentieux des marchés publics s'avère insuffisante compte tenu notamment de l'inadéquation voire de l'inadaptation de ces procédures d'urgence contentieuses classiques aux exigences des marchés publics (A). Il s'avère alors nécessaire d'améliorer cette prise en compte au travers notamment de l'instauration de procédures d'urgence contentieuses spécifiquement adaptées aux marchés publics (B).

⁵⁸ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 17. Pour le professeur GOHIN, il s'agit d'un ensemble de procédures « qui, en liaison avec la procédure normale d'instruction au fond, permettent de donner, dans les circonstances de l'espèce, une solution rapide, quoique provisoire ou partielle, au contentieux administratif dans l'intérêt du requérant ou d'une bonne administration de la justice », GOHIN (O.), *op. cit.*, p. 259.

⁵⁹ Ces procédures sont introduites par les justiciables soit « pour faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, soit pour que le juge ordonne des mesures conservatoires, à même de sauvegarder leurs droits et intérêts dans l'attente du jugement au fond d'un litige présent ou à venir », Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 18.

A- Une prise en compte insuffisante

Comme mentionné plus haut, les procédures d'urgence applicables dans le contentieux relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics, en Côte d'Ivoire, sont le sursis à exécution et le référé administratif. Ces deux procédures d'urgences ne sont pas adaptées au contentieux des marchés publics : d'une part, le sursis a une portée assez limitée (1) et le référé administratif s'avère globalement inefficace (2).

Page | 38

1- La portée limitée du sursis à exécution

Le sursis à exécution s'analyse comme une décision par laquelle le juge, à la demande d'un requérant, suspend provisoirement l'exécution d'un acte administratif dont la légalité est contestée. Il s'agit d'un recours accessoire, au recours en annulation, qui est prévu et encadré par les articles 86 à 90 de la Loi organique n° 2020- 968 du 17 décembre 2020 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État (Loi sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire). Ces articles déterminent notamment les conditions de recevabilité de la demande de sursis à l'exécution de même que les conditions de son prononcé du sursis à l'exécution.

S'agissant de ses conditions de recevabilité, l'article 87 de la loi sur le Conseil d'Etat a supprimé l'exigence d'introduire préalablement un recours pour excès de pouvoir. Désormais, la recevabilité du sursis à exécution n'est plus subordonnée à l'exercice préalable d'un recours pour excès de pouvoir qui a été remplacé par l'exercice d'un recours administratif préalable. Ce recours préalable, qui résulte d'un recours gracieux adressé à l'autorité dont émane la décision entreprise ou d'un recours hiérarchique porté devant l'autorité hiérarchiquement supérieure à celle dont émane la décision entreprise, doit être formé, en principe, « par écrit, dans le délai de deux mois, à compter de la publication, de la notification ou de la connaissance acquise de la décision entreprise »⁶⁰. Toutefois, le Code des marchés publics abrège ce délai et exige, par exemple, que le recours gracieux, soit exercé « dans les sept jours ouvrables de la publication ou de la notification de la décision, ou de l'acte ou de la survenance du fait contesté »⁶¹. Et l'administration doit rendre sa décision dans un délai de 05 jours ouvrables. Ce raccourcissement du délai du recours préalable, qui passe de 04 mois à 12 jours ouvrables, est plus conforme aux impératifs de célérité que

⁶⁰ Article 72 Loi sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire.

⁶¹ Article 144 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

requièrent les situations d'urgence⁶². Il faut aussi que l'acte administratif, visé par le sursis à exécution, « n'intéresse ni le maintien de l'ordre, ni la sécurité ou la tranquillité publique ». Ce recours préalable permet aux « candidats et soumissionnaires justifiant d'un intérêt légitime ou s'estimant injustement lésés » de contester des décisions ou des actes qui leur causent préjudice. Il peut s'agir, par exemple, de la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, des conditions de publication des avis, des règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, du mode de passation et de la procédure de sélection retenus, de la conformité des documents d'appel d'offres, des spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation⁶³. Ce recours gracieux suspend la procédure d'attribution, laquelle suspension peut être levée par décision de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics qui, depuis le 15 janvier 2025, est devenue l'Autorité de Régulation de la Commande Publique⁶⁴. Il faut aussi noter que les décisions de cette Autorité de Régulation peuvent aussi faire l'objet d'un sursis à exécution conformément à l'article 148 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire. Toutefois, ce Code reste silencieux sur la question du délai dans lequel le recours aux fins de sursis à exécution d'une décision de l'autorité de régulation doit être introduit. Cette question a fait l'objet d'une procédure toujours pendante devant le Conseil d'Etat ivoirien⁶⁵. Dans l'attente, l'argument selon lequel un tel recours doit intervenir dans le délai de 10 jours au cours duquel le Conseil d'Etat doit être saisi d'un recours en annulation de la décision de l'Autorité de régulation, peut être avancé⁶⁶.

Afin de prononcer le sursis à exécution, le juge vérifie ensuite l'existence de 'l'urgence' qui nécessite que l'acte administratif contesté « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts, qu'il entend défendre »⁶⁷. Le juge vérifie aussi l'existence de moyens sérieux, c'est-à-dire, des moyens de nature à faire peser sur la décision attaquée une forte présomption d'illégalité. Le Conseil d'Etat ivoirien a ainsi jugé que le moyen tiré de ce qu'une décision a été prise au-delà du délai legal ou sans que l'opérateur

⁶² Selon les articles 72 et 73 de la Loi sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire, le recours préalable doit être formé dans un délai maximum de 02 mois et l'administration dispose, à son tour, d'un autre délai de 02 mois (ou plus s'il s'agit d'un organe délibérant) pour rendre sa décision.

⁶³ Article 144 Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

⁶⁴ Ordonnance N° 2025-32 du 15 Janvier 2025 déterminant les Attributions, l'organisation, la Composition et le fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique.

⁶⁵ Conseil d'Etat, arrêt n 30 du 5 février 2025, Société d'Équipement Électrique et Technique dite SEET-CI contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics dite ANRMP.

⁶⁶ Sur ce point, voir AMBEU (P.), *Le contentieux des marchés publics en Côte d'Ivoire*, Abidjan, CNDJ, 2025, pp. 70-71.

⁶⁷ C E. Sect. 19 janvier 2001 confédération nationale des radios libres. Rec.29, les Grands Arrêts du contentieux administratif. GA.G.A N°11. Dalloz 2007.

économique n'ait effectué de recours préalable devant l'autorité contractante est de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée⁶⁸.

Une fois ces conditions réunies, le juge peut prononcer le sursis à exécution. Toutefois, ce sursis a une portée limitée dans le contentieux des marchés publics pour au moins deux raisons. Tout d'abord, le sursis à exécution n'annule pas l'acte attaqué mais le prive temporairement d'effets⁶⁹. Mieux, un recours en annulation doit être déposé dans le délai de 04 mois suivant le prononcé du sursis à exécution, sous peine de caducité. Or, il se trouve que ledit recours en annulation n'est pas, en principe, recevable contre le marché public⁷⁰. Exceptionnellement, il est possible d'introduire un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat⁷¹. Ensuite, il n'existe pas de procédure d'instruction spéciale des requêtes aux fins de sursis à exécution en matière de marché public, qui sont soumises à la procédure d'instruction de droit commun qui est de quarante-cinq jours à compter de la désignation du rapporteur⁷². Un tel délai ne semble pas adapté aux exigences de célérité et d'optimisation qui caractérisent les marchés publics.

Au total, si les conditions de recevabilité du sursis ont évolué avec notamment l'exigence d'un recours administratif préalable en lieu et place du recours préalable pour excès de pouvoir, force est de constater que le sursis prend insuffisamment en compte l'urgence. Comme l'a constaté la Chambre administrative de la Cour Suprême ivoirienne, la structuration actuelle du sursis à

⁶⁸ Conseil d'Etat, arrêt n 217 du 22 juin 2022, Laboratoire du Bâtiment et des Travaux Publics contre ANRMP ; Voir aussi AMBEU (P.), *op. cit.*, pp. 79-80.

⁶⁹ « Toutefois, le sursis et ses effets deviennent caducs si, quatre mois après son prononcé, le bénéficiaire n'a pas déposé de requête aux fins d'annulation de la décision suspendue » Article 88 Loi sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire.

⁷⁰ Ce principe de l'irrecevabilité du REP à l'encontre des contrats administratifs a été affirmé à l'occasion de l'arrêt LE BUF du 24 décembre 1897 et repris par la jurisprudence ivoirienne dans plusieurs affaires telles *CSCA, arrêt du 15 décembre 1969, Mme Peltier Chantal c/ Ministre de la fonction publique ; arrêt n116 du 23 juillet 2014, Union des affréteurs et chargeurs c/ ministre des Transports*. Dans le même sens, l'article 70 de la Loi sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire dispose que « Le recours en annulation est irrecevable lorsque les intéressés disposent, pour faire valoir leurs droits, du recours ordinaire de pleine juridiction » ; voir aussi KOB0 (P. C.), « le juge ivoirien et le contentieux des contrats administratifs », *Actualités Juridiques*, n 109, 2021, pp. 11-12.

⁷¹ On pourrait s'interroger sur l'effet de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat administratif lui-même : Une telle annulation rejaillit-elle sur le contrat ? Pendant longtemps, il était admis qu'une telle annulation n'entraînait pas de conséquences sur le contrat. Mais il semble que cette annulation produise quelques effets et rejaillisse sur le contrat. Plus exactement, le Conseil d'Etat français a estimé que « suite à l'annulation de l'acte détachable, le contrat n'est plus susceptible d'aucune exécution », G.A.J.A., 19ème édition Dalloz, p. 93. Subséquemment, les parties au contrat ont la possibilité (pour l'administration, il s'agit d'une obligation) de saisir le juge du contrat d'une requête aux fins de nullité ou de résiliation du contrat, KOB0 (P. C.), « le juge ivoirien et le contentieux des contrats administratifs », *Actualités Juridiques*, n 109, 2021, pp. 12-14.

⁷² Article 89 de La loi organique sur le Conseil d'Etat en Côte d'Ivoire.

exécution ne lui permet pas de bien remplir sa fonction parce que « sa procédure ne favorise pas la célérité de l'intervention juridictionnelle »⁷³. Cet état de fait s'explique surtout par l'exigence de « moyen sérieux de nature à fonder l'annulation de l'acte qui conduit à réserver le prononcé du sursis aux cas où l'annulation paraît certaine et après un examen approfondi des moyens de la requête »⁷⁴. L'examen et le maniement de cette exigence ne sont pas aisés car comportant un risque de préjuger, d'apprécier au fond la légalité de la requête et donc un risque pour le juge du sursis de se substituer au juge de la légalité, le juge de l'excès de pouvoir⁷⁵. Ce constat d'insuffisance semble s'étendre au référé administratif.

2- La relative efficacité du référé administratif

Le référé administratif est une procédure accélérée par laquelle il est demandé au juge administratif de prendre, dans un court délai, des mesures utiles dans l'attente du jugement au fond du litige⁷⁶. Le juge, saisi d'une demande de référé, ne statue pas sur le fond du litige mais ordonne des mesures conservatoires⁷⁷. En droit ivoirien, le référé administratif est prévu à l'article 91 de la Loi sur le Conseil d'Etat qui consacre deux types de référés : Le référé - constat d'urgence par lequel un justiciable demande au Président du Conseil d'Etat de designer un expert pour constater des faits susceptibles de donner lieu à un litige (article 91a) et le référé-mesures utiles qui permet au Président du Conseil d'Etat d'ordonner toutes les mesures visant à aménager, provisoirement, la situation des parties et à préserver leurs droits et intérêts. L'article 91b ne précise toutefois pas le type de mesures qui pourraient être prises sur ce fondement. Pour la Chambre administrative de la Cour Suprême ivoirienne, « toutes sortes de mesures peuvent être sollicitées sous le fondement de l'article [91b] »⁷⁸. Il faut pour cela qu'il existe une situation d'urgence, que la mesure sollicitée soit utile à l'auteur de la demande, qu'elle ne s'oppose pas à l'exécution d'une décision administrative. Enfin, l'octroi d'une telle mesure ne peut avoir pour effet de faire préjudice au principal⁷⁹.

⁷³ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 28.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ KEMDJIO TAGNE (F. H.), « Les Procédures D'urgence Contentieuses Dans La Passation Des Marchés Publics Au Cameroun : Un Clair-Obscur ? » *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique Afrilex*, Juillet 2024,

⁷⁶ NDIAYE (A), *op. cit.*,

⁷⁷ La procédure de référé vise à « aménager provisoirement la situation litigieuse ou, plus exactement, à préserver les intérêts du requérant dans l'attente de l'exercice d'une action en justice. Le juge des référés ne prend que des mesures provisoires » ; voir aussi C.E. 3 octobre 1958 Société des Autocars Garonnais REC. 468).

⁷⁸ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 35.

⁷⁹ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, pp. 35-41.

Lorsque ces conditions sont réunies, le juge prononce la mesure de référé qui peut être demandée pour toutes les matières qui ressortissent à la compétence du juge administratif (y compris les marchés publics). Toutefois, l'analyse des requêtes de référés laisse voir une grande confusion et un amalgame entre le sursis à exécution et le référé-mesures utiles par les justiciables et leurs conseils⁸⁰. Cette confusion s'étend aussi aux autorités juridictionnelles comme l'analyse des deux ordonnances de référés relatifs aux marchés publics le démontre : Par une ordonnance en date du 12 avril 2013, le juge des référés du Tribunal de Commerce d'Abidjan s'est estimé compétent pour examiner une requête de référé introduite par un soumissionnaire à un appel d'offres international avec présélection. Cette requête visait à enjoindre au Port Autonome d'Abidjan de communiquer le rapport d'analyse de la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO), sous astreinte comminatoire d'un milliard (1.000.000.000) de F CFA par jour de retard, à compter du prononcé de sa décision. Le juge des référés débouta le soumissionnaire en rappelant que l'autorité contractante n'avait pas l'obligation de communiquer le rapport d'analyse de la COJO mais devait seulement permettre au soumissionnaire de le consulter sur place. Toutefois, le juge avait déclaré cette requête recevable; ce qui était assez curieux car le contentieux des contrats de la commande publique relève de la compétence exclusive du juge administratif, même en ce qui concerne les requêtes de référés⁸¹. L'on se demande alors ce qui a bien pu pousser le Tribunal de Commerce, juridiction de l'ordre judiciaire, à retenir sa compétence dans une affaire relevant de la commande publique⁸². Fort heureusement, le Tribunal du commerce reviendra sur sa position initiale et affirmera son incompetence à connaître du contentieux des contrats de la commande publique : « la fourniture de biens au profit d'une personne publique dans le cadre de l'exécution d'un marché public est un contrat administratif par détermination de la loi et non un acte de commerce. Il en résulte que c'est aux juridictions de droit

⁸⁰ Ordonnance de référé n° 01 du 27 février 2013 GIA C/ Ministère de l'enseignement supérieur ; pp. 40-42.

⁸¹ Comme le rappelle le Président de la Chambre Administrative : « considérant que les actes relatifs à l'occupation du domaine public sont des actes administratifs dont le contentieux relève de la Chambre Administrative par la procédure du Recours d'Excès de Pouvoir ; que dès lors, le Président de la Chambre Administrative est compétent pour statuer en référé sur une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public dont le titre d'occupation a fait l'objet de retrait », Ordonnance de référé n°02 du 7 mars 2013 Port Autonome d'Abidjan c. DAFCI,

⁸² Bile Vincent, « Quelle compétence pour le Tribunal de Commerce dans le contentieux des marchés publics ? » 2 Mars 2015, disponible sur <https://ftp.anrmp.ci/actualites/publications/contributions/1414-quelle-competence-pour-le-tribunal-de-commerce-dans-le-contentieux-des-marches-publics>

commun que la demanderesse doit soumettre sa demande et non aux juridictions de commerce cruellement dépourvues de compétence en matière administrative »⁸³.

Ces attermolements des juridictions, couplés à l'amalgame des justiciables⁸⁴, finissent par limiter l'impact et l'efficacité du référé administratif qui, en définitive, a très peu d'effet sur le déroulement de la procédure de passation des marchés publics et ne paraît pas adapté aux situations d'urgence. La relative efficacité de ce recours s'explique aussi par les conditions même du référé, en particulier l'interdiction de préjudicier au principal et l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. S'agissant de la première condition, la juridiction administrative ivoirienne constate la difficulté voire l'impossibilité de la respecter notamment lorsque les parties sont en litige. Dans un tel cas de figure, toute mesure conservatoire que peut prendre le juge des référés préjudiciera forcément au principal⁸⁵. La deuxième condition interdit au référé administratif de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Cette condition, de l'avis de la juridiction administrative, explique le fort taux d'échec des référés-mesures utiles devant le juge administratif⁸⁶.

Il apparaît ainsi que les procédures classiques d'urgence produisent des résultats peu satisfaisants. Il est alors nécessaire d'améliorer la prise en compte de l'urgence dans les procédures contentieuses.

⁸³ Tribunal de Commerce d'Abidjan, jugement RG N°0893/18 en date du 05 avril 2018, affaire société EMMASON c. Université ABOBO-ADJAME ; voir aussi Bile Vincent, « Des raisons de se réjouir, lorsque la jurisprudence ivoirienne en matière de la commande publique épouse la position de la doctrine », 26 Avril 2021, disponible à <https://appn-racop.org/des-raisons-de-se-rejouir-lorsque-la-jurisprudence-ivoirienne-en-matiere-de-la-commande-publique-epouse-la-position-de-la-doctrine/>

⁸⁴ Sur ce point, voir les affaires Cour suprême de Côte d'Ivoire, la juridiction présidentielle de la chambre administrative, ordonnance n° 8 du 27 avril 2016, La Société Abidjanaise de dépannage dite SOAD C/ District Autonome d'Abidjan, requête n° 2016-005 REF DU 06 janvier 2016 et Cour suprême de Côte d'Ivoire, la juridiction présidentielle de la chambre administrative, ordonnance n° 20 du 27 juillet 2016, SESS ESSIAGNE Daniel C/ EHOUMAN Gislaine Olga Sylvie, Requête n° 2016-270 REF/AD DU 02 Juin 2016. Cette confusion semble aussi se vérifier dans d'autres États africains comme le Cameroun, voir Ndiaye (A), *op. cit.*, pp. 17-18, disponible à https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/Ameth_NDIAYE_le_refere_en_Afrique.pdf

⁸⁵ « Cette condition interdit au juge des référés de prescrire des mesures d'urgence en les fondant sur des appréciations telles que celles se rapportant à la légalité d'une décision ou à la qualification juridique de document ou de situation ou de comportement, lesquelles relèvent du juge du principal. Une application rigoureuse de cette disposition posée par l'article [91b] aboutirait à l'impossibilité d'intervention du juge des référés dès lors que les parties étaient en litige, dans la mesure où des mesures provisoires, tendant à aménager la situation des parties, préjudicieraient nécessairement au principal », Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 38.

⁸⁶ Côte d'Ivoire, Cour Suprême, Chambre administrative, *Rapport de l'année judiciaire 2012-2013*, p. 39.

B- Une prise en compte à améliorer

La prise en compte de l'urgence dans le contentieux des marchés publics se traduit par l'existence du contentieux de l'urgence avec ses procédures classiques que sont le sursis à exécution et le référé administratif. L'examen de ces procédures permet de constater leur prise en compte limitée des considérations d'urgence qui sont inhérentes aux marchés publics. D'où la nécessité de reformer ces procédures afin de mieux prendre en compte l'urgence. Ces reformes incluent l'instauration de procédures d'urgences spécialement adaptées aux marchés publics (2) mais aussi la transformation des procédures classiques d'urgence (1).

Page | 44

1- La transformation des procédures classiques d'urgence

Il est possible d'améliorer l'efficacité et de renforcer la prise en compte de l'urgence dans le sursis à exécution et le référé administratif. Les conditions du référé-mesures utiles, en particulier l'interdiction de préjudicier au principal et l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative, finissent par limiter son efficacité. En réaction, ce recours a fait l'objet d'aménagements. Au Sénégal par exemple, la Loi organique sur la Cour suprême affirme ainsi qu'« En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative »⁸⁷. Ce texte allège les conditions du référé et supprime la controversée condition de ne pas préjudicier au principal. En France, l'ancien article R130 du Code français des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel⁸⁸, qui reprenait la même formulation de l'article 91 de la Loi sur le Conseil d'Etat de Côte d'Ivoire, a été remplacé par l'article L521-3 du Code français de justice administrative du 30 juin 2000 qui dispose qu'« En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative »⁸⁹. Cet aménagement se constate

⁸⁷ Article 86 Loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême, modifiée par la loi organique n° 2022-16 du 23 mai 2022.

⁸⁸ « En cas d'urgence, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou le magistrat que l'un d'eux délègue peut, sur simple requête qui, devant le tribunal administratif, sera recevable même en l'absence d'une décision administrative préalable, ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative », article R130 du Décret n°89-641 du 7 septembre 1989 portant code des tribunaux administratifs et des cours administratives.

⁸⁹ Article L521-3 de la Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

aussi dans d'autres pays africains tels le Niger⁹⁰. Il s'agit une modification salubre car allant dans le sens d'une meilleure efficacité de ce mécanisme.

Cette transformation concerne aussi le sursis à exécution qui, dans plusieurs États, a disparu pour laisser place au référé-suspension. Celui-ci se définit comme étant une procédure d'urgence permettant au juge des référés de suspendre l'exécution d'une décision administrative faisant l'objet d'un recours en annulation ou en réformation, lorsqu'il est invoqué contre elle, un moyen propre à créer un doute sérieux quant à sa légalité⁹¹. L'une des originalités de ce recours est qu'il peut aussi porter sur les décisions administratives de rejet. En rappel, les décisions de rejet ne pouvaient, pendant de nombreuses années, faire l'objet d'un sursis à exécution, conformément à la jurisprudence Amoros⁹². Ce principe se justifiait par le fait qu'une décision de rejet ne faisait qu'entériner 'l'état du droit existant' sans le modifier, ni créer une règle qui est opposable aux administrés comme c'est le cas avec les décisions exécutoires⁹³. Dans de telles conditions, demander à l'administration de surseoir à l'exécution d'une décision de rejet revenait à « enjoindre à l'administration de prendre une décision contraire »⁹⁴, pouvoir d'injonction qui, pendant de nombreuses années, était refusé au juge administratif⁹⁵. Cette jurisprudence Amoros a finalement été abandonnée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt de Section Ouatah du 20 décembre 2000⁹⁶ avant que la loi du 30 juin 2000 ne précise expressément que le référé-suspension peut aussi porter sur les décisions de rejet⁹⁷. Plusieurs États africains ont aussi institué le référé-suspension en remplacement du sursis à exécution comme le Niger⁹⁸, le Burkina Faso⁹⁹, le Sénégal¹⁰⁰. En plus de sa portée plus étendue, le référé-suspension permet aussi de mieux prendre en compte l'urgence car le juge des référés est, en principe, un juge unique, censé statuer plus rapidement qu'une

⁹⁰ Art 126 loi organique n°2013-02 du 23 janvier 2013, déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'Etat.

⁹¹ Conseil d'Etat du Niger, le référé devant le Conseil d'Etat, Niamey, Éditions Albarka, 2021, pp. 18-19.

⁹² Conseil d'Etat, Assemblée, 23 janvier 1970, Ministre d'Etat chargé des Affaires sociales c. Amoros, requête numéro 77861, publié au recueil

⁹³ TIFINE (P.), *Droit administratif français*, Revue générale du droit online, 2020, p.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Revue générale du droit, 'Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1954, Barel et a., requêtes numéros 28238 28493 28524 30237 30256, publié au recueil, ' : Revue générale du droit on line, 1954, numéro 12358

⁹⁶ Conseil d'Etat, Section, du 20 décembre 2000, 206745, publié au recueil Lebon

⁹⁷ Article L521-1 du Code français de Justice Administrative.

⁹⁸ Articles 123 et 124 de La loi organique n°2013-02 du 23 janvier 2013 détermine la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'État au Niger.

⁹⁹ Articles 48 à 56 de la Loi n°011-2016/AN portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux ; voir aussi OUEDRAOGO (B. V. W.), *op. cit.*, pp. 1-35.

¹⁰⁰ Au Sénégal, par exemple, ce référé est prévu par les articles 80 et 84 de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 relatif au recours pour excès de pouvoir des actes administratifs et pour les recours dirigés contre les actes visés par les articles 243 et 244 du Code général des Collectivités locales.

formation collégiale (composée de plusieurs juges)¹⁰¹. En effet, le juge des référés, qui est en principe le Président du Conseil d'Etat, statue seul, sans rapporteur et sans nécessité d'attendre les conclusions du ministère public¹⁰². De même, les procédures de référé sont aussi dispensées du prononcé en audience publique.

Ainsi, les procédures classiques d'urgence se transforment afin de mieux s'adapter aux exigences de célérité que requièrent les situations d'urgence. Toutefois, ces procédures ne prennent pas toujours en compte toutes les implications de l'urgence dans le contexte des marchés publics. D'où la nécessité d'instaurer des procédures qui sont spécialement adaptées à ces contrats administratifs.

2- L'instauration de procédures d'urgences spécialement adaptées aux marchés publics

Les procédures classiques d'urgence ne permettent pas (ou très peu) de préserver les possibilités de recours des candidats à l'obtention d'un marché public, notamment par la suspension en temps utile de la signature de celui-ci, et de proposer des mesures permettant de lutter contre la passation illégale de marchés. En réaction, certains États ont instauré des procédures d'urgences spécialement adaptées aux contrats administratifs en général et aux marchés publics en particulier. Ces procédures spéciales d'urgence peuvent intervenir de façon préventive, avant la signature du contrat (référé précontractuel) ou de façon corrective, après la signature de celui-ci (référé contractuel).

Le référé précontractuel est prévu aux articles L551-1 à L551-12 du code de justice administrative. Ce recours peut être exercé en cas de « manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence »¹⁰³ auxquelles est soumise la passation de contrats administratifs en général et des marchés publics en particulier. Une fois saisi, le juge des référés dispose de pouvoirs étendus allant de l'ordre donné à l'auteur de manquement de se conformer à ses obligations à l'annulation des décisions se rapportant à la passation du contrat en passant par la suspension de l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat¹⁰⁴. Le juge des référés peut aussi prononcer une astreinte provisoire ou définitive¹⁰⁵. Ce recours peut être exercé par toute

¹⁰¹ Exceptionnellement, le référé peut être rendu en collégialité, voir dans ce sens l'article 32 al. 2 de la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs au Mali ; voir aussi l'article L. 522-1 du Code français de Justice Administrative.

¹⁰² AMBEU (P.), *op cit.*, pp. 86-87.

¹⁰³ Voir article L551-1 et article L551-5 du Code français de Justice Administrative.

¹⁰⁴ Article L551-2 et article L551-6 du Code français de Justice Administrative.

¹⁰⁵ Article L551-6 du Code français de Justice Administrative..

personne ayant un intérêt à conclure le marché public et susceptible d'être lésé par les manquements susmentionnés. Il peut aussi être exercé par le préfet dans l'hypothèse où le marché public est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le référé précontractuel apparaît ainsi comme un outil efficace pour prévenir la passation de contrats en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence. Il permet en effet au juge de rendre une décision sur le fond, pouvant même excéder la requête initiale du requérant¹⁰⁶. Ce recours est aussi encadré dans des délais très stricts, ce qui renforce l'efficacité dudit mécanisme. Enfin, l'introduction du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation du marché public pendant toute la durée de l'instance¹⁰⁷. Le non-respect de cette suspension par l'entité adjudicatrice peut entraîner l'introduction du recours contractuel si celle-ci a signé le marché public malgré l'introduction du référé précontractuel¹⁰⁸.

Le référé contractuel peut être exercé dans l'un des cas suivants : Tout d'abord, si le marché public a été conclu sans aucune mesure de publicité alors que celle-ci était requise ; ensuite, si celui-ci a été conclu sans aucune publication au Journal officiel de l'Union européenne alors qu'une telle publication est prescrite ; en outre, le contrat a été signé avant l'expiration du délai de « standstill » qui est le « délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre »¹⁰⁹. Le non-respect de la suspension de la signature du contrat par suite de la saisine du juge du référé précontractuel donne aussi droit à ce recours. Enfin, la méconnaissance des « modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique » ouvre droit à ce recours. Celui-ci peut être exercé par toute personne ayant un « intérêt à conclure le contrat » et est susceptible d'être lésée par des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local » à l'exception du requérant ayant déjà introduit un référé précontractuel¹¹⁰. En d'autres termes, les deux procédures de référés sont exclusives l'une de l'autre de sorte qu'il n'est pas possible de les

¹⁰⁶ En effet, le juge peut ainsi annuler la procédure de passation d'un marché public, alors même que le requérant ne sollicitait que sa suspension, CE 20 oct. 2006, Commune d'Andeville, Lebon 434 ; AJDA 2006. 2340, concl. D. Casas ; AJDA 2007. 782, étude F. Dieu ; CE 6 avr. 2007, Département de l'Isère, Lebon 765 ; AJDA 2007. 832 ; voir aussi Jean-David Dreyfus, L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de commande publique, in AJDA 2009 p. 1145.

¹⁰⁷ Article L551-9 du Code français de Justice Administrative.

¹⁰⁸ Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat, Le juge administratif et la commande publique, P. 10.

¹⁰⁹ Article L551-18 du Code français de Justice Administrative.

¹¹⁰ Article L551-14 du Code français de Justice Administrative.

exercer successivement l'un après l'autre. Une fois saisi, le juge peut décider de suspendre l'exécution du marché pendant la durée de l'instance¹¹¹, de l'annuler¹¹², le résilier¹¹³, réduire sa durée¹¹⁴ ou encore prononcer une sanction financière¹¹⁵ par exemple en cas de violation du délai de standstill. Ces pouvoirs sont assez étendus et « à la mesure de la gravité des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il a pour mission de sanctionner »¹¹⁶. Ces pouvoirs renforcent l'efficacité du recours qui apparaît comme adapté aux exigences de célérité et permet de sanctionner rapidement les atteintes les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Conclusion

Cette contribution a examiné la prise en compte de l'urgence dans les marchés publics en droit ivoirien. Au fil de l'analyse, il est apparu que l'urgence fait l'objet d'une prise en compte certaine dans les différentes étapes du marché public, depuis la préparation de la passation jusqu'à l'exécution de celui-ci : La prise en compte de l'urgence dans la procédure de passation des marchés publics se traduit par l'existence de marché public de type particulier, spécialement dédié à l'urgence à savoir le contrat GENIS et par l'existence de flexibilités permettant d'adapter les modes de passation des marchés publics aux considérations d'urgence.

L'urgence est aussi prise en compte dans l'exécution des marchés publics tant en ce qui concerne l'exécution des obligations que dans l'inexécution des obligations des parties au marché public.

S'agissant du contentieux des marchés publics, en revanche, la prise en compte de l'urgence peut difficilement être qualifiée de satisfaisante compte tenu notamment de l'inadéquation des procédures d'urgence contentieuses qui, en l'état du droit ivoirien, sont applicables dans le contentieux des marchés publics. Il s'avère alors nécessaire d'améliorer cette prise en compte au travers notamment de l'instauration de procédures d'urgence contentieuses spécifiquement adaptées aux exigences et spécificités des marchés publics.

¹¹¹ Article L551-17 du Code français de Justice Administrative.

¹¹² Article L551-18 du Code français de Justice Administrative.

¹¹³ Article L551-19 du Code français de Justice Administrative.

¹¹⁴ Article L551-19 du Code français de Justice Administrative.

¹¹⁵ Article L551-19 et L551-22 du Code français de Justice Administrative.

¹¹⁶ Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat, Le juge administratif et la commande publique, p. 12

Par ailleurs, le droit des contrats de la commande publique connaît actuellement des mutations importantes¹¹⁷. L'une des manifestations de ces mutations concerne les mécanismes de règlement des litiges où l'on constate une tendance accrue à la recherche de solutions aux différends en dehors du prétoire du juge administratif et la promotion des modes alternatifs au règlement par le juge étatique tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation, etc. La prise en compte des considérations d'urgence par ces modes alternatifs interroge et mériterait une analyse approfondie.



¹¹⁷ SAMB (S.), « Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone, Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun », Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 28 novembre 2015.

La prise en compte constitutionnelle du genre dans les Etats d'Afrique noire francophone

Constitutionnal consideration of gender in french-speaking black African States

Par : Page | 50

MBASSA GILBERT

Docteur/Ph. D en droit public

Enseignant-Chercheur à l'Université de Dschang

Résumé :

Au regard de l'importance capitale de la Constitution dans l'organisation de la vie au sein des toutes les sociétés modernes, s'est posée, la nécessité de cerner sa prise en compte du genre dans le contexte africain, plus spécifiquement en Afrique noire francophone. Ceci se justifie par la montée exponentielle des revendications genrées qui prennent une place de choix dans l'actualité tant internationale que nationale. Cette prise en compte constitutionnelle ne semble pas très aisée à appréhender et à optimiser, d'où l'intérêt de la présente étude. Mobilisant les méthodes juridique et comparative, couplées à une analyse de genre, elle a permis d'avoir des résultats probants. En effet, par le truchement d'un examen méticuleux, la prise en compte du genre est mise en lumière à travers une certaine reconnaissance à la fois implicite et explicite dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone. Elle demeure toutefois, perfectible.

Mots clés : Prise en compte constitutionnelle, genre, Afrique noire francophone, constitutionnalisation.

Abstract :

Given the crucial importance of the Constitution in the organization of life in all modern societies, the need has arisen to identify its consideration of gender in the African context, more specifically in French-speaking black Africa. This is justified by the exponential rise of gender-based demands that take pride of place in both international and national news. This constitutional consideration does not seem very easy to grasp and optimize, hence the interest of this study. Mobilizing legal and comparative methods, coupled with a gender analysis, it has produced convincing results. Indeed, through a meticulous examination, the consideration of gender is highlighted through a certain recognition, both implicit and explicit, in the constitutions of French-speaking black African states. It remains, however, perfectible.

Page | 51

Keywords: constitutional consideration, gender, French-speaking black Africa, constitutionalization.

Introduction

Perception commune à la quasi-totalité de la doctrine, la Constitution est un instrument juridique qui se particularise par sa fondamentale centralité dans l'organisation et le fonctionnement de tous les États modernes. En effet, elle est un carrefour où se croisent et se mêlent les aspirations politiques, économiques et socio-culturelles¹ d'une société donnée. Tant sur son aspect formel, que dans sa perspective matérielle, elle trace les grandes lignes de la gestion harmonieuse de la cité. Toutefois, les changements et bouleversements sociaux imposent une adaptation continue de sa consistance. A cet effet, PORTALIS n'affirmait-il pas que « *le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir* »². Tel est le cas de la résurgence et la densification des revendications féministes nées et accentuées par les inégalités criardes entre les hommes et les femmes, posant ainsi la problématique de l'adoption des constitutions incluant une sensibilité de genre³.

¹ Francophonie, Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés - Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone, 2016, p. 10

² PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, 91 p. Cité par ROULAND Norbert, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*. Paris, Les Éditions Odile Jacob, 1991, p. 10 (320 pp)

³ Rappelons que la question du genre est née des inégalités et discriminations basées sur le sexe revêtant de multiples formes, qu'il s'agisse de l'emploi, de la représentation politique, de la conciliation, de la sphère privée (en particulier de la répartition des tâches domestiques et parentales), des violences, des législations sur la contraception et l'avortement... Elles ont toujours occupées une place prépondérante dans nos sociétés. Fort de ce constat, il a été nécessaire de mettre au centre de tout débat, cette problématique afin d'en esquisser des solutions. C'est dans cette lancée que la notion d'égalité homme/Femme a vu le jour. Elle a été favorisée par les Nations Unies au travers de la Commission de la condition de la femme (CSW). Elle s'est réunie pour la première fois à Lake Success, dans l'État de New York, en février 1947, peu après la création des Nations Unies. Les 15 représentants gouvernementaux présents étaient des femmes. De 1947 à 1962, la Commission s'est employée à établir des normes et à formuler des conventions internationales afin de modifier les lois discriminatoires et d'encourager une prise de conscience mondiale des problèmes que rencontrent les femmes. En 1963, les efforts menés pour regrouper les normes relatives aux droits des femmes ont conduit l'Assemblée générale des Nations Unies à demander à la CSW d'élaborer un projet de Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui a finalement été adopté par l'Assemblée générale en 1967. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), juridiquement contraignante, a également été préparée par la Commission et a été ratifiée en 1979. En 1999, le Protocole facultatif à la Convention a introduit le droit de plainte pour les femmes victimes de discriminations. La Commission de la condition de la femme a fait fonction de comité préparatoire de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes de 1995, qui a adopté la Déclaration et le Programme d'action de Beijing. En 2011, les quatre entités du système des Nations Unies mentionnées sur cette page, à savoir DAW, INSTRAW, OSAGI et UNIFEM, ont fusionné pour former ONU Femmes, qui est le Secrétariat actuel de la Commission de la condition de la femme. Cf. MINPROFF (Cameroun), « CAMEROUN, Profil genre-pays », UNWOMEN, Joint SDG FUND, Février 2021, 177p.

Il est utile de préciser avec le Conseil de l'Europe qui a adopté le 7 avril 2011 la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique que, « le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »⁴. De cette définition juridique, on retiendra que la notion de genre s'entend comme toute construction socio-culturelle et psychologique des rôles masculins et féminins, ainsi que des rapports entre les hommes et les femmes. Par conséquent, il est aisé d'affirmer que le genre ne se réfère ni à la femme, ni à l'homme en soi, ni au sexe, mais aux rapports qui existent entre eux. Il est de ce fait, une variable qui permet de différencier, d'organiser et de structurer les rapports des acteurs et actrices sociaux/sociales⁵.

Au regard des mutations que connaissent les sociétés dans le monde, la prise en compte du genre⁶ à tous les niveaux de la construction sociétale est devenue un élément déterminant pour sa réussite. En effet, il est un truisme que les inégalités et les discriminations genrées constituent des obstacles au développement mondial et à l'intégration nationale⁷. C'est ce qui a justifié l'identification et l'adoption lors de la conférence de Beijing de 1995 de 12 domaines d'intervention stratégiques dans lesquels la communauté internationale, les gouvernements et les organisations de la société civile doivent mener des actions spécifiques dans la perspective d'accélérer la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, la strate normative de toute société adhérente, principalement sa sphère constitutionnelle qui constitue son socle organisatio-fonctionnel, ne saurait être en reste. Il s'avère donc plus que nécessaire pour toute production normative, notamment à orientation constitutionnelle, d'adopter une approche genre

⁴ Cf. article 3 de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique

⁵ Ministère des Affaires étrangères (France), *Stratégie genre et développement 2013-2017*, Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats, Juillet 2013, p. 9

⁶ Soulignons que la notion de prise en compte a été choisie pour mettre en lumière aussi bien la promotion que la protection du genre dans le cadre de la présente étude. C'est une notion qui n'est pas nouvelle en matière de droit constitutionnel. En effet, la retrouve au sein de plusieurs travaux à des articles de : BERGOUNOUX Georges, « La prise en compte de l'exigence de sécurité juridique par le Parlement au service de la qualité de la loi », *Conseil Constitutionnel*, n° 5 - Octobre 2020, URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-prise-en-compte-de-l-exigence-de-securite-juridique-par-le-parlement-au-service-de-la-qualite-de> ; Marine HAULBERT. « La prise en compte dans le contrôle de constitutionnalité des lois des garanties légales des exigences constitutionnelles », Titre VII [en ligne], n° 8, « Les catégories de normes constitutionnelles », avril 2022. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-prise-en-compte-dans-le-contrôle-de-constitutionnalite-des-lois-des-garanties-legales-des>.

⁷ Lire ORDIONI Natacha, « Pauvreté et inégalités de droits en Afrique : une perspective genrée », de Boeck Université/Mondes en développement, 2005/1-no 129, pp. 93-106 ; Banque Mondiale, *Genre et développement économique : vers une égalité des sexes dans les droits, les ressources et la participation*, Québec, Editions Saint-martin, 2003, p. 75 (374 p).

dans le dessein de limiter, si ce n'est d'endiguer les inégalités hommes/femmes fortement présentes en Afrique noire francophone. D'ailleurs, le Professeur SOBZE affirmait dans cette lancée : *« la prise en compte des droits catégoriels dans l'espace constitutionnel contribue pertinemment à l'acceptation de l'identité comme objet du droit, à l'affirmation de la composition humaine des collectivités étatiques africaines et à la construction d'un Etat de droit à visage humain en Afrique »*⁸.

Il n'est pas superflu de rappeler que l'approche genre renvoie à l'analyse et la remise en cause des processus qui différencient et hiérarchisent les individus en fonction de leur sexe. Elle est perceptible suivant un triple paradigme. De prime abord, elle peut être considérée comme un concept reposant sur l'analyse des rapports de pouvoirs entre les femmes et les hommes basés sur l'assignation des rôles socialement construits en fonction du sexe. Ensuite, elle est un objectif dans le sens où celle-ci promeut l'égalité des droits, ainsi qu'un partage équitable des ressources et des responsabilités entre les hommes et les femmes. Enfin, elle s'identifie à une méthodologie car fournissant une analyse comparée de la situation des femmes et des hommes tant du point de vue socio-culturel, que politico-économique.

En rapport avec notre étude, l'approche genre permet de questionner la prise en compte de la femme, considérée comme un être humain de sexe féminin dans les constitutions. A cet effet, une kyrielle de préoccupations émergent, notamment celles de savoir si les constitutions sont rédigées de façon épiciène, c'est à dire de façon neutre et indifférente au sexe ? Par exemple, mentionnent-elles *« les femmes et les hommes »*, *« les citoyennes et les citoyens »* ou emploient-elles des formules au masculin pluriel (*« les électeurs »*, *« les citoyens »*) ? Par ailleurs, les sources constitutionnelles posent-elles un principe d'égalité ou de parité entre femmes et hommes ou encore de complémentarité entre les sexes ? Comment cette égalité, parité ou complémentarité est-elle interprétée ? Autant de questions qui font comprendre que la prise en compte du genre au sein des constitutions dans le monde en général, en Afrique noire francophone est un débat actuel et fondamental, en ce sens qu'il confirme et conforte le dynamisme institutionnelle, gage de bonne gouvernance. Au-delà de ces préoccupations, il apparaît indispensable d'interroger la consistance des constitutions en la matière. Ainsi, la question centrale est celle de savoir comment peut-on

⁸ SOBZE Serge François, « Le genre en droit constitutionnel : réflexion sur un objet du constitutionalisme africain », REMASJUPE N°12 – 2023, p. 647.

percevoir la prise en compte constitutionnelle du genre dans les Etats d'Afrique noire francophone ?

L'étude menée autour de « *La prise en compte du Genre dans les constitutions des Etats d'Afrique noire d'expression française* »⁹ s'inscrit en droite ligne avec l'aspiration à améliorer le constitutionnalisme africain, tant dans l'écriture de leurs constitutions, qu'en ce qui concerne leurs contenus¹⁰. Elle est centrée sur le genre en Afrique noire francophone. Il est important de rappeler avec Catherine COQUERY-VIDROVITCH que « *de la veille de la colonisation à nos jours, la condition féminine en Afrique noire a connu d'extraordinaires mutations* »¹¹. A sa suite, non pas suivant une perspective socio-anthropologique, mais plutôt dans une approche juridique, la présente étude a le mérite de dresser un bilan de l'évolution de la place de la femme au cœur des sociétés d'Afrique francophone Subsaharienne. Elle apporte un plus à travers la mise en lumière des limites de la prise en compte du genre dans les constitutions des Etats sus-évoqués. Le couronnement de cette entreprise intellectuelle réside en la volonté de transformer conséquemment cette appréhension du genre en Afrique francophone au-dessus du Sahara.

Couplée aux méthodes juridique et comparative, cette étude mobilisera une analyse de genre. Comme technique, elle favorise l'identification et la déconstruction des stéréotypes sociétaux, ainsi que le questionnement des normes sociales et économiques qui conditionnent les rapports entre les sexes et qui contribuent à reproduire les inégalités de genre. Elle permet ainsi de mettre en évidence les rapports de pouvoir et les inégalités entre hommes/femmes. En outre, elle favorise la perception de leurs répercussions sur l'aptitude et les possibilités de participation au développement des hommes et des femmes. Ce type d'analyse suppose la pleine participation des femmes et des hommes dans l'identification des enjeux, contraintes et opportunités que les femmes et les hommes rencontrent dans un espace donné, et des intérêts et besoins spécifiques aux deux sexes. Elle facilite la mise en lumière des liens qui existent entre les inégalités de genre et les autres formes d'inégalités à l'instar des clivages économiques, sociaux, générationnels, culturels, ethniques, religieux et politiques au sein des sociétés et entre sociétés, notamment entre les pays développés et les autres. Dès lors, elle s'inscrit dans une approche globale d'analyse critique des

⁹ Il s'agit des Etats tels que Cameroun, Burkina Faso, Benin, Côte d'Ivoire, Sénégal, Gabon, Mali.

¹⁰ DOSSO Karim, « Repenser le préambule des constitutions des Etats africains », *Revista de Estudios Jurídicos* n° 20/2020 (Segunda Época), pp. 90-123.

¹¹ COQUERY-VIDROVITCH Cathérine, *Les Africaines. Histoire des femmes d'Afrique subsaharienne du XIXe au XXe*, Paris, La découverte, 2013, 410 p.

rapports sociaux et de transformation sociale. Inéluctablement, elle est essentielle pour la réalisation conséquente d'une telle étude.

A travers une analyse méticuleuse, on peut constater que la prise en compte du genre est honorée à travers une certaine reconnaissance à la fois implicite et explicite dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone (I). Toutefois, il est important de noter qu'elle demeure perfectible (II).

I- UNE PRISE EN COMPTE CONSTITUTIONNELLE ETABLIE.

Rappelons avec le Professeure Véronique CHAMPEIL-DESPLATS que l'inscription de l'égalité de genre au sein de la Constitution suit la dynamique d'appropriation constitutionnelle des droits et libertés en général et est significative de la volonté d'un Etat de la promouvoir, et d'en faire un angle vivant de son ordre constitutionnel, un critère de sa légitimité internationale¹². En effet, les droits de l'homme étant la dimension substantielle de l'Etat droit, de laquelle devrait se réclamer tout Etat respectueux des valeurs universellement partagées, sont devenus « *un label nécessaire sur le plan international* »¹³.

Il est question ici de mettre en lumière le contenu à sensibilité genre des constitutions qu'on retrouve au cœur des Etats d'Afrique noire francophone. A titre de rappel, notre étude s'étendra sur les Etats tels que le Burkina Faso, le Benin, le Tchad, le Sénégal, le Gabon, le Mali et le Cameroun. En scrutant de façon méticuleuse les différentes constitutions et textes à valeur constitutionnel de ces Etats, il est aisé de tabler sur une certaine constitutionnalisation du genre (A) confortée par une protection ambivalente de la place de la femme dans ses rapports socio-institutionnels avec l'homme (B).

A- Une certaine constitutionnalisation du genre.

L'évidence de la constitutionnalisation du genre dans les constitutions des Etats sus-évoqués est appréhensible au travers d'une analyse exégétique scrupuleuse effectuée sur ces dernières. En effet, elles présentent une articulation duale, situant le genre aussi bien dans la sphère institutionnelle (1) que celles socio-économiques et culturelles (2).

¹² CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n°8, 2012, p. 10.

¹³ CHEVALLIER Jacques, « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe Ardant, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 325.

1- Le genre au sein de la sphère institutionnelle

Essentiellement, il s'agit de situer le genre en rapport avec les droits politiques. L'angle d'analyse est orienté vers les actions des « *pouvoirs constitués* »¹⁴. Dans ce sillage, l'objectif recherché est la mise en exergue de la prise en compte constitutionnelle du genre en relation avec le pouvoir exécutif en l'occurrence le Gouvernement, mais aussi le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. S'agissant de l'exécutif, il est utile de faire ressortir l'encadrement normatif de la représentativité des femmes au sein du Gouvernement et des institutions publiques ou parapubliques. Concernant le législatif en relation avec l'approche de genre, il fait intervenir le droit de participation au processus politique et à la prise de décisions. La finalité est celle de s'assurer que les États concernés par la présente étude promeuvent la gouvernance participative et la participation égalitaire des femmes dans la vie politique de leurs pays. Quant au pouvoir judiciaire, les problématiques en rapport avec le genre se situent autour de l'accès à la justice, ainsi que l'égalité protection devant la loi. En d'autres termes, les femmes et les hommes jouissent-ils de droits égaux devant la loi et jouissent du droit à la protection, aux bénéfices égaux de la loi.

Page | 57

Dans le but de mettre en lumière la normativité constitutionnelle en rapport avec les assertions ci-dessus, il fallait se référer à la Constitution de la République Malienne du 25 février 1992, complétée par le Décret n°2020-0072/PT-RM du 1er octobre 2020 portant promulgation de la Charte de la Transition, modifié par la Loi n°2022-001 du 25 février 2022 portant révision de la Charte de la transition. En effet, l'article 2 de ladite Constitution ordonne : « *tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée* ». L'avènement du Décret n°2023-0401/PT-RM du 22 juillet 2023 portant promulgation de la Constitution sonne la fin de cette appréhension et apporte une innovation fondamentale. Elle réitère la consécration faite ci-dessus, en des termes similaires à travers son article 1^{er} ¹⁵.

¹⁴ Il faut noter que l'expression « *pouvoirs constitués* » a pour auteur Emmanuel Sieyès qui, faisant une distinction claire, affirmait dans son ouvrage « *Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant* ». Cf. SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, chapitre v, Genève, Librairie Droz, 1970, pp. 180-181.

A sa suite, Kemal GÖZLER déclarait que « *Les pouvoirs constitués sont donc ceux de l'Etat dont l'organisation et le fonctionnement sont définis par la Constitution. C'est-à-dire qu'ils sont des pouvoirs d'exercer les diverses compétences juridiques de l'Etat dans le cadre de la Constitution...compétence exécutive, législative et judiciaire* ». Cf. GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 1997, p. 9 (108 p).

¹⁵ L'article 1^{er} de la Constitution malienne prévoit : « *Tous les maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la région, la couleur, la langue, la race, l'ethnie, le sexe, la religion ou l'opinion politique est prohibée* ».

Nonobstant cette formulation générale, une obligation spécifique de prise en compte du genre, notamment en rapport avec le pouvoir exécutif, est posée aux articles 85 et 86. Ces derniers disposent que « *les agents de l'Administration sont tenus, dans l'exercice de leurs missions, de respecter les principes fondamentaux du service public comprenant la légalité, l'égalité, l'impartialité, la neutralité et la continuité... L'Etat veille à inscrire le recrutement des agents de l'Administration dans le cadre de procédures transparentes qui assurent l'égalité des chances pour tous et à faire reposer le déroulement de leur carrière sur des critères de compétence et de professionnalisme* ». Ces dispositions constitutionnelles renforcent considérablement la quintessence et la portée de la Loi n°2015-052 du 18 décembre 2015 instituant des mesures pour promouvoir le genre dans l'accès aux fonctions nominatives et électives¹⁶.

S'agissant du Cameroun, le préambule de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008 prévoit que : « *Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat assure à tous les citoyens les conditions nécessaires à leur développement* ». La formule retenue ici est une prise en compte constitutionnelle implicite de la notion de genre, notamment en rapport avec les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. A travers cette égalité qu'elle consacre, la latitude est laissée à la loi n° 2012-001 portant Code électoral. En son article 151 alinéa 3, elle exige une intégration du genre dans la constitution des listes de candidats et proscriit dans la même lancée en ses articles 156 et 175 toute discrimination fondée sur un élément lié au sexe. En accord avec le Professeur SOBZE, on parlerait ainsi de la consécration de l'égalité électorale au Cameroun¹⁷. Il est évident que le Cameroun a choisi une consécration constitutionnelle du genre non spécifique, notamment en rapport avec les pouvoirs constitués. En effet, aucune allusion genrée n'a été faite dans la constitutionnalisation tant de l'accès, que de la jouissance des fonctions exécutive, législative et judiciaire. La formule adoptée est celle de l'égalité de tous en droits et en

¹⁶ L'article 1er de la Loi de 2015 promouvant le genre dans l'accès aux fonctions nominatives et électives dispose : « *A l'occasion des nominations dans les Institutions de la République ou dans les différentes catégories de services publics au Mali, par Décret, arrêté ou décision, la proportion de personnes de l'un ou l'autre sexe ne doit pas être inférieure à 30%* ». L'article 2 quant à lui dispose : « *A l'occasion de l'élection des députés à l'Assemblée Nationale, des membres du Haut conseil des collectivités ou des conseillers des collectivités territoriales, aucune liste d'au moins trois personnes, présentée par parti politique, groupement de partis politiques ou regroupement de candidats indépendants, n'est recevable si elle présente plus de 70% de femmes ou d'hommes* ».

¹⁷ SOBZE Serge François, « Le genre en droit constitutionnel : réflexion sur un objet du constitutionalisme africain », *Op. Cit.*, p. 677. Lire NGANDO SANDJE Rodrigue, « La question du genre dans le droit électoral camerounais : d'une énonciation législative ambiguë à une nouvelle aventure pour le droit positif », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, 2015, p. 176-195. Lire également TUEKAM TATCHUM Charles, « La promotion du genre dans l'accès aux fonctions électives au Cameroun : une révolution amorcée », *Mosaïque/RPSJP*, numéro 17, 2022, pp. 142-174.

devoirs ; l'interdiction de toute discrimination basée sur le sexe ; in fine l'égalité de tous devant la loi.

Se distinguant des Etats ci-dessus, le Gabon à travers la loi référendaire n°002-R/2024 du 19 décembre 2024 portant Constitution de la République Gabonaise, a marqué une grosse différence. En effet, l'article I alinéa 24 de la Constitution sus évoquée dispose que « *l'Etat favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux ainsi qu'aux responsabilités politiques et professionnelles.* » A l'évidence, la Constitution gabonaise garantit l'égalité entre tous les citoyens sans discrimination de sexe. C'est fort de cette disposition constitutionnelle que le Gabon a ratifié certaines Conventions internationales relatives à l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes afin de promouvoir l'égalité entre les sexes. Ainsi le Gabon a jugé opportun de hisser la femme dans la sphère décisionnelle. A cet effet, l'exécutif avait formulé l'exigence ferme d'avoir un minimum de représentativité des femmes à hauteur de 30% au niveau des institutions de la République, la Cour Constitutionnelle, le Sénat ainsi que les Mairies. D'où l'adoption d'une loi portant sur un quota de 30% par le gouvernement en 2015 pour permettre à plus de femmes de figurer sur les listes électorales. Il s'agit de la loi n° 09/2016 du 05 septembre 2016 fixant les quotas d'accès des femmes et des jeunes aux élections et aux emplois supérieurs.

Le Burkina Faso quant à lui affirme sa position par le truchement de la Constitution du 02 Juin 1991 révisée fondamentalement¹⁸ par la loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012 que « *RECONNAISSANT que la promotion du genre est un facteur de réalisation de l'égalité de droit entre hommes et femmes au Burkina Faso* ». L'Article premier ajoute que tous les Burkinabés naissent libres et égaux en droits. Tous ont une égale vocation à jouir de tous les droits et de toutes

¹⁸ Cette Constitution a, depuis lors, fait l'objet de cinq révisions. Au-delà des ajustements formels, les modifications substantielles introduites par les révisions qui se sont succédé ont porté sur les éléments ci-après. En 1997 la loi N°002/97/ADP du 27 janvier 1997 a procédé au toilettage de la Constitution en éliminant les scories révolutionnaires et fait sauter le verrou de la limitation des mandats présidentiel à deux. En 2000 la loi N° 003-2000/AN du 11 avril 2000 a consacré la réduction de la durée du mandat présidentiel de sept à cinq ans, le retour à la limitation du nombre de mandat à deux ainsi que l'éclatement de la Cour Suprême en quatre structures différentes (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, Cour des Comptes et Conseil Constitutionnel). En 2002, la loi N°001-2002/AN du 22 janvier 2002 s'est essentiellement attachée à la transformation de la forme d'organisation du pouvoir législatif en la faisant passer d'un parlement bicaméral à une assemblée monocamérale et ce par la suppression de la Chambre des représentants. En 2009, la loi N°015-2009/AN du 30 avril 2009 a revu les articles 85 et 152 en vue de combattre « le nomadisme politique » et d'opérer une meilleure répartition des compétences entre le Conseil constitutionnel et le juge administratif en matière de contentieux électoral. En 2012 trois révisions ont été conduites dont deux apparaissent majeures. La première opérée par la loi N°023-2012/AN du 18 mai 2012 a inscrit dans la constitution la possibilité et les modalités d'une prorogation du mandat des membres du Parlement. La seconde, de portée très étendue a été le fait de la loi N°033-2012/AN du 11 juin 2012 qui a apporté des changements significatifs à divers niveaux

les libertés garantis par la présente Constitution. Les discriminations de toutes sortes, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la région, la couleur, le sexe, la langue, la religion, la caste, les opinions politiques, la fortune et la naissance, étaient constitutionnellement prohibées. De plus, les articles 11 et 12 précisent que, tout Burkinabé jouit des droits civiques et politiques dans les conditions prévues par la loi. Tous les Burkinabés sans distinction aucune ont le droit de participer à la gestion des affaires de l'Etat et de la société. A ce titre, ils sont électeurs et éligibles dans les conditions prévues par la loi. Il est important de rappeler que l'insurrection populaire de 2014 a conduit à l'adoption d'une Charte de transition qui ne dissout pas la Constitution en vigueur, mais la complète¹⁹. Il en est de même pour la Loi constitutionnelle n°045-2023/ALT portant révision de la Constitution, qui complète également la Constitution sus évoquée. Les dispositions constitutionnelles en vigueur confortent « *la politique du quota genre* »²⁰ adoptée par le truchement de la loi n° 10-2009/AN portant fixation de quotas aux élections législatives et municipales. Cette dernière a été remplacée par la loi n° 003-2020/AN portant fixation de quota et modalités de positionnement des candidates et des candidats aux élections législatives et municipales.

Le Sénégal s'inscrit dans la même lancée. A cet effet, l'article 1 de la Constitution de la République du Sénégal dispose qu'elle « *est laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». L'article 7 formule en outre que tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit. L'alinéa 5 ajoute que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux fonctions.* » Cette égalité est transposée par le législateur sénégalais qui consacre la loi n° 2010-11 du 28 mai 2010 instituant la parité absolue Homme-Femme²¹.

Dans un sillage similaire, le Benin marque sa particularité. Ainsi, suivant les dispositions de l'article 26 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Benin, « *l'homme et la femme sont égaux en droit* ». Le soin a été laissé au pan législatif de décliner

¹⁹ Cf. Préambule de la Charte de transition burkinabé.

²⁰ SAIDOU Abdoul Karim, « Le quota genre comme technique de gouvernement au Burkina Faso : entre changement d'instruments et inertie politique », *Afrique contemporaine*, 2023/1, p. 256. (pp. 255-276)

²¹ L'article premier de la loi n°2010-11 instituant la parité absolue Homme-Femme dispose. Dispose que « La parité absolue homme-femme est instituée au Sénégal dans toutes les institutions totalement ou partiellement électives ». L'article. 2. Quant à lui dispose : « Les listes de candidatures sont alternativement composées de personnes des deux sexes. Lorsque le nombre de membres est impair, la parité s'applique au nombre pair immédiatement inférieur. Les listes de candidatures doivent être conformes aux dispositions ci-dessus sous peine d'irrecevabilité ».

le contenu de l'approche de genre au Bénin. Ceci a été réalisé par le biais de la loi n°2011-26 du 09 janvier 2012 Portant prévention et répression des violences faites aux femmes ; complétée par la loi n°2021-11 du 20 décembre 2021 portant dispositions spéciales de répression des infractions commises en raison du sexe des personnes et de protection de la femme en République du Bénin.

Le Tchad faisait encore mieux que les autres avec sa Constitution du 04 mai 2018 révisée par la loi Constitutionnelle N°017/PR/2020 du 14 Décembre 2020²². Cependant, à la suite du décès du Président de la République IDRISSE ITNO DEBY, le Conseil militaire de la transition avait approuvé et adopté une Charte de transition. Une forte régression dans ce sens avait été faite. En effet, on pouvait lire à l'article 7 de ladite Charte : « *Les tchadiens des deux sexes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans distinction de race, d'origine ou de religion* ». Sonnant le glas de l'autorité de la Charte, l'adoption de la loi référendaire du 17 décembre 2023 portant révision de la Constitution pose des bases amélioratives. En effet, son article 34 dispose que « *l'Etat œuvre à la promotion des droits politiques de la femme par une meilleure représentation dans les assemblées, les institutions et les administrations publiques.* » Une loi spécifique précise les conditions d'application de ces dispositions.

En parcourant de manière analytique les constitutions des Etats tels que le Burkina Faso, le Mali, le Sénégal, et le Bénin, on se rend très vite compte qu'un écart positif considérable a été créé avec les autres Etats objet de notre étude. Il est donc évident que la quintessence genrée de ces constitutions soit indubitablement perceptible. On peut y voir une évocation spécifique et respective des rapports égalitaires entre homme et femme dans la jouissance des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Globalement, on peut d'emblée table sur l'existence de « *l'égalité de*

²² Dans son préambule, on pouvait lire : « *reconnaissons la promotion du genre et de la jeunesse comme facteur de l'égalité hommes et femmes dans notre pays et l'impératif de sa prise en compte pour le développement humain durable* ». L'article 6 ajoute que « *le suffrage est universel, direct ou indirect, égal et secret. Sont électeurs dans les conditions déterminées par la loi tous les Tchadiens des deux sexes âgés de dix-huit ans révolus et jouissant de leurs droits civiques et politiques* ». A l'article 13 le constituant tchadien avait prévu que les Tchadiens des deux sexes aient les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi. L'article 34 paraissait plus explicite sur la question en disposant que l'Etat œuvre à la promotion des droits politiques de la femme par une meilleure représentation dans les assemblées élues, les institutions et administrations publiques et privées. L'article 122 soulignait que, peuvent être candidats à l'Assemblée Nationale, les Tchadiens des deux sexes remplissant les conditions fixées par la loi. L'article 14 précisait quant à lui que « *l'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. Il a le devoir de veiller à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme et d'assurer la protection de ses droits dans tous les domaines de la vie privée et publique* ».

droit »²³ qui semble consacrée, même si elle est faite sans spécificité, encore moins de clarté susceptible d'éviter toute ambiguïté dans son appréhension.

En est-il de même des domaines socio-économiques et culturels ?

2- Le genre dans les artères socio-économiques et culturelles

Page | 62

Ce sillage fait référence aux prérogatives consacrées dans les domaines de : l'éducation, l'instruction, la formation, le travail, la sécurité sociale, le logement, le sport, les loisirs, la santé, la protection de la Maternité et de l'Enfance, l'assistance aux personnes âgées ou handicapées et aux cas sociaux, la création artistique et scientifique, l'accès à la terre, l'exercice de l'activité commerciale... Globalement, elles constituent des droits sociaux, économiques et culturels reconnus, promus et garantis par les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone. Il est d'usage en Afrique que les rapports sociaux, économiques et culturels soient déséquilibrés²⁴. La balance penche généralement vers les hommes qui semblent avoir une certaine prévalence naturelle. Afin de diminuer ou d'annihiler ces disparités²⁵, les constituants des Etats sus-évoqués se sont engagés dans un chantier titanesque, bousculer les « dogmes ». Dans l'ensemble, la formule utilisée par les différents Etats étudiés, est la consécration de l'égalité pour tous.

Tel est le cas de la Constitution Burkinabé qui dispose en son article premier : *Tous les Burkinabés naissent libres et égaux en droits. Tous ont une égale vocation à jouir de tous les droits et de toutes les libertés garantis par la présente Constitution. Les discriminations de toutes sortes, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la région, la couleur, le sexe, la langue, la religion, la caste, les opinions politiques, la fortune et la naissance, sont prohibées.* » Spécifiquement, l'article 19 ajoute que le droit au travail est reconnu et est égal pour tous. De ce fait, il est interdit de faire des discriminations en matière d'emploi et de rémunération en se fondant notamment sur le sexe, la couleur, l'origine sociale, l'ethnie ou l'opinion politique. En outre, l'article 27 précise que tout citoyen a le droit à l'instruction.

L'article 30 de la Constitution Gabonaise en vigueur dispose : *« l'Etat garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture »*. L'article 36 ajoute que l'Etat garantit à tous les citoyens l'égal accès aux emplois et services publics, sans

²³ LE POURHIET Anne-Marie, « La loi du genre », *RFDA*, 2013, p. 1251.

²⁴ DJOSSOU SEGLA Ariane, « Cultures africaines et genre : le sens d'un féminisme africain », *Diogène*, 2023/3-4, pp. 112-130.

²⁵ SOW Fatou et NDEYE SOKHMA GUEYE, *Genre et dynamiques socio-économiques et politiques en Afrique*, Dakar, CODESRIA, 2011, 152 p.

distinction de sexe, d'appartenance ethnique, politique, religieuse ou idéologique. L'article 37 quant à lui précise que l'État garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère, aux personnes vivant avec un handicap, aux retraités et aux personnes âgées, la protection de la santé, la protection sociale, un environnement naturel préservé, le repos et les loisirs. L'Etat garantit à tous l'accès à l'eau potable et à l'énergie. A l'évidence, la Loi référendaire n°002-R/2024 du 19 décembre 2024 portant Constitution de la République Gabonaise pose les bases d'une égalité aussi bien dans l'accès, que dans la jouissance des droits consacrés.

La constitution du Sénégal dans son préambule prévoit et proclame le respect et la garantie intangible : « *des libertés politiques ; des libertés syndicales ; des droits et des libertés de la personne humaine, de la famille et des collectivités locales ; des libertés philosophiques et religieuses ; du droit de propriété ; des droits économiques et sociaux.* » Elle ajoute en son article 7 que « *tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit.* » Elle souligne à l'article 20, le fait que chaque sénégalais ait droit de travailler et le droit de prétendre à un emploi. Par ailleurs, elle formule que nul ne pourrait être lésé dans son travail, en raison de ses origines, de ses opinions, ou de ses croyances. En outre, elle articule que le travailleur peut adhérer à un syndicat et défendre ses droits par l'action syndicale.

S'agissant du Cameroun, il faut se référer au préambule de sa Constitution sus-évoquée, afin de mettre en lumière la consistance genrée des droits sociaux, économiques et culturelles qu'elle consacre²⁶.

L'article 1^{er} du Décret n°2023-0401/PT-RM du 22 juillet 2023 portant promulgation de la Constitution malienne dispose que « *Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en*

²⁶ « Résolu à exploiter ses richesses naturelles afin d'assurer le bien-être de tous en relevant le niveau de vie des populations sans aucune discrimination, affirme son droit au développement ainsi que sa volonté de consacrer tous ses efforts pour le réaliser et se déclare prêt à coopérer avec tous les Etats désireux de participer à cette entreprise nationale dans le respect de sa souveraineté et de l'indépendance de l'Etat camerounais. Le Peuple camerounais, Proclame que l'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; Affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la déclaration universelle des Droits de l'Homme, la charte des Nations-Unies, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées, notamment aux principes suivants : Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat assure à tous les citoyens les conditions nécessaires à leur développement ; Tout homme a le droit de se fixer en tout lieu et de se déplacer librement, sous réserve des prescriptions légales relatives à l'ordre, à la sécurité et à la tranquillité publics ; La nation protège et encourage la famille, base naturelle de la société humaine. Elle protège la femme, les jeunes, les personnes âgées et les personnes handicapées ; Tout homme a le droit et le devoir de travailler ; Chacun doit participer, en proportion de ses capacités, aux charges publiques ; Tous les citoyens contribuent à la défense de la patrie » Cf. préambule de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 Portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008.

droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la région, la couleur, la langue, la race, l'ethnie, le sexe, la religion ou l'opinion politique est prohibée ». L'Article 33 quant à lui souligne que la République sociale repose sur les principes de solidarité, d'égalité, de justice, de protection et d'intégration. A cet effet, l'Etat malien s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer leur mise en œuvre.

La constitution béninoise consacre et assure l'égalité de tous sans discrimination liée aux éléments tels que le sexe. Ladite égalité est perceptible sur plusieurs pans, principalement la santé, l'éducation, la culture²⁷, l'information, la formation professionnelle et à l'emploi²⁸. Elle s'aligne ainsi sur la même lancée que les autres textes constitutionnels sus-évoqués.

Outre cette consécration qui semble exister dans tous les Etats de la présente étude, il est important de mettre en lumière la protection constitutionnelle de la place de la femme dans ses rapports avec l'homme.

B- La constitutionnalisation de la protection du genre.

A la lecture des constitutions de la présente étude, il est aisé de constater que l'Etat garantit à tous les citoyens de l'un et de l'autre sexe, les droits et libertés. Afin d'éluder ou encadrer les éventuelles violations et consolider cette consécration, les constituants des différents Etats sus-évoqués ont prévu des mécanismes de protection. Ils sont non-juridictionnels (1) ou juridictionnels (2).

1- La garantie non-juridictionnelle de l'égalité de genre

A l'opposé de la garantie offerte par les organes juridictionnels, celle assurée par les organes non juridictionnels se présente comme l'activité des institutions qui veillent au respect de la Constitution²⁹. La garantie non juridictionnelle de protection des principes et droits, notamment fondamentaux, impliquent la possibilité reconnue aux particuliers de s'adresser aux structures non juridictionnelles en cas de violation. Elle résulte également de la contribution et du rôle de ces institutions à la confection et la promotion des normes juridiques relatives aux principes et droits

²⁷ Lire l'Article 10 de la loi N° 90-32 du 11, décembre 1990 portant Constitution de la République du Benin : « Toute personne a droit à la culture. L'Etat a le devoir de sauvegarder et de promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles ».

²⁸ Cf. Article 8 de la loi N° 90-32 du 11, décembre 1990 portant Constitution de la République du Benin.

²⁹ Lire l'article 5 de la Constitution camerounaise en vigueur ; article 36 de la Constitution sénégalaise en vigueur ; article 41 de la Constitution béninoise en vigueur...

fondamentaux, tel que l'égalité de genre³⁰. Les organes non juridictionnels dont il est question dans cette étude brillent par leur hétérogénéité du fait de leur nature. Il est possible de les identifier tant au niveau national, qu'international. S'agissant de ce dernier, à l'échelon africain, il s'agit d'un organe technique et consultatif : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples³¹.

Quant au niveau national, l'accent sera mis sur la garantie assurée à travers les diverses actions menées par les organes constitutionnels en matière de genre³². Dans la même lancée que le Professeur GUESSELE ISSEME Lionel Pierre, il convient de dire que les organes constitutionnels sont des organes habilités par la Constitution à exercer les fonctions étatiques³³. Ceux-ci « *sont chargés de remplir les diverses fonctions du pouvoir étatique* »³⁴, à l'instar des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Sur la base de cette appréhension définitionnelle, sont identifiés comme structure non juridictionnelle protégeant la place de la femme en société, le Président de la République (a), le Parlement (b) et le Conseil économique et Social (c).

a- Le Président de la République

Au Sénégal, l'article 36 de la Constitution prévoit que « *le Président de la République est le gardien de la Constitution. Il détermine la politique de la Nation, que le Gouvernement applique sous la direction du Premier ministre* ». L'égalité de genre ayant été explicitement affirmée par la Constitution sénégalaise, il en est donc le garant. A cet effet, il a démontré un engagement soutenu en faveur de la promotion et de la protection de l'égalité de genre à travers diverses initiatives

³⁰ Il est important de préciser que l'égalité de genre est à la fois un principe et un droit fondamental. Il est un principe directeur qui sous-tend les valeurs de justice, de non-discrimination et d'équité. Ladite égalité stipule que tous les individus, quel que soit leur sexe, doivent avoir les mêmes droits, les mêmes opportunités et le même respect. Par ailleurs l'égalité de genre est également un droit fondamental reconnu par plusieurs instruments internationaux. Ce droit confère aux individus la prérogative de ne pas être soumis à une discrimination relative au sexe sur les plans politique, civil, économique, social et culturel.

³¹ « Dès l'abord, il convient de noter qu'elle a longtemps revêtu les traits d'une juridiction qui lui ont permis d'exercer, pendant plusieurs décennies, une compétence contentieuse en matière de protection des droits fondamentaux. Cependant, l'avènement de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples l'a dessaisi de cette compétence. Ce n'est pas pour autant que la Commission ADHP ne contribue plus à la protection des droits fondamentaux. Elle continue d'exercer les fonctions de promotion des droits de l'homme et d'interprétation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) au regard de sa fonction consultative », Cf. ANGUE Christian Gérard, « La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux au Cameroun à l'aune de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 : quelle évolution ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 22/2024, p. 106.

³² Plusieurs autres organes participent à la protection non juridictionnelle de l'égalité de genre. Il s'agit des Autorités Administratives Indépendantes (à l'instar des commissions nationales des droits de l'homme ; des institutions de promotion et de préservation de l'égalité de genre) et de la société civile.

³³ GUESSELE ISSEME Lionel Pierre, « Le régime financier des organes constitutionnels dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RIDC*, 2021/2 73^e année, p. 369. (pp. 369-401)

³⁴ RAYMOND. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Dalloz, 2004, p. 259.

stratégiques et institutionnelles. Parmi ces actions, on peut noter : la mise en place de la stratégie nationale pour l'équité et l'égalité de genre (SNEEG II 2016-2026) ; la création de la cellule du genre et de l'équité au sein de la fonction publique³⁵ ; l'établissement d'un partenariat EDIFIS et fonds genre Sahel ; la création du plan d'actions national de mise en œuvre de la Résolution 1325³⁶.

Page | 66

Au Mali, l'article 43 de la Constitution malienne en vigueur formule que, « *le Président de la République remplit est le Chef de l'Etat. Il est le gardien de la Constitution...Il veille au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et assure la continuité de l'Etat* ». Le Président de la République en tant que gardien de la Constitution, a entrepris plusieurs initiatives pour promouvoir et protéger l'égalité de genre dans la perspective de renforcer la participation des femmes dans les sphères décisionnelles. Les plus notoires sont : l'adoption d'une Politique Nationale Genre (PNG) ; l'instauration d'une Planification et Budgétisation Sensible au Genre (PBSG).

Au Bénin, l'article 41 de la constitution précise que, « *le Président de la République est le Chef de l'Etat. Il est l'élu de la Nation et incarne l'unité nationale. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité territoriale et du respect de la Constitution, des traités et accords internationaux* ». La Constitution béninoise ayant consacré l'égalité de genre, le Président de la République agissant en tant que garant, a mis en œuvre plusieurs initiatives significatives pour promouvoir et protéger ladite égalité afin de renforcer le rôle des femmes dans la société. On peut citer : l'impulsion des réformes législatives pour une meilleure représentation politique des femmes ; la création de l'Institut National de la Femme (INF)³⁷ ; le lancement du Programme d'Appui à l'Egalité de Genre (PAEG)³⁸ ; le soutien aux projets d'autonomisation des femmes³⁹ ; l'organisation de rencontres intergénérationnelles des femmes leaders politiques.

³⁵ Cette entité est chargée de mettre en œuvre la SNEEG au niveau sectoriel, en coordonnant et en assurant le suivi de l'intégration du genre dans les services, projets et programmes ministériels. Ses axes stratégiques incluent le développement des compétences en matière de genre, la conception d'outils spécifiques et le suivi évaluation des résultats obtenus.

³⁶ Ce plan souligne l'importance de la participation des femmes dans les processus de paix et de sécurité, et s'inscrit dans le cadre du SNEEG II pour promouvoir l'égalité de genre dans tous les secteurs.

³⁷ Institué en juillet 2021, l'INF est rattaché à la Présidence de la République. Il est chargé de promouvoir l'égalité des sexes et protéger les droits des femmes au Bénin.

³⁸ Ce projet vise à renforcer le leadership féminin et à promouvoir l'égalité des sexes.

³⁹ Le Bénin participe au projet SWEDD (Autonomisation des Femmes et Dividende Démographique au Sahel), bénéficiant d'un soutien financier de la Banque Mondiale et d'un appui technique du Fonds des Nations unies pour la population (UNFPA). Ce projet vise à accélérer la transition démographique et à réduire les inégalités de genre dans la région.

Au Burkina Faso, l'article 36 de la Constitution Burkinabé prévoit que, « *le Président du Faso est le chef de l'Etat. Il veille au respect de la Constitution. Il fixe les grandes orientations de la politique de l'Etat* ». C'est dans cette lancée que le Président de la République a mis en place plusieurs initiatives de promotion et de protection de l'égalité de genre dans le but de renforcer la participation des femmes dans les sphères décisionnelles. On peut souligner comme actions remarquables : l'adoption d'une Politique Nationale Genre (PNG) ; la participation au Projet Autonomisation des Femmes et Dividende Démographique au Sahel (SWEDD) ; la mise en place d'un Ministère de la femme, de la solidarité nationale et de la famille.

Au Gabon, l'article 41 de la Constitution gabonaise en vigueur souligne que : « *le Président de la République est le Chef de l'Etat, il est le détenteur du pouvoir exécutif. Il incarne l'unité nationale, veille au respect de la Constitution, assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat* ». C'est dans ce sens que le Président de la République a engagé plusieurs actions importantes de promotion et de protection du genre. C'est le cas de : l'adoption de l'initiative Décennie de la Femme Gabonaise (2015-2025) ; l'impulsion de plusieurs réformes législatives intégrant l'égalité de genre ; la mise en place d'une Stratégie Nationale pour l'égalité des Genres (2024-2033) ; l'adoption du Programme « Gabon Egalité » ; l'engagement dans le mouvement « HeForShe »⁴⁰.

Quant au Tchad, l'article 66 de la Constitution tchadienne en vigueur énonce que : « *le Président de la République est le Chef de l'Etat. Il incarne l'unité nationale. Il veille au respect de la Constitution. Il assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat* ». Fort de cela, le Président de la République a entrepris diverses initiatives pour promouvoir et protéger l'égalité des genres dans le dessein de consolider la participation des femmes au sein des instances décisionnelles. Parmi ces actions figurent : la Politique Nationale Genre (PNG) ; l'adoption du Plan d'Actions National Femmes, Paix et Sécurité (2023-2027)⁴¹ ; l'engagement pour l'éducation des filles ; l'impulsion des réformes constitutionnelles⁴² et législatives⁴³.

⁴⁰ Initié par les Nations Unies, le Gabon a officiellement lancé ce mouvement mondial en Avril 2022. C'est une campagne qui encourage la participation des hommes et des garçons en tant qu'acteurs clés dans le combat pour l'égalité des sexes et les droits des femmes.

⁴¹ Ce plan met l'accent sur la participation des femmes aux processus de paix et de sécurité, ainsi que sur leur protection contre les violences basées sur le genre.

⁴² La Constitution de la 5^e République consacre l'égalité entre hommes et femmes (articles 14 et 15)

⁴³ La Loi N° 005/CNT/2024 portant Code électoral garantit aux Tchadiens des deux sexes, âgés de 18 ans, l'exercice de leurs droits civiques et politiques.

Au Cameroun, suivant les dispositions de l'article 5, alinéa 2 de la Constitution, le président de la République « *veille au respect de la Constitution. [...] Il est le garant [...] du respect des traités et accords internationaux* ». Cette disposition l'érige comme le principal garant indirect des droits fondamentaux, à l'instar de l'égalité de genre. De ce fait, il veille au respect de la norme constitutionnelle et au fonctionnement régulier des institutions de protection⁴⁴. C'est donc dans le sillage de ses attributions en la matière que, le Président de République a initié plusieurs actions pour promouvoir et protéger l'égalité des sexes afin de renforcer la participation des femmes dans divers domaines. On peut noter comme initiatives : la mise en œuvre des stratégies nationales de développement sensibles au genre à l'instar de la " Vision 2035" et la Stratégie Nationale de Développement 2020-2030 (SND30) ; l'adoption d'une budgétisation sensible au genre⁴⁵ ; la mise en place d'un Ministère de la Promotion de la Femme et de la Famille ; l'adoption du Plan d'Action National pour la mise en œuvre de la Résolution 1325⁴⁶.

b- Le Parlement

S'inscrivant dans la continuité de l'analyse de l'impact des organes constitutionnels sur la place de la femme en société, influençant par la même occasion l'appréhension du genre, il est aisé de constater que le Parlement au sein des Etats objet de la présente étude, contribue considérablement à protéger la femme dans ses rapports avec l'homme. Les mécanismes utilisés par les Parlements de ces différents Etats sont : l'adoption des lois et stratégies à sensibilité genre ; la mise en place d'une commission de contrôle du respect de la prise en compte du genre ; la prise en compte effective du genre au Parlement ; la création des plateformes de promotion et de protection des droits de la Femme ; le renforcement des capacités en matière de genre des acteurs et actrices des instances décisionnelles

⁴⁴ ANGUE Christian Gérard, « La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux au Cameroun à l'aune de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 : quelle évolution ? », *Op. Cit.*, p. 105.

⁴⁵ Lire NTEUCK Fridolin Joël, « L'intégration de la budgétisation sensible au genre dans la gestion finances publiques au Cameroun », *African Scientific Journal*, vol 3, numéro 19, août 2023, pp. 154-189.

⁴⁶ Ce Plan a été adopté pour renforcer la participation des femmes aux processus de paix et de sécurité, et assurer leur protection en période de conflit.

A titre illustratif :

- Le Parlement sénégalais a adopté plusieurs initiatives significatives en faveur de l'égalité de genre, notamment la loi sur la parité absolue⁴⁷ et la Stratégie Nationale pour l'Équité et l'Égalité de Genre (SNEEG).

Page | 69

- Le Parlement camerounais a adopté un Code électoral sensible au genre (voir article 246). Il a également créé une plateforme dénommée le Réseau des Femmes Parlementaires du Cameroun (REFPAC).

- Le Parlement béninois a participé à des réformes législatives promouvant le genre à l'instar du Code électoral. Il a créé le Caucus des Femmes Parlementaires du Bénin. Il organise régulièrement des ateliers pour renforcer les compétences des femmes parlementaires dans le domaine du leadership et la gouvernance inclusive.

Il en est de même pour le Tchad⁴⁸, le Burkina Faso, le Mali ou encore le Gabon. En effet, leur Parlement respectif contribue pleinement à la prise en compte du genre à travers l'adoption des normes et stratégies sensibles au genre⁴⁹, la promotion des droits des femmes, l'amélioration de la représentativité des femmes au Parlement et dans les autres organes de prise de décision.

c- Le Conseil économique et social

Dans les Etats comme le Cameroun, le Sénégal, le Mali, le Burkina Faso, le Gabon ou le Tchad, les initiatives du Conseil économique et social en faveur du genre ne sont pas explicitement mises en lumière. A l'évidence, dans sa fonction consultative, il donne un avis sur l'importance de la genrification des domaines économiques, sociaux et culturels.

Contrairement aux autres Etats, le CES du Bénin, en tant qu'assemblée consultative représentant les principales activités économiques et sociales du pays, a intégré des mesures significatives pour promouvoir l'égalité des genres. A cet effet, il a instauré la parité parfaite en

⁴⁷ Loi N°2010- 11 du 28 Mai 2010 instituant la parité absolue homme-femme. Cette loi établit la parité homme-femme dans toutes les institutions totalement ou partiellement électives.

⁴⁸ L'article 132 de la Constitution tchadienne énonce : « la loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordés aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la promotion du genre ».

⁴⁹ L'Assemblée nationale du Burkina Faso a adopté la Loi N° 010- 2009/AN, établissant un quota d'au moins 30% de candidatures féminines aux élections législatives et municipales. L'Assemblée nationale gabonaise a adopté la Loi N° 9/2016 du 5 septembre 2016 instaurant les quotas.

son sein⁵⁰ et ils participent activement aux efforts nationaux visant à promouvoir l'égalité des genres⁵¹.

Outre la protection non juridictionnelle assurée par les organes constitutionnels, la prise en compte de la place de la femme et conséquemment du genre, est protégé par le juge constitutionnel. Page | 70

2- La protection juridictionnelle de l'égalité de genre

La prise en compte constitutionnelle de la protection juridictionnelle de l'égalité de genre fait intervenir un mécanisme à double pallier. En effet, elle met en exergue l'intervention du juge constitutionnel à titre principal (a), et l'action des autres juges de manière accessoire (b).

a- Le juge constitutionnel, acteur principal

En veillant au respect de la conformité de la loi à la Constitution dans tous ses domaines de compétence, le juge constitutionnel sanctionne toute atteinte aux droits fondamentaux et participe ainsi à la consolidation de l'état de droit et de la démocratie. A l'évidence, la protection desdits fondamentaux ressortit de la compétence du juge constitutionnel, protecteur du « *bloc de constitutionnalité* »⁵². Le juge constitutionnel, dans le cadre de la présente étude, ne disant le droit que par application de la Constitution, son instauration dans un système juridique donné doit pouvoir consolider le respect et la protection des droits fondamentaux à l'instar de l'égalité de genre, à condition toutefois qu'il soit possible à ceux qui en sont les destinataires de le saisir pour en revendiquer la protection⁵³. Il est possible de mettre en lumière cette compétence au Bénin⁵⁴,

⁵⁰ www.AFDB.org consulté le 03 avril 2025.

⁵¹ www.UNWOMEN.ORG consulté le 03 avril 2025.

⁵² ZAMBO ZAMBO Dominique Junior, « Protection des droits fondamentaux et droit à la juridiction constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *La Revue des droits de l'homme*, 15 | 2019, p. 4.

⁵³ *Ibid.* p. 4.

⁵⁴ La Constitution béninoise en son article 114 précise que « la Cour Constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques ».

Burkina Faso⁵⁵, Sénégal⁵⁶, Gabon⁵⁷, Tchad⁵⁸, Mali⁵⁹ et au Cameroun⁶⁰. Il est important de préciser que cette compétence est implicite au Sénégal⁶¹ et Cameroun. En effet, en parcourant entièrement la Constitution camerounaise, le constituant n'a pas expressément affirmé que le Conseil constitutionnel soit le garant des droits fondamentaux.

Dans la pratique, à la suite d'une analyse de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'égalité de genre au sein des Etats étudiés, le juge constitutionnel béninois⁶² s'est prononcé sur la question. Effectivement, le principe d'égalité a fait l'objet de précision par la Cour Constitutionnelle du Bénin qui le définit comme étant « ... *un principe général selon lequel la loi doit être la même pour tous et ne doit comporter aucune discrimination injustifiée* »⁶³. La Cour en déduit donc que « *les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination* ». Ce principe a été appliqué dans divers domaines. Ainsi, la Cour a estimé, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi portant code des personnes et de

⁵⁵ La Constitution Burkinabé prévoit en son article 157 que « *Si, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Le Conseil constitutionnel se prononce dans un délai déterminé par la loi. Une loi organique détermine les conditions d'application de cette disposition. Le Conseil constitutionnel peut se saisir de toutes questions relevant de sa compétence s'il le juge nécessaire* ».

⁵⁶ Cf. Constitution sénégalaise Article 80 : « *Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est exercé par le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation et les Cours et Tribunaux* ». Article 81 « *Le pouvoir judiciaire est gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi.* »

⁵⁷ Cf. Constitution gabonaise Article 113 : « *La Cour Constitutionnelle est la juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est impartiale et indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, dans le respect des dispositions de la présente Constitution. Elle est juge de la constitutionnalité des lois et de la régularité des élections présidentielles, législatives et référendaires. Elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques.* »

⁵⁸ Cf. Constitution tchadienne article 175. « *Le Conseil Constitutionnel statue obligatoirement sur la constitutionnalité : - des lois organiques, des lois sur les libertés publiques et les droits fondamentaux avant leur promulgation.* »

⁵⁹ Cf. Constitution malienne Article 144 : « *La Cour constitutionnelle est juge de la constitutionnalité des lois et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Article 153 : Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu par un justiciable qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, la Cour constitutionnelle peut être saisie de cette question sur renvoi de la Cour suprême. Lorsque l'exception d'inconstitutionnalité est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision de la Cour constitutionnelle.* »

⁶⁰ Cf. Constitution camerounaise Article 46 : « *Le Conseil Constitutionnel est l'instance compétente en matière constitutionnelle. Il statue sur la constitutionnalité des lois. Il est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions.* »

⁶¹ « *Au Sénégal, même si la protection des droits de l'Homme n'est pas une compétence explicite du juge constitutionnel, ce dernier y recourt cependant dans le cadre de l'exercice de ses missions, notamment à travers la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit.* » Cf. NOUROU TALL Saïdou, « L'expérience du Conseil constitutionnel du Sénégal », in LE JUGE CONSTITUTIONNEL ET LES DROITS DE L'HOMME | 9e congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles Francophones (ACCF), Dakar du 31 mai au 2 juin 2022, p. 58.

⁶² Lire CIRBAJ DE SOUZA, *Les nouveaux pouvoirs du juge constitutionnel béninois à la lumière d'une approche comparatiste. Contribution à la théorie du contentieux constitutionnel*, Thèse de doctorat, Université Paris-Saclay, 2024, 459 p.

⁶³ Décision DCC 96- 067 du 21 octobre 1996, Recueil des décisions et avis, 1996, p.582.

la famille, qu'« il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 143 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame »⁶⁴. En revanche, la Cour admet la discrimination positive lorsqu'elle estime que « le législateur peut déroger au principe d'égalité en ce qui concerne les personnes handicapées en matière de droit de la Fonction publique pour des raisons d'intérêt général et de continuité de service public...quitte à prendre en leur faveur des mesures spécifiques »⁶⁵.

Le juge constitutionnel gabonais⁶⁶ a affirmé que « la Constitution pose le principe d'égalité de traitement de tous les citoyens dans tous les domaines de l'Etat ou de la Nation »⁶⁷. Cette déclaration souligne l'engagement de la Cour à garantir l'égalité devant la loi pour tous les citoyens. De plus, saisie pour interpréter les articles 13 et 16 de la Constitution, la Cour a clarifié la portée des droits fondamentaux, y compris le droit à l'égalité⁶⁸. Dans une autre affaire, le juge constitutionnel a examiné la loi visant à protéger les femmes de toutes formes de violences et à promouvoir l'égalité entre les sexes⁶⁹. La Cour a estimé que la formulation initiale de l'article 1^{er}, présentant la promotion de l'égalité comme un objectif secondaire, devait être modifiée pour refléter l'importance égale des deux objectifs.

Le juge constitutionnel sénégalais⁷⁰ s'est prononcé sur l'égalité de genre en jugeant inconstitutionnelle la loi n°23/2007 du 27 mars 2007 – Parité sur les listes électorales⁷¹. Il a déclaré cette loi contraire à la Constitution. A la suite des critiques à l'encontre de cette décision, une révision constitutionnelle a été adoptée, introduisant l'alinéa 5 dans l'article 7 de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux fonctions. » Cette modification a permis l'adoption de la loi n°2010-11 du 28 mai 2010, instituant la parité absolue homme/femme. Plus tard, le Conseil Constitutionnel sénégalais va être saisi d'une demande d'avis concernant la conformité des bulletins de vote pour les élections législatives anticipées. Il a affirmé que l'affichage des noms des candidats sur les bulletins de vote est essentiel pour assurer la

⁶⁴ Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 ; Recueil des décisions et avis, 2002, p.582.

⁶⁵ Décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001, Recueil des décisions et avis, 2001, p.30.

⁶⁶ Lire NE-BITEGHE Jean-Christophe, *Le système gabonais de justice constitutionnelle : l'exemple de la Cour Constitutionnelle*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse 1, 2000.

⁶⁷ Décision n°010/CC du 24 février 2015.

⁶⁸ Décision n°219/CC du 14 novembre 2018.

⁶⁹ Décision n°026/CC du 30 juillet 2021 – Contrôle de constitutionnalité de la loi n°006/2021 sur l'élimination des violences faites aux femmes.

⁷⁰ YANKHOBAN DIAYE Isaac, « Le Conseil Constitutionnel sénégalais », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014/4 N° 45, pp. 77-103.

⁷¹ Décision n°97/1/C/2007 du 27 avril 2007.

transparence du scrutin et vérifier le respect de la parité conformément à l'article 7 de la Constitution et l'article L.149 du Code électoral⁷².

Par ailleurs, s'agissant du principe d'égalité, protégé sous toutes ses formes⁷³ (principe d'égal accès à la justice⁷⁴, d'égal accès au pouvoir⁷⁵, d'égalité devant la loi⁷⁶), il est circonscrit par le Conseil Constitutionnel, selon qui il « *ne saurait être réduit à une stricte identité de traitement, ne s'oppose ni à ce que la loi traite de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle opère une discrimination entre personnes placées dans la même situation dès lors que la discrimination est fondée sur un motif d'intérêt général* »⁷⁷. L'application du principe d'égalité a été l'occasion pour le Conseil d'invalidier l'article 33 alinéa 2 de la loi organique n°92-25 du 30 mai 1992 relative à la Cour de cassation, pour violation du principe d'égalité devant la loi et devant la justice garantis aussi bien par l'article 7 de la Constitution que par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples⁷⁸.

Page | 73

Contrairement aux Etats sus-évoqués, les juges constitutionnels burkinabé, malien, tchadien et camerounais ne se sont pas encore prononcé sur la question de l'égalité de genre.

A côté du juge constitutionnel, d'autres juges participent activement à la protection des droits fondamentaux tels que le droit à l'égalité, notamment l'égalité de genre.

b- Les juges ordinaires, acteurs accessoires

A l'évidence, il n'est pas incongru d'affirmer que les autres juridictions ne sont pas expressément investies d'une mission constitutionnelle de protection des droits fondamentaux. Mais, à travers l'office de jurisdictio constitutionnelle⁷⁹, elles sont appelées à protéger ces droits car ceux-ci sont consacrés par la Constitution. Il convient de souligner que l'idée de jurisdictio constitutionnelle consiste pour tout organe juridictionnel devant trancher un litige en rapport avec la question des droits fondamentaux, à se prononcer par application prioritaire de la règle

⁷² Décision n°9/E/2024 du 1^{er} octobre 2024.

⁷³ DEMBA. Sy, « La justice constitutionnelle dans les systèmes politiques africains. Une approche par les fonctions », *Annales africaines nouvelle série*, volume 2, n°5, décembre 2016, p. 17.

⁷⁴ Décision n°2/C/21 du 20 juillet 2021.

⁷⁵ Décision n°2/C/21 du 20 juillet 2021.

⁷⁶ Décision n°11/C/93 du 23 juin 1993 et Décision n°3/C/94 du 27 juillet 1994.

⁷⁷ Décision n°2/C/21 du 20 juillet 2021.

⁷⁸ Décision n°11/C/93 du 23 juin 1993.

⁷⁹ ZAMBO ZAMBO Dominique Junior, « Protection des droits fondamentaux et droit à la jurisdictio constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *Op. Cit.*, p. 3.

fondamentale, la Constitution, qui constitue leur siège normatif⁸⁰. À travers l'invocation, lors d'un procès judiciaire, des droits consacrés dans le bloc de constitutionnalité, les juges civil et répressif contribuent à leur protection, en sanctionnant les violations, en infligeant des peines ou en exigeant la réparation des préjudices subis du fait de ces violations⁸¹. Ils sont ainsi suivis par le juge administratif qui, lors de son office, s'assure du respect de la norme constitutionnelle par l'administration publique à travers les contrôles de légalité et de conventionalité⁸².

Les développements abondants effectués sur la question de l'établissement d'une prise en compte constitutionnelle du genre démontrent à suffisance la pertinence d'une telle affirmation. Toutefois, il est important de reconnaître qu'elle est améliorable.

II-UNE PRISE EN COMPTE PERFECTIBLE.

Il est utile de préciser que le choix de l'égalité de genre est une meilleure orientation parce qu'elle est plus englobante. En effet, elle intègre à la fois l'égalité de sexe mais aussi l'égalité des rôles entre hommes et femmes en société. Ceci permet de faciliter la réalisation de la pleine égalité hommes-femmes dans toutes les sphères de la vie au sein des sociétés à vocation démocratique à l'instar des Etats objet de la présente étude. Ainsi, au-delà de cette prise en compte constitutionnelle qui s'avère être réelle, il n'est pas difficile de mettre en lumière ses insuffisances (A), afin d'apporter des perspectives d'amélioration (B), confirmant sa perfectibilité.

A- Une prise en compte limitée

Le caractère limité de la prise en compte constitutionnelle de l'égalité de genre, tient au fait qu'elle revête plusieurs insuffisances amoindrissant son efficacité. D'une part, en parcourant l'ensemble des constitutions de la présente étude, le constat de l'imprécision du statut normatif du principe, ainsi que celui de sa justiciabilité et sa force exécutoire semble très clair (1). D'autre part, l'observation analytique de la pratique montre que, la protection qui devrait encadrer le respect du principe n'est pas optimisée (2).

⁸⁰ *Ibid.* p. 3.

⁸¹ ANGUE Christian Gérard, « La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux au Cameroun à l'aune de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 : quelle évolution ? », *Op. Cit.* p. 105.

⁸² *Ibid.* p. 105.

1- L'imprécision du statut normatif, de la justiciabilité et de la force exécutoire de l'égalité de genre

La formulation des principes et droits fondamentaux dans une constitution peut prendre différentes formes, allant de la simple énumération à une formulation plus détaillée et juridique. Elle peut également être directe, comme dans le préambule, ou indirecte, à travers leurs mentions dans le corps de la constitution ou par la référence à des conventions internationales. L'énonciation fait généralement référence à la formulation utilisée pour consacrer les principes et droits fondamentaux au sein des différentes constitutions étudiées. Il ressort qu'elle est globalement imprécise aussi bien concernant le statut normatif de l'égalité de genre (a), que sa justiciabilité et sa force exécutoire (b).

Page | 75

a- Les incertitudes autour du statut normatif de l'égalité de genre, comme principe

Progressivement, l'égalité de genre s'est imposée comme une exigence démocratique et un impératif juridique⁸³, tant dans les ordres juridiques nationaux qu'internationaux. Enracinée dans les instruments internationaux des droits humains, relayée par les constitutions modernes et consolidée par des législations spécifiques, elle semble être un acquis normatif. Pourtant, une lecture attentive des constitutions de la présente étude, couplée à l'observation de la pratique constitutionnelle, révèlent une multitude d'ambiguïtés et d'incohérence qui nourrissent les incertitudes sur son véritable statut normatif. Il est essentiel de rappeler avec Marie-Angèle HERMITTE que, « *le statut normatif d'un principe fondamental désigne la place qu'occupe ce principe dans la hiérarchie des normes, sa valeur contraignante, ainsi que sa capacité à produire des effets juridiques directs. Il s'agit de déterminer si ce principe est doté d'une normativité pleine – c'est-à-dire s'il est juridiquement obligatoire et justiciable – ou s'il reste un énoncé programmatique ou éthique sans portée coercitive.* »⁸⁴ Il est question dans ce cadre de déterminer si l'égalité de genre à une nature programmatique ou non dans les différents Etats étudiés.

⁸³ « Les principes fondamentaux sont souvent considérés comme des « ambitions nationales ». Ils sont aussi considérés comme étant impératifs dans l'élaboration des politiques, la prise de décision ou toute autre action de l'État, ainsi que dans la coexistence nationale. » Cf. TRIER-HANSEN Thomas et al. , *La protection constitutionnelle des droits de l'homme*, Copenhague, Institut Danois des Droits de l'Homme, 2012, p. 14. Lire également VOGEL-POLSKY Eliane, « Genre et droit : les enjeux de la parité », *Les cahiers du Genre*, 1996, pp. 11-31.

⁸⁴ HERMITTE Marie-Angèle, *Le droit saisi par la morale : droit et bioéthique*, Paris, LGDJ, 2001, p. 45. Lire également CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, collection droit public positif, 2001, 306 p.

Le droit international consacre l'égalité entre les sexes dans les textes majeurs à l'instar de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Toutefois, la portée normative de ces textes varie en fonction de leur justiciabilité, leur réception en droit interne ou encore les réserves émises par les Etats parties. Appliqué à l'étude actuelle, l'internalisation de l'égalité de genre semble ne lui avoir pas conférer une force contraignante. Il en est de même de leur consécration constitutionnelle. En effet, la reconnaissance constitutionnelle de l'égalité de genre ne semble pas avoir une place de choix dans la hiérarchie des normes. De plus, elle n'a pas de capacité à produire des effets juridiques directs. Seule sa valeur contraignante est perceptible dans certains Etats tels que le Sénégal, le Bénin et le Gabon où le juge constitutionnel a eu à se prononcer sur le non-respect de l'égalité de genre. Tout semble se passer comme si l'énoncé constitutionnel du principe est plus descriptif que prescriptif⁸⁵.

Ces assertions ont été confortées par KEBA MBAYE qui laissait comprendre que la reconnaissance constitutionnelle d'un principe fondamental, tel que l'égalité n'emporte pas automatiquement son effectivité. Sa normativité dépend de la volonté politique, de la culture juridique locale et de la capacité des juridictions à en assurer l'application⁸⁶. Dans son analyse du constitutionnalisme africain, MAKAU MUTUA affirmait : « *En Afrique, la reconnaissance de principes comme l'égalité des sexes dans les constitutions est souvent symbolique. Leur normativité est affaiblie par des clauses de sauvegarde des coutumes ou des pratiques traditionnelles qui les relativisent.* »⁸⁷

A l'évidence, l'égalité de genre, bien que proclamée dans les constitutions africaines, peine à produire des effets directs en raison d'une absence d'instruments juridiques d'opérationnalisation et d'un statut normatif souvent ambivalent. Ceci a une incidence directe sur les droits inhérents à l'égalité de genre, l'imprécision de leur justiciabilité ainsi que leur force exécutoire.

⁸⁵ Lire TETANG Franc de Paul, « La normativité des préambules des constitutions des Etats africains d'expression française », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 104, 2015, pp. 953-978.

⁸⁶ KEBA MBAYE, *Droits de l'homme en Afrique*, Paris, A. Pedone, 1992, p. 101.

⁸⁷ MAKAU MUTUA, *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, University of Pennsylvania Press, 2002, p. 117.

b- L'indécision sur la justiciabilité et la force exécutoire de l'égalité de genre, comme droit

La notion de « justiciabilité » traduit « la capacité de recourir à un organe indépendant et impartial quand un droit a été violé ou risque d'être violé. Il signifie la possibilité d'accéder à un mécanisme qui garantit les droits reconnus. Un droit invocable accorde à son titulaire un moyen de recourir à une procédure légale pour le faire respecter, chaque fois que le devoir qui en découle n'est pas accompli. »⁸⁸ Par ailleurs, l'égalité de genre comme droit, implique l'égalité des droits civils et politiques⁸⁹ d'une part, des droits économiques, sociaux et culturels⁹⁰ d'autre part. En effet, l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. » L'article 2 alinéa 1 précise que ces Etats s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les divers droits reconnus dans le Pacte sans distinction aucune. De même, l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte. » L'article 2 alinéa 1 souligne que chaque Etat partie s'engage à assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte par tous les moyens appropriés.

En général, les droits civils et politiques ont été considérés comme étant à la fois exécutoires et justiciables, alors que la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels a été remise en question⁹¹. Pour qu'un tribunal puisse statuer sur une affaire, la règle en question doit être assez précise et ne laisser aucun doute sur la question de savoir qui est le détenteur du droit et qui est le porteur du devoir⁹². Par conséquent, l'argument contre la justiciabilité des droits

⁸⁸ CHASKALSON Arthur et al. *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels : Etude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, Genève, Commission internationale de juristes, 2008, p. 7.

⁸⁹ Il s'agit ici de prôner la jouissance égale entre homme et femme, des droits fondamentaux (droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains, droit d'aller et venir librement...) ; des libertés fondamentales (droit à la liberté d'expression, de penser, de religion, droit à la vie privée et familiale...) ; et des droits politiques (droit de vote, de prendre part à la direction des affaires, droit d'être élu, droit de former un parti politique et de faire campagne, droit d'accès aux fonctions publiques...).

⁹⁰ Il est question de promouvoir la jouissance égale entre homme et femme, des droits tels : Droit à l'éducation, droit à un travail, droit au logement, droit à la santé, droit de propriété, droit à l'alimentation...

⁹¹ Lire ROMAN Diane, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *La revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, pp. 1-40.

⁹² Lire CHASKALSON Arthur et al. *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels : Etude comparative d'expériences en matière de justiciabilité*, Op. Cit, 145 p.

économiques, sociaux et culturels a souvent consisté à dire qu'il était impossible de statuer sur de tels droits parce qu'ils sont principalement constitués d'aspirations ou d'objectifs politiques à atteindre progressivement. Ils sont donc imprécis et conséquemment difficilement justiciables. De plus, ils sont tributaires des ressources disponibles localement et la justiciabilité de ces droits interférerait avec des décisions politiques difficiles relatives à la distribution des maigres ressources disponibles. Vu sous cet angle, il serait aisé de tabler sur l'injusticiabilité des droits économiques, sociaux et culturels, ce qui constituerait une grosse erreur. En effet, ils sont bel et bien justiciables. D'ailleurs la jurisprudence constitutionnelle africaine en la matière renseigne suffisamment sur la question⁹³. Pour qualifier cette situation, Diane ROMAN parle de présomption d'injusticiabilité⁹⁴.

Dans cet environnement caractérisé par l'incertitude de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels, il est un truisme que la justiciabilité de la jouissance égale entre homme et femme, desdits droits s'avère encore plus indécise. Il est aisé de le constater en sillonnant l'ensemble des Etats de la présente étude, la justiciabilité et la force exécutoire de l'égalité des droits susmentionnés ne sont pas perceptibles. En effet, la capacité à faire valoir ces droits en justice est très limitée, et les femmes rencontrent souvent des obstacles supplémentaires tels que les barrières financières, culturelles et juridiques⁹⁵. Cet état de chose a inéluctablement une incidence sur l'efficacité de la protection de l'égalité de genre.

2- L'efficacité relative de la protection constitutionnelle de l'égalité de genre

La protection constitutionnelle de l'égalité de genre fait intervenir l'action des organes non juridictionnels et juridictionnels. La présence de certaines pesanteurs restreint l'efficacité des uns (a) et des autres (b).

⁹³ Voir SIMO Eric, « Les droits économiques et sociaux dans la jurisprudence constitutionnelle africaine », *Revue des droits de l'homme*, n°23, 2023, pp. 1-42. GUEMATCHA Emmanuel, « La justiciabilité du droit à la santé en Afrique : les décisions de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, n°16, 2018, pp. 1-16. NSHOKANO KASHIRONGE, « La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) en Afrique : réflexions autour du contentieux stratégique », article présenté à l'Université d'été des droits humains (CIFDHA et CODAP), Ouagadougou, 2021, pp. 1-47. MILLARD Eric, « Conclusion : la justiciabilité des droits sociaux : une question théorique et politique », *La revue des droits de l'homme*, 2012, pp. 452-459.

⁹⁴ ROMAN Diane, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *Revue internationale de droit comparé*, vol 61, 2009, p. 289 (pp. 285-313).

⁹⁵ Cf. Union Africaine (UA), « Rapporteuse spéciale sur les droits de la femme en Afrique », ACHPR, mai 2023, achpr.au.int consulté le 05 mai 2025. Lire NICOLAS Yveline, « L'égalité femmes hommes dans les droits économiques, sociaux et culturels L'approche de genre dans les droits économiques sociaux et culturels », *Association Adéquations*, 2011, pp. 1-6. www.adéquations.org Lire également SOW Fatou et GUEYE SOKHNA Guèye, *Genre et dynamiques socio-économiques et politiques en Afrique*, Dakar, Librairie Numérique Africaine, 2017, 416 p.

a- L'efficacité amoindrie de l'action des organes non juridictionnels

L'analyse de ce cadre fait intervenir une double approche mettant en lumière les organes externes et internes aux Etats de la présente étude. S'agissant des organes externes, rappelons qu'il en existe plusieurs dont les plus remarquables sont : le Conseil des droits de l'homme et ses mécanismes⁹⁶ ; la Commission de la condition de la femme⁹⁷ et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Nonobstant leur apport indéniable dans la promotion et la protection de l'égalité de genre, il faut reconnaître que la portée de leurs interventions pouvait être véritablement optimisée si elles étaient suivies de mesures contraignantes. En effet, contrairement aux organes juridictionnels qui peuvent prononcer des sanctions en cas de violation des droits de l'homme, les organes non juridictionnels ne disposent pas tels pouvoirs. Ils émettent des rapports, des recommandations et des opinions qui, bien que non contraignants, jouent une partition importante dans la sensibilisation et l'influence des Etats.

Concernant les organes internes aux Etats de l'étude, les limites identifiées sont nombreuses. D'un Etat à un autre, nous pouvons relever une insuffisante volonté des organes constitutionnels à garantir véritablement la jouissance égale homme/femme de l'ensemble des droits fondamentaux reconnus et consacrés par les constitutions étudiées. En effet, il est un truisme d'affirmer que la prise en compte réelle de l'égalité de genre dépend majoritairement du degré d'implication des organes constitutionnels. Fort de ce constat, des insuffisances spécifiques peuvent être mises en lumière. A cet effet, il est possible de souligner une insuffisante appropriation de la thématique genre par ces organes, et incidemment des structures les accompagnants tels que les départements ministériels sectoriels. Plus inquiétant encore, c'est l'absence de redevabilité de ceux-ci dans la mise en œuvre de la Politique Nationale en matière

⁹⁶ La session spéciale sur la République démocratique du Congo a aussi donné lieu à des rapports, où il est fait état de la situation particulièrement préoccupante en matière de violence sexuelle et d'inégalité entre les sexes (A/HRC/10/59, par. 35 à 42, et A/HRC/13/63, par. 26 à 34). En outre, le Conseil des droits de l'homme a récemment constitué des commissions d'enquête sur la Libye et la République arabe syrienne, chargées de se pencher sur les violations du droit humanitaire international et du droit des droits de l'homme par toutes les parties à la guerre civile qui a éclaté dans les deux pays en 2011. Nombre de commissions d'enquête comptent dans leurs rangs un spécialiste des violences sexuelles et sexistes, et l'on trouve dans leurs rapports des constatations relatives à la violence sexuelle ainsi que des recommandations sur les aspects sexo-spécifiques de l'obligation redditionnelle et de la justice transitionnelle (A/HRC/19/68 et A/HRC/19/69). Cf. ONU, *Les droits des femmes sont des droits de l'homme*, Genève, HR/PUB/14/2, 2014, p. 21.

⁹⁷ La Commission de la condition de la femme a été créée en 1946 par la résolution 2/11 du Conseil économique et social de l'ONU « pour (...) préparer des recommandations et rapports [au Conseil] en vue d'œuvrer à la réalisation des droits des femmes dans les domaines politique, économique, civil, social et éducatif ». La Commission a aussi pour mandat de faire au Conseil des recommandations « sur les problèmes urgents qui exigent une attention immédiate dans le domaine des droits des femmes ». *Ibid.* p. 22.

de Genre. Les Ministères en charge des questions de genre ne disposent pas toujours de l'autorité appropriée pour demander des comptes aux autres ministères sectoriels. De plus, au sein de l'ensemble des Etats de la présente étude, nous notons une faible prise en compte du genre dans les documents cadres, les programmes, projets et budgets nationaux y compris la production des rapports genre par les ministères sectoriels⁹⁸ ; une implication limitée des Ministères en charge du Genre dans la préparation des budgets publics et le suivi de la mise en œuvre des programmes de développement ; une faible prospective dans l'opérationnalisation de la Politique Nationale de Genre à travers des plans d'actions annuels, mesurables et évaluables permettant de mesurer les progrès au travers de données pertinentes⁹⁹.

Outre les insuffisances ci-dessus évoquées, les organes juridictionnels ne sont pas en reste. Ils rencontrent également des difficultés qui amoindrissent l'efficacité de leur office en matière de promotion et de protection de l'égalité de genre.

b- L'intervention limitée des organes juridictionnels

Ce cadre fait ressortir les insuffisances de l'intervention juridictionnelle nationale et internationale. Sur le plan national, s'agissant de la juridiction constitutionnelle, les limites peuvent être situées à trois paliers : le champ de compétence, la saisine et l'application des décisions du juge constitutionnel.

Parlant du champ de compétence du juge constitutionnel, à l'exception des cas béninois et gabonais¹⁰⁰, les autres Etats de l'étude ont énumérativement restreint la compétence dudit juge. Étant donné que son champ de compétence est restreint, le juge constitutionnel est très souvent poussé à se déclarer incompétent face à certains recours¹⁰¹. En se déclarant incompétent, le juge constitutionnel concourt à la déconsolidation de « *l'État de droit* »¹⁰² en Afrique noire

⁹⁸ Voir le Document-cadre de financements durables au Sénégal, Juin 2023 ; le Plan national de développement 2018-2025 ou le Cadre d'émission obligataire ODD - Agenda 2030 – Bénin ; la Stratégie nationale de développement (SND30) au Cameroun ; le Plan stratégique Gabon émergent (PSGE, 2025) ; le Mali Agenda 2063 ou le cadre stratégique pour la relance et le développement durable (CREDD 2019-2023) au Mali ; le Plan national de développement économique et social (PNDES-II) 2021-2025 au Burkina Faso ; la Vision 2030 au Tchad.

⁹⁹ Cf. Les Programmes Nationaux de Genre (PNG) et/ou les Profils Genre-Pays des Etats concernés.

¹⁰⁰ MOUDOU DOU Placide, « Réflexions sur le contrôle des actes de l'exécutif par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, n°13, 2012, p. 68.

¹⁰¹ MBODJ Fara, « Les compétences du Conseil constitutionnel à l'épreuve des saisines. Quelques remarques sur les pouvoirs du juge constitutionnel au Sénégal », *EDJA* n°78, juillet-août-septembre 2008, p. 7.

¹⁰² Lire HAMON Léo, « L'État de droit et son essence », *RFDC*, 1990/4, p. 699 et s.

francophone. Ce qui ne saurait favoriser une optimisation de la garantie juridictionnelle de l'égalité de genre.

Au niveau de la saisine, l'absence d'auto-saisine et la limitation de catégorie des personnes habilitées à saisir le juge constitutionnel constituent un obstacle important. A l'exception du Benin et du Gabon¹⁰³, la saisine du juge constitutionnel dans les autres Etats de cette étude a été énumérativement restreinte par le constituant. S'agissant du mécanisme d'auto-saisine, il se retrouve exclusivement au Benin, en ce qui concerne l'étude menée¹⁰⁴.

Quant à l'application des décisions du Conseil Constitutionnel, il se pose également un réel problème à ce niveau. Même si les Constitutions des Etats étudiés prévoient que les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucuns recours et qu'elles s'appliquent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives, militaires et juridictionnelles. Toutefois, rien n'est prévu pour le cas où ces autorités refusent de se soumettre à la décision du Conseil Constitutionnel. Ainsi le non-respect des décisions du juge constitutionnel constitue un véritable problème parce qu'il fragilise conséquemment l'état de droit.

Concernant les autres juridictions, certes il est admis qu'elles connaissent des violations des droits fondamentaux à travers le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité¹⁰⁵, mais la méconnaissance de ce moyen contribue à l'utilisation restreinte de ce recours contentieux. En effet, tout citoyen peut également soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant une juridiction dans une affaire qui le concerne. Dans ce cas, la juridiction sursoit à statuer et saisit le Conseil Constitutionnel.

Tous ces éléments contribuent à fragiliser une prise en compte méliorative de l'égalité de genre, d'où la nécessité d'esquisser des pistes de solution.

¹⁰³ YOMBI Modeste, « La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles dans le neo-constitutionnalisme africain : cas du Benin et du Gabon », *CADI*, 2019, pp. 1-35.

¹⁰⁴ OUEDRAOGO Mahamadou, « L'extension de la compétence du juge constitutionnel africain par le biais du droit d'auto-saisine », *Politeia, la revue de l'AFSAIDC*, n°3, juin 2013, pp. 387- 412.

¹⁰⁵ NDIAYE Mbacke Cheick, « La procédure de l'exception d'inconstitutionnalité au Sénégal : la pratique du Conseil Constitutionnel », *Ceracle*, 2024, pp. 1-15. ABDOU BOKAR ABDOU Abdoul Rachid, « L'exception d'inconstitutionnalité au Burkina Faso », Mémoire de Master, Université Thomas SANKARA, 2020.

B- L'améliorabilité de la prise en compte constitutionnelle du genre.

Elle passe par une prise en compte considérable de l'égalité de genre à travers l'affermissement de sa constitutionnalisation d'une part (1), une meilleure garantie de ladite égalité d'autre part (2).

Page | 82

1- Une constitutionnalisation affermie de l'égalité de genre.

L'analyse synthétique des instruments juridiques encadrant l'égalité de genre, la présente comme un principe constitutionnel¹⁰⁶ et un droit humain fondamental. Ainsi, la constitutionnalisation sus évoquée impose une clarté à la fois du statut normatif de l'égalité de genre perçue comme un principe (a), mais aussi de la justiciabilité et la force exécutoire de ladite égalité vue comme un droit (b).

a- La clarté du statut normatif du principe d'égalité de genre

De manière générale, les constitutions des Etats de la présente étude incorporent l'ensemble de valeurs dans les devoirs de l'État en termes généraux ou dans les différentes dispositions relatives à la détermination du mandat et des fonctions des branches du gouvernement. Toute chose qui ne contribue pas à la clarté du statut normatif des principes constitutionnels à l'instar de l'égalité de genre. Afin de rompre avec cette pratique, il est important que ces constitutions précisent clairement que lesdits principes confèrent ou non des droits et par conséquent, sont justiciables ou pas.

Rappelons que les principes sont des principes indicatifs lorsqu'ils ne sont pas directement contraignants ou justiciables¹⁰⁷. Toutefois, du fait de leur fondamentalité, les juridictions ont le droit d'en tenir compte dans l'interprétation et l'application des dispositions de la Constitution ou de toute autre loi. Elles peuvent également les prendre en considération pour déterminer la validité des décisions de l'exécutif ainsi que lors de l'interprétation des dispositions de la Constitution¹⁰⁸.

A contrario, un principe directeur impose à l'État l'obligation de veiller à ce que ce principe soit intégré dans les politiques de l'État. Il peut également avoir une certaine importance lorsque les tribunaux nationaux ou d'autres organes juridictionnels interprètent les lois et statuent sur les

¹⁰⁶ ASSIA JAMAI, *Le principe d'égalité homme-femme : analyse critique de l'influence du système juridique français sur le système juridique tunisien*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Aur, 2022, 480 p.

¹⁰⁷ Voir TRIER-HANSEN Thomas et al. , *La protection constitutionnelle des droits de l'homme*, Op. Cit, p. 14 ; lire la Constitution de la République de Sierra Leone de 1991 ; la Constitution du Malawi.

¹⁰⁸ Cf. Les articles 13 et 14 de la Constitution du Malawi.

questions qui leur sont soumises. En ce sens, ce principe a plus ou moins le même statut que le préambule. Si le texte de la Constitution fait référence à un autre texte juridique (une convention, un instrument national, etc.), la base normative des principes fondamentaux est clairement établie¹⁰⁹. Les principes directeurs sont devenus indispensables pour comprendre et interpréter le contenu et le sens des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution comme ce fut le cas en Inde¹¹⁰. Ceci illustre une approche de l'interprétation constitutionnelle fondée sur les valeurs et qui contribue efficacement à la protection des droits de l'homme. D'ailleurs, le Tribunal constitutionnel de l'Espagne, dans sa décision N°176/2011 du 8 Novembre 2011 a déclaré une loi inconstitutionnelle, parce que cette loi, entre autres, ne respectait pas les principes énoncés dans les articles 1 (1) et 9 (1) de la Constitution.

Sur la base de ces assertions, les constituants des Etats de l'étude actuelle gagnerait à clarifier cette situation. Il en est de même de la justiciabilité et de la force exécutoire du droit à l'égalité de genre.

b- La clarté sur la justiciabilité et la force exécutoire du droit à l'égalité de genre

Savoir si un droit protégé par la constitution est auto-exécutoire et applicable dépend de sa formulation, c'est à dire de savoir si la norme énoncée est suffisamment claire pour servir de base à un tribunal pour l'appliquer. En effet, pour qu'un tribunal puisse statuer sur une affaire, la règle en question doit être assez précise et ne laisser aucun doute sur la question de savoir qui est le détenteur du droit et qui est le porteur du devoir. Il est donc important que les différents constituants évoqués ci-haut puissent intégrer cette nécessité de clarté qui pèse sur les dispositions constitutionnelles. Ainsi, autant la protection réelle et efficace, que le respect et la promotion des droits de l'homme sont plus susceptibles d'être assurés si les dispositions constitutionnelles sont clairement formulées et permettent aux citoyens de les invoquer directement devant les tribunaux.

¹⁰⁹ Si un principe fondamental se réfère uniquement, au respect des droits de l'homme reconnus internationalement, le contenu réel de ce principe est incertain. Par ailleurs, si le principe fondamental se réfère par exemple à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, les normes peuvent effectivement être dérivées de cet instrument.

¹¹⁰ La Cour Suprême de l'Inde, dans l'affaire Olga TELLIS v Bombay Municipality Corporation, qui a fait l'objet d'une décision le 10 Juillet 1985, au paragraphe 33 décide : « ... les Principes contenus dans les Articles 39 (a) et 41 doivent être considérés comme tout aussi fondamentaux dans la compréhension et l'interprétation du sens et du contenu des droits fondamentaux. S'il y a une obligation pour l'État de garantir aux citoyens des moyens adéquats de subsistance et le droit au travail, ce serait du pur pédantisme que d'exclure le droit aux moyens de subsistance du contenu du droit à la vie. L'État ne peut pas, par la discrimination positive, être contraint à fournir des moyens suffisants de subsistance ou du travail pour les citoyens. Mais, toute personne qui est privée de son droit d'assurer sa subsistance, sauf conformément à une juste et équitable procédure établie par la loi, peut contester la privation comme contrevenant au droit à la vie conféré par l'Article 21... »

De surcroît, il a été souligné que le droit à l'égalité de genre induisait aussi les droits économiques, sociaux et culturels dont la justiciabilité et la force exécutoire ont longtemps été remises en question. Aujourd'hui, l'affirmation selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas justiciables est contestée et, plus généralement, en voie d'être abandonnée¹¹¹. En effet, les juridictions nationales sont de plus en plus engagées dans l'évaluation du contenu de ces droits et l'ONU a adopté en 2008 un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels permettant aux États parties de reconnaître la compétence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en matière d'examen des plaintes émanant de particuliers. Le protocole apparaît comme une confirmation de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels. La disposition relative aux droits fondamentaux individuels doit en outre être auto-exécutoire afin d'être directement applicable. Il incombe aux tribunaux ou tout autre organisme juridictionnel de déterminer si un droit est auto-exécutoire. Fort de ces assertions, il est essentiel que le droit fondamental concerné soit clair et précis, afin de permettre aux juridictions de le reconnaître comme auto-exécutoire et directement applicable. Sinon, il est nécessaire de convertir les dispositions en droits réels par le biais d'autres mesures législatives¹¹².

A l'évidence, une meilleure constitutionnalisation de l'égalité de genre serait incomplète sans une garantie améliorée.

2- Une garantie méliorative de l'égalité de genre

La protection de l'égalité de genre se doit d'être améliorée afin d'assurer une prise en compte conséquente du genre au sein des États de l'Afrique noire francophone. Elle implique un apport novateur de la sphère non juridictionnelle (a), et une véritable implication des organes juridictionnels (b).

a- Un apport novateur de la sphère non juridictionnelle dans la protection de l'égalité de genre

Les organes non juridictionnels intervenant dans la protection de l'égalité de genre sont à la fois externes et internes. Sur le plan externe, il est important que les actions des institutions sus

¹¹¹ TRIER-HANSEN Thomas et al. , *La protection constitutionnelle des droits de l'homme*, Op. Cit, p. 20.

¹¹² *Ibid.*

évoquées soient accompagnées de contraintes ou sanctions à l'égard des contrevenants. Ceci mettrait une pression incidente sur les décideurs des différents Etats de la présente étude.

En interne, la combinaison des trois index d'évaluation du genre, fait ressortir plusieurs grands axes d'intervention des structures non juridictionnelles. Rappelons au préalable que l'Index de l'Écart Global de Genre 2021 (Gender Global Gap Index) du Forum Économique Mondial, considère quatre domaines (la participation et les opportunités au niveau économique ; les résultats en éducation ; la santé et la survie ; et l'autonomisation politique)¹¹³. Quant à lui, l'Index de l'Inégalité de Genre du PNUD (IIG)¹¹⁴, combine des indicateurs de santé sexuelle et reproductive, éducation, participation politique et économique. Concernant le dernier et non des moindres, l'index SIGI (Social Institution Gender Index)¹¹⁵ de l'OCDE, considère cinq aspects : la discrimination des femmes et des filles au niveau du droit de la famille ; l'intégrité physique ; la préférence pour les garçons (la discrimination des filles dans l'éducation, le travail des mineurs et le droit à la naissance) ; et le droit à la terre et aux autres biens. Il est donc fondamental que les structures internes aux Etats tels que les organes constitutionnels, les autorités administratives indépendantes et la société civile mettent un accent sur la valorisation du genre dans ces zones d'interventions ciblées.

Ces actions sont consolidées par une véritable implication des juridictions dans la protection de l'égalité de genre.

¹¹³ Le "Global Gender Gap Index" est la combinaison de 4 sous-index : i- sur la participation et les opportunités économiques, qui résulte de 4 indicateurs (qui mesurent le rapport femmes/hommes de : la population économiquement active ; le salaire moyen pour des travaux similaires ; le revenu moyen estimé ; et le rapport au niveau des cadres) ; ii- sur les résultats en éducation (qui combine 4 indicateurs sur la proportion féminine/masculine du taux d'alphabétisation et des taux nets d'enregistrement au primaire, secondaire et tertiaire) ; iii- sur la santé et la survie (avec la combinaison de la proportion filles/garçons à la naissance et de la proportion femmes/hommes de l'espérance de vie en bonne santé) ; iv- sur l'autonomisation politique (qui combine trois indicateurs sur la proportion femmes/hommes des sièges occupés au parlement ; au niveau des ministres ; au niveau du nombre d'années, au cours des dernières 50 années, où il y a eu un premier ministre homme/femme. Voir http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf consulté le 06 mai 2025.

¹¹⁴ L'Index de l'Inégalité de Genre est mesuré seulement pour 162 pays. L'IIG mesure les inégalités de genre sur trois aspects : la santé reproductive, mesurée par le taux de mortalité maternelle et le taux de fertilité des adolescentes ; l'autonomisation, mesurée par la part de sièges parlementaires occupés par des femmes et la part de femmes et d'hommes adultes âgés de 25 ans et plus ayant atteint au moins un niveau d'éducation secondaire ; le statut économique, exprimé en participation au marché du travail et mesuré par le taux d'activité de la population active chez les femmes et les hommes âgés de 15 ans et plus. L'IIG plus récent est du 2019. (Voir <http://hdr.undp.org/en/content/gender-inequality-index-gii>) consulté le 06 mai 2025.

¹¹⁵ Voir <http://www.genderindex.org> consulté le 06 mai 2025.

b- Une implication réelle du bloc juridictionnel de protection de l'égalité de genre

Parlant des organes juridictionnels, les points d'amélioration sont les mêmes. Il est question du domaine de compétence, de la saisine et de l'exécution des décisions.

S'agissant du domaine de compétence, les autres Etats de la présente étude gagneraient à s'arrimer à l'ingénierie des constitutions du Bénin¹¹⁶ et du Gabon, qui ont ajouté que leur Cour constitutionnelle respective est compétente pour contrôler la constitutionnalité des actes de l'exécutif portant atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques¹¹⁷. En effet, il est essentiel que le champ de compétences du juge constitutionnel soit élargi pour lui permettre de jouer le rôle d'instance régulatrice de l'Etat de droit et de la démocratie que les juridictions constitutionnelles similaires jouent dans beaucoup d'autres pays de la région. Sans attendre une telle réforme constitutionnelle, il est hautement recommandé au juge constitutionnel d'adopter une approche évolutive qui permette « *une interprétation dynamique de sa compétence* »¹¹⁸. Il assurerait ainsi une garantie méliorative des libertés fondamentales ainsi que le respect de l'organisation des pouvoirs publics en tenant compte des évolutions sociales pour les freiner, les rectifier ou les accélérer »¹¹⁹.

Concernant la saisine du juge constitutionnel, son importance n'est plus à démontrer. Hans KELSEN disait à cet effet : « *La question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution* »¹²⁰. Au regard de son caractère déterminant, la saisine du juge constitutionnel devrait s'étendre de manière directe aux citoyens. Une saisine directe permettrait considérablement de faire évoluer la prise en compte et le respect de l'égalité de genre. A l'instar des cours constitutionnelles des Etats de la région, la faculté de saisir le conseil devrait être étendue aux représentants d'institutions autres que la présidence de la République et le parlement, ainsi

¹¹⁶ La Constitution béninoise décrit de manière exhaustive les différents mécanismes d'opérationnalisation du contrôle de constitutionnalité. Voir les articles 117 et 121 pour ce qui est du contrôle a priori et l'article 122 pour ce qui est du contrôle par voie d'action et par voie d'exception

¹¹⁷ MOUDOU DOU Placide, « Réflexions sur le contrôle des actes de l'exécutif par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, n°13, 2012, p. 68.

¹¹⁸ "Le juge est un petit personnage dont la puissance – protéger les personnes – est inconnue." On pourrait ainsi sous-titrer les douze séances du formidable cours magistral du Pr. Marie-Anne Frison-Roche. « La bouche de la loi nous rend visite », in *Le Parvenu, Journal du Campus européen franco-allemand de Science Po Paris à Nancy*, Edition d'Avril 2013.

¹¹⁹ GOHIN Olivier, *Droit Constitutionnel*, Paris, LexisNexis, Litec, Manuel, 2010, p. 1422.

¹²⁰ KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 245.

qu'aux organisations non gouvernementales, voire aux citoyens, pour démocratiser la justice constitutionnelle¹²¹. En effet, il est d'une importance cruciale que la juridiction constitutionnelle fasse preuve de pédagogie pour donner l'occasion aux particuliers d'accéder au prétoire de sa juridiction pour défendre, en personne le sort de leurs droits et libertés¹²². On le sait, l'accès du citoyen au prétoire de la juridiction constitutionnelle met en œuvre l'idée même de promotion des droits fondamentaux, de légitimation de l'Etat et de promotion de la Constitution au service du peuple¹²³.

De plus, il faudra vulgariser la saisine indirecte au moyen de l'exception d'inconstitutionnalité. Rappelons que cette technique est un moyen de défense susceptible d'être utilisé par le justiciable en cours de procès¹²⁴. Ce mécanisme autrement appelé « *technique de renvoi préjudiciel d'une question de constitutionnalité réalise sous certains aspects un progrès de l'État de droit* »¹²⁵. Par ce procédé, les citoyens peuvent obtenir une mise en œuvre effective de la garantie protectrice des droits fondamentaux reconnus par la Constitution¹²⁶.

Par ailleurs, il serait souhaitable de permettre à la plus haute juridiction en matière constitutionnelle de s'autosaisir comme c'est le cas au Burkina Faso¹²⁷.

Quant à l'application des décisions du juge constitutionnel, le constituant de chaque Etat concerné par la présente étude a tenu à préciser que les décisions de la Cour constitutionnelle sont insusceptibles de recours. Par conséquent, elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et à toutes les personnes physiques et morales. Par

¹²¹ SARR Babacar, « La garantie de la protection des droits humains par le juge constitutionnel », *Afrilex*, 2016, p. 39.

¹²² SAMBA – VOUKA Maria – Nadège, « La saisine des juridictions constitutionnelles : étude à partir de la jurisprudence des Etats d'Afrique noire francophone », *RAMres*, 2023, p. 282.

¹²³ VERDUSSEN Marc, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative », in F. DELPERE (Sous la direction de), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Bruxelles, Economica, Bruylant, 1991, p. 155.

¹²⁴ Lire NDIAYE Mbacké Cheick, « La procédure de l'exception d'inconstitutionnalité au Sénégal : la pratique du Conseil Constitutionnel », *Op. Cit.*, p. 1-15. ABDOU BOKAR ABDOU Abdoul Rachid, « L'exception d'inconstitutionnalité au Burkina Faso », *Mémoire de Master*, Université Thomas SANKARA, 2020. ATANGANA AMOUGOU Jean-Louis, « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais », *annuaire international de justice constitutionnelle*, 2004, pp. 45-63. NGUEMA Germain, « Traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour de Cassation du Gabon », *ASJP*, vol 4, n°1, 2018, pp. 91-94.

¹²⁵ Voir Décision n°16/95 portant Affaire n°1/C/95, Renvoi à la Cour de cassation d'une exception d'inconstitutionnalité, Observations par Ismaïla M. FALL, *Les décisions et avis du CC du Sénégal*, Crédila 2008, p. 121-124

¹²⁶ Lire YANKHOBIA NDIAYE Isaac, « L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen », *Actes_6e_Congres-Marrakech-BAT.indd*, Juillet 2015, pp. 35-44.

¹²⁷ Voir Décisions 2022-003/CC et 2022-004/CC du 08 février 2022. Lire DUMONT Lorraine, « L'autosaisine du juge constitutionnel : retour sur le cas du Burkina Faso », *RIDC*, 2022/4 74^e année, pp. 843-854.

conséquent les décisions de la Cour ont un effet erga Omnes. Toutefois, il serait très utile d'y ajouter des moyens de contrainte afin que ses décisions soient respectées.

Conclusion

Les discriminations contre les femmes ont traversé les générations. Elles l'ont été aussi grâce au droit, venu à la rescousse de ce qui était déjà un phénomène culturel. Mais progressivement, l'on assiste à une reconversion du droit, sorte d'humanisme juridique en faveur de la reconsidération de la condition féminine, devenue une préoccupation universelle centrée sur la problématique du genre. A l'opposé de la perception commune du genre qui renvoie généralement aux deux composantes de l'espèce humaine, cette étude s'articule autour de la définition du Conseil de l'Europe adoptée le 7 avril 2011 la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Pour elle, « *le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* »¹²⁸. La notion de genre s'entend donc comme toute construction socio-culturelle et psychologique des rôles masculins et féminins, ainsi que des rapports entre les hommes et les femmes. Par conséquent, il est aisé d'affirmer que le genre ne se réfère ni à la femme, ni à l'homme en soi, ni au sexe, mais aux rapports qui existent entre eux. Le droit, à travers la Constitution se positionne comme l'instrument adéquat de représentation d'un idéal, celui de l'intégration des femmes pour une égalité substantielle dans leurs rapports avec les hommes. Le droit qui hier favorisait le déséquilibre, devient un promoteur et protecteur de l'équilibre de genre. En Afrique noire francophone, cette prise en compte juridique repose sur l'idéal égalitaire de genre sanctifié dans les textes, doublée de l'édification d'une approche genre dénotant la nécessité d'une égalité non plus seulement formelle, difficilement réalisable dans les faits, mais d'une égalité substantielle du genre dont le processus de réalisation repose notamment sur la systématisation d'une discrimination positive en faveur de la femme.

¹²⁸ Cf. article 3 de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique

Approche analytique et critique de la Résolution 2773 du Conseil de sécurité de l'ONU sur la situation sécuritaire en RDC

Analytical and critical approach to UN Security Council Resolution 2773 on the security situation in the DRC

Page | 89

Par:

AMISI LUPIA Patrick

Chef de Travaux à la faculté de droit de l'Université de Kindu

Avocat près la Cour d'appel de Kinshasa/MATETE

Apprenant en DES/DEA à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, département de droit international public et relations internationales

LUKENGU KANKINDA Djibril

Avocat près la Cour d'appel de Kinshasa/MATETE

Apprenant en DES/DEA à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, département de droit international public et relations internationales

Résumé :

L'article met en lumière la faiblesse de la résolution 2773 du conseil de sécurité de l'ONU sur la situation sécuritaire en RDC, par une démarche faisant fi aux situations globales liées au conflit et de son recul face à la persistance ingérence Rwandaise. De ce constant, la résolution gagne en moins en termes d'appréciation sur terrain. En outre, l'analyse nous démontre que cette résolution souffre d'une anémie hémolytique, teintée d'une pertinence politique déséquilibrée, les Etats courent cependant aux autres procédés pour trouver solution au différend. Pourtant, tout cela ne doit pas formuler une opinion à nier les efforts que manifeste le conseil de sécurité de l'ONU à instaurer une paix durable dans l'Est au regard des autres résolutions qui furent un succès. Mais l'accent convient d'être mis sur les obstacles vifs que cet organe principal des Nations-Unies fait face dans le cadre de ses missions des opérations de maintien de paix pour la situation dans l'Est de la RDC et partout ailleurs.

Mots clés : Résolution, Conseil de sécurité, Agression, République démocratique du Congo, Rwanda, M23

Abstract:

This article highlights the weakness of UN Security Council Resolution 2773 on the security situation in the DRC, through its approach that ignores the broader context of the conflict and its retreat in the face of persistent Rwandan interference. This constant, however, leaves the resolution less valuable in terms of on-the-ground assessment. Furthermore, the analysis shows that this resolution suffers from hemolytic anemia, tinged with unbalanced political relevance, while states are nevertheless resorting to other means to resolve the dispute. However, all this should not lead to a denial of the efforts made by the UN Security Council to establish lasting peace in the East compared to other successful resolutions. Rather, the focus should be on the significant obstacles this principal organ of the United Nations faces in its peacekeeping missions for the situation in the eastern DRC and elsewhere.

Keywords: Resolution, Security Council, Aggression, Democratic Republic of Congo, Rwanda, M23

Introduction

La République Démocratique du Congo est victime de la théâtralisation des violences armées et est considérée comme un terroir dramatique des conflits armés, en ce sens qu'elle a subi et subit en recrudescence des attaques et insurrections subintrantes des armées étrangères et des milices rebelles internes, qui, des fois soutenus par certains pays voisins à la RDC. On estime que ces conflits armés, avec leur lot quotidien de combats, de massacres, d'exécutions sommaires, de crimes sexuels, de réfugiés et déplacés internes, d'offensives et de contre-offensives, ont fait plus des milliers des victimes directes et indirectes depuis¹ leur recrudescence. L'ampleur et le caractère prolongé de ces conflits ont poussé certains auteurs à les qualifier sans gants en mains de la « grande guerre africaine ».

Page | 91

Aujourd'hui, on dénombre plus de 100 groupes armés qui opèrent dans l'Est de la RDC. Ils se disputent le contrôle des territoires et pillent les richesses naturelles pour leurs intérêts. Parmi ces groupes, il y a le M23, qui, déjà en 2012, avait le contrôle effectif du territoire de Rutshuru et Goma. Défait en 2013, le M23 a connu sa résurgence en 2022 où il a commencé à mener une série d'offensives fulgurantes, s'emparant d'une grande partie du Nord et du Sud-Kivu par le contrôle de deux villes : Goma et Bukavu.

Suite à l'escalade des conflits ayant entraîné plusieurs violations des droits humains et du droit international d'une part, et d'autre part qu'il fut établi que le M23 bénéficie le soutien du Rwanda, que le Conseil de sécurité de l'ONU, à qui revient la mission principale de maintenir la paix et la sécurité internationales ait intervenu dans cette situation-conflit.

Ainsi, par sa résolution 2773 du 21 février 2025, le Conseil décide que le M23 doit se retirer de Goma, de Bukavu et de toutes les zones contrôlées, et démanteler dans leur intégralité les administrations parallèles illégitimes mises en place sur le territoire de la RDC. Il demande également à la Force de défense rwandaise (RDF) de cesser de soutenir le M23 et de se retirer immédiatement du territoire de la RDC, sans conditions préalables.

Tout en exprimant son appui aux efforts déployés par le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine ainsi que par la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) et la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) pour faire cesser les combats, le Conseil demande à

¹ BOYLE (D.) et CARLENS (D.), *République démocratique du Congo : Recommandation pour une Cour spécialisée mixte, indépendante et efficace*, Paris, Ed. Française, 2012, p. 1.

ces entités de collaborer étroitement avec la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en RDC (MONUSCO) concernant l'application du cessez-le-feu.

Le Conseil engage vivement la RDC et le Rwanda à reprendre d'urgence et sans conditions préalables les pourparlers diplomatiques afin de parvenir à un règlement durable et pacifique du conflit. Il réaffirme à cet égard le rôle essentiel que jouent les processus de Luanda et de Nairobi et plaide pour leur harmonisation.

Page | 92

Appel fait à la neutralisation des FDLR et menace de nouvelles sanctions condamnant par ailleurs l'appui apporté par les forces militaires de la RDC à certains groupes armés, en particulier les Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR), le Conseil demande qu'il y soit mis fin et que les engagements visant à neutraliser ce groupe soient honorés d'urgence. En outre, il exprime sa volonté d'envisager de nouvelles sanctions contre les personnes qui contribuent à la poursuite du conflit dans l'est de la RDC.

Le Conseil demande à toutes les parties d'ouvrir d'urgence des couloirs humanitaires temporaires dans le Nord et le Sud-Kivu pour permettre le réapprovisionnement en articles essentiels et la circulation sans entrave et en toute sécurité des civils, notamment des travailleurs humanitaires. À cette fin, il exige que l'aéroport de Goma soit rouvert immédiatement et que l'aéroport de Kavumu et les points de passage frontaliers restent ouverts pour permettre le passage volontaire et en toute sécurité des civils.

Enfin, s'agissant de l'exploitation et du commerce illicites des ressources naturelles dans l'est de la RDC, la résolution invite à redoubler d'efforts pour restreindre l'étiquetage illégal et garantir la transparence et la traçabilité des exportations de minerais.

Un texte positif mais tardif pour la RDC, fruit de pressions pour le Rwanda. « Ce que vous venez de faire aujourd'hui, c'est ce que nous étions en droit d'attendre du Conseil de sécurité depuis le 26 janvier dernier », a réagi la délégation de la RDC, non sans regretter qu'il ait fallu plus de trois semaines à l'organe pour « réunir l'unanimité ». Dans l'intervalle, la paralysie momentanée du Conseil a « laissé libre cours à la poursuite de l'occupation illégale de territoires de la RDC par le Rwanda et ses supplétifs du M23 », a-t-elle déploré en rappelant le coût humain payé par la population congolaise dans l'est du pays. Elle a cependant remercié tous les membres du Conseil, notamment les A3 (Algérie, Sierra Leone et Somalie) « sans lesquels la résolution n'aurait pu être adoptée par consensus ». La résolution du conseil est une victoire pour la

République démocratique du Congo d'autant plus que le défi de longue à haleine fut d'arracher la condamnation obtenue.

La résolution 2773, adoptée le 21 février 2025 condamne directement le Rwanda pour son soutien à l'offensive du M23 dans l'est de la République démocratique du Congo et réclamait le retrait « immédiat » de ses troupes. Cette résolution appelle également le M23 à cesser les hostilités en RDC et le Rwanda à mettre fin à son soutien au M23.

Page | 93

L'application de cette résolution est présentée, par des analystes comme l'une des solutions pour stabiliser la partie Est de la RDC. Le retrait des troupes rwandaises qui soutiennent le M23 est la première option à lever. Il impliquerait, notamment les analystes congolais, une réduction sensible des effectifs de ce mouvement rebelle.

La résolution 2773 exige aussi la cessation des hostilités et invite toutes les parties à conclure un cessez-le-feu. Elle appelle au retrait immédiat du M23 de Goma, de Bukavu et de toutes les zones contrôlées.

Cette deuxième injonction devrait permettre aux populations asphyxiées par l'absence des services bancaires à récupérer des liquidités, estiment ces analystes.

La résolution du Conseil de sécurité soutient le processus de Luanda et de Nairobi et recommande la RDC et le Rwanda à reprendre sans conditions les pourparlers pour une solution politique et diplomatique à cette crise. Elle prévoit aussi des mesures pour lutter contre l'exploitation illégale des minerais, qui finance les groupes armés.

Les membres du Conseil ont condamné en outre le trafic systématique des ressources naturelles dans l'Est de la RDC. Ils appellent à restreindre l'étiquetage illégal et assurer la transparence et la traçabilité des exportations de minéraux.

A cette fin, le Conseil exhorte toutes les entreprises opérant dans le secteur minier à mettre en œuvre le Mécanisme régional de certification de la Conférence internationale sur la région des Grands Lacs.

Cette pression pourrait faire subir des pertes au mouvement rebelle et à ses soutiens. A Beni, Jean-Pierre Lacroix appelle au respect de l'intégrité territoriale de la RDC. Les limites de la mise en œuvre de la résolution 2773 du Conseil de sécurité de l'ONU exigeant le retrait des troupes rwandais. Il y a lieu de souligner que la résolution est validée qu'avec le respect des règles.

L'occupation toujours des villes de Goma et de Bukavu par les rebelles appuyés par le Rwanda remet en cause l'intérêt de la résolution du conseil de sécurité des nations unies.²

De nos jours, le président de la République serait soumis à la procédure diplomatique avec les Etats Unis. Un déploiement qui démontrait l'inefficacité de la résolution du conseil de sécurité. Page | 94

La tendance immédiate est de douter de la force obligatoire de la résolution du conseil de sécurité en faveur de la République démocratique du Congo.

Une réalité qui nous pousse à spéculer sur l'importance de collaborer avec le conseil au sens du droit international classique. La diplomatie semble emporter la portée de droit international public. La démarche avec l'implication des États unis revêt un caractère politique non juridique. Une approche qui appuie l'argument du conseil de sécurité, un organe fort des nations au nom du droit international.³

Toutefois, pour éviter de présenter les affirmations gratuites, il est d'une nécessité de formuler les questions qui vont nous permettre de mener une étude pertinente à l'issue de laquelle des réponses adéquates soient au rendez-vous.

La méthode exégétique est utilisée afin d'expliquer clairement la question de notre étude en droit. Nul n'ignore qu'en droit international, il n'y a pas de vertu mais plutôt des intérêts. La République démocratique du Congo ne peut vouloir demeurer dans la structure des nations unies sans intérêt.

La résolution de conseil des Nations-Unies ne produit pas des effets pratiques. Il nous est contraint d'analyser avec pertinence le cadre de fonctionnement de conseil de sécurité en vue de mieux assoir notre préoccupation.

La technique documentaire est considérée dans la perspective de prouver la source de nos arguments avec précisions.

² THIERRY, *La résolution du conflit de l'Est de la République démocratique du Congo par le conseil de sécurité*, Édition les universités au Congo, Kinshasa, 2025, p.67.

³ S. BULA BULA, Notes de cours de droit international public, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2017 à 2018, p.60.

I- LA PROCEDURE D'ELABORATION DE LA RESOLUTION DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

Il est intéressant de reprendre en synthèse le processus de la formation d'une résolution de conseil de sécurité des nations unies. Une page de découverte et d'éclaircissement de lanterne des lecteurs. Pour ce faire, deux sections vont devoir souder cette étape. Page | 95

A- Les étapes d'élaboration de la résolution du conseil de sécurité

Les procédés d'élaboration de la résolution sont tracés et verrouillé conformément à la doctrine dominante. Dès lors que les textes internationaux les reprennent.⁴

Les décisions du Conseil de sécurité des Nations unies existent sous la forme des résolutions. Elles ont pour vocation d'apporter une solution à un problème concernant le maintien de la paix et de la sécurité internationale.⁵

Il est attribué à la résolution du conseil de sécurité des nations unies une force contraignant de par sa définition la résolution de Conseil de sécurité des Nations unies est un texte ayant une valeur juridique contraignante, contrairement à une résolution de l'Assemblée générale. Elle est consacrée dans le droit international par l'article 25 de la Charte des Nations unies : « Les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte.⁶

La résolution est un terme employé à l'origine dans la Charte des Nations unies est « décision .le terme « résolution » ne figurant nulle part dans ce texte. Le mot est un anglicisme. La Charte (article 27) fait une distinction entre deux types de décision : les décisions sur les questions de procédures et les décisions sur toutes autres questions. Dans l'usage courant, les résolutions sont les « décisions sur toutes autres questions » (article 27 alinéa et 3) de la charte des nations unies généralement prévues dans les chapitres VI (Règlement pacifique des différends), VII (Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression) et VIII (Accords régionaux) de la Charte des Nations unies.

⁴ BASUE BABU KAZADI, *Vie internationale*, Edition les universités au Congo, Kinshasa, 2016, p.45.

⁵ KALINDJE, Notes de cours de droit public international, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2018 à 2020, p.60.

⁶ MUKONDE, Notes de cours de droit public international, Faculté de Droit, UPC, Kinshasa, 215 à 2016, p.40.

La résolution, au sens où on l'emploie pour l'ONU, désigne donc toute décision concernant les points précisés dans la Charte qui ne ressortissent pas :

- aux compétences propres au Conseil de sécurité concernant son fonctionnement interne,
- aux compétences propres aux organes des Nations unies, autres que le Conseil de sécurité (notamment celles fixant leurs règlements internes),
- aux points dévolus à certains conseils, organisations et agences rattachés à l'ONU.

Page | 96

En effet, le Conseil de sécurité n'est pas le seul organe des Nations unies à prendre des décisions communément appelées « résolutions ». Certaines décisions de l'Assemblée générale, d'un organe subsidiaire de l'Assemblée générale ou de toute autre organisation sont également appelées « résolutions ».⁷

B- Procédure d'élaboration de la résolution de conseil de sécurité des nations unies

Il est impératif dans ce paragraphe donner la procédure d'élaboration d'une procédure. L'élaboration d'une résolution est souvent un long chemin. Elle est en général une solution à un problème que le Conseil de sécurité soulève lui-même ou qui lui est soumis par le secrétaire général, par l'assemblée générale ou par un État membre de l'ONU. Elle définit les actions à entreprendre pour résoudre ce problème. Il peut donc s'écouler plusieurs mois avant qu'un projet de résolution ne soit rédigé, discuté, voté puis appliqué.

Les projets de résolution, les amendements et les propositions de fond sont en principe soumis aux représentants par écrit, selon l'article 31 du règlement intérieur du Conseil de sécurité. Dans la conduite des débats au Conseil, les propositions principales et les projets de résolution ont priorité dans l'ordre où ils sont présentés. Seuls peuvent alors venir en priorité les suspensions ou ajournements de séance, le renvoi à une commission, au secrétaire général ou l'introduction d'un amendement.

L'initiative d'un projet ou d'une proposition de résolution échoit aux membres du Conseil de sécurité, permanents et non permanents. En revanche tout membre des Nations unies convié à participer aux débats du Conseil de sécurité au titre de l'article 32 de la Charte peut présenter des

⁷ B. BANZELYNO GIANZ, *Introduction de l'étude du droit public*, Edition l'Harmattan, Paris, 2020, p.19.

propositions et des projets de résolution. Mais ils ne seront mis aux voix qu'à la demande d'un des membres du Conseil.

Même si un projet (ou une proposition) de résolution n'est soutenu que par une minorité de membres du Conseil de sécurité, rien ne peut empêcher le ou les auteurs du projet d'aller jusqu'au vote. Par ailleurs, il peut être retiré à tout moment, tant qu'il n'a pas été mis aux voix. Malgré tout, un membre qui aura appuyé le projet pourra demander qu'il soit soumis à un vote, faisant sien le projet de résolution et bénéficiant du même tour de priorité que si leur auteur ne l'avait pas retiré. Enfin, si un projet fait l'objet de plusieurs amendements, le président du Conseil déterminera l'ordre dans lequel ils seront soumis au vote. Au fil des années, une pratique tacitement acceptée s'est imposée : des amendements qui s'éloignent le plus du projet original à ceux qui en sont le plus proche.

- Soumission d'une question au Conseil de sécurité
- Plusieurs types de résolution
- Structure d'une résolution
- Adoption d'une résolution

Le vote d'une résolution du Conseil de sécurité répond à quelques règles. Celles-ci sont régies par l'article 27 de la Charte des Nations unies.

Pour toutes les autres questions hors questions de procédures, la résolution doit être approuvée par au moins neuf membres du Conseil (permanents ou non) sans qu'il n'y ait de vote négatif de la part des cinq membres permanents (droit de veto).

Si la décision touche à des questions de procédures, au moins neuf membres du Conseil (permanents ou non) doivent voter en sa faveur pour qu'elle soit acceptée. Les membres permanents ne peuvent pas exercer leur droit de veto.⁸

Les quelques lignes autour de la résolution du conseil de sécurité des nations unies nous servent un grand support. Ainsi, la partie successive tient à reproduire la résolution récente du conseil de sécurité des Nations-Unies à l'égard de Rwanda.

⁸ BASUE BABU KAZADI, Op. cit., p.56.

C- La procédure d'élaboration de la résolution du conseil de sécurité des nations unies condamnant le Rwanda

Il nous semble réfléchi de reprendre les procédés sur l'élaboration de la résolution contre le Rwanda en quelques lignes.

Page | 98

À l'unanimité de ses membres, le Conseil de sécurité a adopté, cet après-midi, une résolution qui « condamne fermement » l'offensive menée par le M23 en République démocratique du Congo (RDC) et les avancées qu'il réalise dans les provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu avec le soutien de la Force de défense rwandaise. Présenté par la France, porte-plume sur le dossier congolais, le texte exige la cessation des hostilités, invite toutes les parties à conclure un cessez-le-feu et appelle au retrait immédiat du M23 et de ses alliés rwandais.

Par la résolution 2773 (2025), le Conseil décide que le M23 doit se retirer de Goma, de Bukavu et de toutes les zones contrôlées, et démanteler dans leur intégralité les administrations parallèles illégitimes mises en place sur le territoire de la RDC. Il demande également à la Force de défense rwandaise de cesser de soutenir le M23 et de se retirer immédiatement du territoire de la RDC, sans conditions préalables.

Tout en exprimant son appui aux efforts déployés par le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine ainsi que par la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) et la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) pour faire cesser les combats, le Conseil demande à ces entités de collaborer étroitement avec la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en RDC (MONUSCO) concernant l'application du cessez-le-feu.

Dans le même temps, le Conseil engage vivement la RDC et le Rwanda à reprendre d'urgence et sans conditions préalables les pourparlers diplomatiques afin de parvenir à un règlement durable et pacifique du conflit. Il réaffirme à cet égard le rôle essentiel que jouent les processus de Luanda et de Nairobi et plaide pour leur harmonisation.

Appel à la neutralisation des FDLR et menace de nouvelles sanctions condamnant par ailleurs l'appui apporté par les forces militaires de la RDC à certains groupes armés, en particulier les Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR), le Conseil demande qu'il y soit mis fin et que les engagements visant à neutraliser ce groupe soient honorés d'urgence. En outre, il exprime sa volonté d'envisager de nouvelles sanctions contre les personnes qui contribuent à la poursuite du conflit dans l'est de la RDC.

Le Conseil demande à toutes les parties d'ouvrir d'urgence des couloirs humanitaires temporaires dans le Nord et le Sud-Kivu pour permettre le réapprovisionnement en articles essentiels et la circulation sans entrave et en toute sécurité des civils, notamment des travailleurs humanitaires. À cette fin, il exige que l'aéroport de Goma soit rouvert immédiatement et que l'aéroport de Kavumu et les points de passage frontaliers restent ouverts pour permettre le passage volontaire et en toute sécurité des civils.

Enfin, s'agissant de l'exploitation et du commerce illicites des ressources naturelles dans l'est de la RDC, la résolution invite à redoubler d'efforts pour restreindre l'étiquetage illégal et garantir la transparence et la traçabilité des exportations de minerais.

Un texte positif mais tardif pour la RDC, fruit de pressions pour le Rwanda. « Ce que vous venez de faire aujourd'hui, c'est ce que nous étions en droit d'attendre du Conseil de sécurité depuis le 26 janvier dernier », a réagi la délégation de la RDC, non sans regretter qu'il ait fallu plus de trois semaines à l'organe pour « réunir l'unanimité ». Dans l'intervalle, la paralysie momentanée du Conseil a « laissé libre cours à la poursuite de l'occupation illégale de territoires de la RDC par le Rwanda et ses supplétifs du M23 », a-t-elle déploré en rappelant le coût humain payé par la population congolaise dans l'est du pays. Elle a cependant remercié tous les membres du Conseil, notamment les A3 (Algérie, Sierra Leone et Somalie) « sans lesquels la résolution n'aurait pu être adoptée par consensus ». Il ressort de ladite résolution une attitude communautaire.

II-ANALYSE ET CRITIQUE DE LA RESOLUTION DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES CONDAMNANT LE RWANDA

La condamnation de Rwanda ne produit pas d'effets réels. La négociation sous l'égide de président américain réunissant le président de la République démocratique du Congo et le président Rwandais portant sur la restauration de paix dans la partie orientale démontre combien ladite résolution demeure théorique.

Ce chapitre ouvre une brèche efficace autour de l'observation critique évoquée précédemment en vue d'apporter un remède adéquat.

A- Cadre de signature de l'accord de paix avec l'implication du président américain

Il nous est dû dans cette section de parler en résumé de l'accord signalé au souci de revenir sur ce qui a dit au départ. Une nouvelle étape du processus en cours pour la résolution du conflit dans l'est de la RDC a eu lieu ce vendredi 2 mai 2025 à Washington, une semaine après la signature

d'une déclaration de principes entre les ministres des Affaires étrangères, en présence du secrétaire d'État américain Marco Rubio. Kinshasa et Kigali étaient censées transmettre chacun, au plus tard ce 2 mai, des éléments devant figurer dans l'avant-projet d'accord de paix. Aucune communication n'a été faite par les deux délégations, qui travaillaient encore le soir du 2 mai sur leurs copies. Ce processus diplomatique, conduit en partie par Washington, est encore loin d'être terminé. C'est une étape dans un processus qui intègre au moins trois accords.

Le secrétaire d'État américain, Marco Rubio (au centre) entouré de la ministre des Affaires étrangères congolaise, Thérèse Kayikwamba Wagner (à gauche) et le chef de la diplomatie rwandaise, Olivier Nduhungirehe, le 25 avril 2025 à Washington.

Ce 2 mai marquait une phase importante pour tenter de résoudre le conflit dans l'est de la RDC, mais le processus est encore en cours.

B- Critique et perspectives

Il conviendrait dans cette de commencer par la critique et de clôturer par une requête de suggestions.

Nul n'ignore que le conseil de sécurité dispose les sanctions à l'encontre d'État qui viole les principes fondamentaux du droit international. Dans le cas présent, le Rwanda aurait violé le principe de la souveraineté des États et de l'intangibilité du territoire. Le fait pour le Rwanda d'occuper l'espace congolais sans le consentement de celui-ci et d'occuper en permanence ses parties nationales. Dans le cas présent, la résolution du conseil de sécurité aurait pu partir de sanctions concrètes conformément aux dispositions de la charte des nations.

Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

Afin d'empêcher la situation de s'aggraver, le Conseil de sécurité, avant de faire les recommandations ou de décider des mesures à prendre conformément à l'Article 39, peut inviter les parties intéressées à se conformer aux mesures provisoires qu'il juge nécessaires ou souhaitables. Ces mesures provisoires ne préjugent en rien les droits, les prétentions ou la position des parties intéressées. En cas de non-exécution de ces mesures provisoires, le Conseil de sécurité tient dûment compte de cette défaillance.

Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques.

Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'Article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationale. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies.

Toutes ces dispositions devaient être mises en pratique à l'encontre du Rwanda pour rétablir rapidement la paix dans l'est de la République démocratique. Ce conflit nécessite une intervention intimidatrice.

La résolution du conseil de sécurité ne devait pas être vue comme un avertissement mais plutôt une mesure coercitive effrayante.

La République démocratique du Congo doit toujours évoluer dans la perspective de demander les sanctions internationales à l'encontre du Rwanda.

Jusqu'à preuve du contraire, la situation sécuritaire demeure alarmante. Il conviendrait

Pour la République démocratique du Congo de continuer avec la diplomatie explosive à l'endroit du conseil de sécurité dans la perspective d'obtenir la condamnation effective. Tel en est la raison d'être de ce paragraphe.

L'article 52 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à 2011 justifie l'engagement de la République démocratique du Congo avec les Nations-Unies dont le conseil de sécurité fait office en tant qu'un organe principal. Tous les Congolais ont droit à la paix et à la sécurité, tant sur le plan national qu'international. Aucun individu ou groupe d'individus ne peut utiliser une portion du territoire national comme base de départ d'activités subversives ou terroristes contre l'Etat congolais ou tout autre Etat. Le concept sécurité internationale s'exerce qu'en des insuffisances des autorités compétentes nationales. Les autorités congolaises ont tâche

d'assurer la sécurité de toute population et de leur territoire. Pour ce faire, elles prennent des engagements internationaux dans l'optique de garantir ladite sécurité. Les limites des autorités nationales doivent être les forces des structures d'engagement. Le conseil de sécurité demeure dans un état de faiblesse aussi longtemps que la paix en République démocratique du Congo est critique. Les autorités nationales sont bloquées face à la situation imminente de la guerre de la partie orientale. D'où, le conseil, en vertu de son rôle de complémentarité doit porter main forte.

Conclusion

A l'issue de cet article, nous retenons que la résolution en cours ne considère pas les faits globaux du conflit de l'est et ne tient pas compte de la persistance du Rwanda dans ses actes illicites. Le conseil de sécurité aurait pris une résolution ressortie des sanctions internationales entre autres les sanctions économiques ou politiques conformément aux articles 39, 40, 41 et 43. L'appréciation actuelle de la résolution du conseil est négative.

Le processus de paix en cours avec l'implication du président américain démontre la faiblesse de ladite résolution. L'on aurait recouru à d'autres processus, si ladite résolution eut été efficace.

Ainsi, nous encourageons les autorités de la République à la poursuite de la démarche de diplomatique avec le conseil de sécurité.



La protection des données à caractère personnel face aux règles de preuve en procédure civile ivoirienne

Personal data protection and the rules of evidence in Ivorian civil procedure

Par: Page | 103

Moktar ADAMOU

Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Université de Parakou (Bénin)

bamoktar@yahoo.fr

Ruben Tahou GOULE

Doctorant en droit privé, Université Alassane Ouattara, Bouaké (Côte d'Ivoire)

rubentahou@yahoo.com

Résumé :

Le droit ivoirien de la preuve semble inconciliable avec la protection des données personnelles. Pourtant, la protection des données personnelles n'est pas absolue. Ainsi, la jurisprudence confronte la preuve et la protection de la donnée personnelle et tente de les concilier. Il est alors possible de dégager quelques principes dont certains restent encore incertains dans leur application.

Mots clés : protection des données, règles de preuve, procédure civile

Abstract:

Ivorian law of evidence appears irreconcilable with the protection of personal data. However, the protection of personal data is not absolute. Thus, case law confronts evidence and the protection of personal data and attempts to reconcile them. It is then possible to identify a few principles, some of which remain uncertain in their application.

Page | 104

Keywords: data protection, rules of evidence, civil procedure



Introduction

« La preuve est, inséparable de la décision judiciaire : c'en est l'âme, et la sentence n'est qu'une ratification »¹.

La formule ainsi posée met en perspective le rapport inextricable qui existe entre la preuve et le Droit². Celle-ci conditionne³ celui-là. Ce faisant, sans la preuve, le Droit perd de sa saveur. Comme tel, il est dit désarmé⁴. Or, l'avènement des TIC⁵ a considérablement bouleversé les règles et modes de preuve⁶ devant les juridictions civiles⁷. Dit autrement, les technologies numériques ont favorisé l'apparition d'outils, toujours plus sophistiqués et intrusifs, constituant de nouveaux vecteurs de collecte illicite de données d'identification des personnes physiques, c'est-à-dire de données à caractère personnel⁸. Les plaideurs sont, ainsi et de plus en plus, enclins d'invoquer de telles preuves, au mépris du droit à la vie privée, pour soutenir leurs prétentions en cours d'instance⁹. La réflexion ne pouvait donc rester insensible face à pareil bouleversement. « La protection des données à caractère personnel face aux règles de preuve en procédure civile », le sujet que voilà offre l'opportunité de mener l'analyse sur cette question source de contentieux¹⁰ en droit positif.

¹ (G) DE SAINT-EXUPERY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, Mémoire, Faculté de droit, 2012, p. 1.

² (H) ROLAND et (L) BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, n° 161, p. 312 : « La preuve double le droit comme l'ombre suit le corps ».

³ (S) GUINCHARD et (J) BUISSON, *procédure pénale*, édition LexisNexis, 8ème édition 2012, p. 287

⁴ (C) IBIKOUNLE, « La réflexion sur la preuve par enregistrement », *Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales*, No 40 Février 2023, p.345.

⁵ (C) MANGIN, *L'expression numérique du consentement contractuel*, Thèse de Doctorat, Université Toulouse Capitoul, 11 Mai 2020, p.13 ; (L) LARSEN BURGORGUE, « Les nouvelles technologies », *Pouvoir* n° 130, 2009, p.65 ; (M) MACIEL-HIBBARD, « Protection des données personnelles et cyber (in)sécurité », *Politique étrangère* 2018/2 (Été), p. 20

⁶ (G) LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD Civ.* 2017 p.1 ; (J) WHATELET, « Droit à la preuve et données à caractère personnel », *RLDI*, Numéro 204 - Juin 2023, p.37.

⁷ (G) LARDEUX, « Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, spéc. n°309.

⁸ (M) MACIEL-HIBBARD, « Protection des données personnelles et cyber(in)sécurité », *Politique étrangère* 2018/2 (Été), p. 20.

⁹ (G) LARDEUX, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », *D.* 2016. p. 96.

¹⁰ *CEDH* 18 oct. 2016, n° 61838/10, *Vukota-Bolic c/ Suisse*, spéc. nos 69 ; *CEDH* 13 mai 2008, *X. X. c/ Belgique*, n° 65097/01 ; *CEDH* 10 oct. 2006 ; *L. L. c/ France*, n° 7508/02 ; *CJUE* 18 déc. 2014, *CA Consumer Finance SA*, aff. C-449/13, *D.* 2015. 715.

Cependant, l'on ne saurait envisager le sujet sans avoir, au préalable, fourni les considérations générales¹¹ qu'il appelle. Ces considérations qu'il convient d'examiner portent sur « données à caractère personnel » et les « règles de preuve en procédure civile ».

A jeter un regard synoptique dans les ouvrages généraux et juridiques¹² de lexique, l'analyse a fait le constat que l'expression « données à caractère personnel » n'a pas été définie¹³. Tout au plus, les Immortels¹⁴ de l'Académie Française se sont contentés de définir la seule notion de « données » dans les termes qui suivent : « Représentation d'une information sous forme conventionnelle adaptée à son exploitation »¹⁵. Ce faisant, on pourrait considérer l'expression comme se ramenant à des informations personnelles. Toutefois, dans la mesure où cette définition ne saurait, pleinement, satisfaire la curiosité du juriste, il a fallu en appeler à la loi. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi ivoirienne relative à la protection des données à caractère personnel, l'expression désigne : « toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image relative à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique ... la personne concernée est toute personne physique qui fait l'objet d'un traitement de données à caractère personnel ». Au terme de cette disposition, il s'est avéré que les données à caractère personnel sont des informations permettant d'identifier directement¹⁶ ou indirectement¹⁷ une personne physique. En conséquence, les personnes morales¹⁸

¹¹ (L.) (M.) SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p.13 : « La définition, matière première des dictionnaires, est considérée comme la voie privilégiée d'accès à la connaissance des mots et des choses... ». V. également SCARPELLI, *La définition en droit, Logique et analyse*, Louvain, 1958, pp. 127-138.

¹² (E) GILDAS NONNOU, « La patrimonialité des données personnelles », Lexbase Afrique-OHADA n°38 du 12 novembre 2020 : Données personnelles, p. 5.

¹³ (J) MAGILO, « La protection des données personnelles du cyberconsommateur par le droit des technologies de l'information et de la communication de la cemar », op.cit, p.4395.

¹⁴ « Les Immortels », ainsi qu'il a été précédemment souligné, est l'appellation consacrée pour désigner les membres de l'académie française.

¹⁵ Dictionnaire de l'Académie française, V° donnée, <http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D3040>, (consulté le 06-05-2022 à 11h00).

¹⁶ Les données réalisant une identification directe sont par exemple des informations telles que le nom, le prénom, la date de naissance, la filiation

¹⁷ Les données biologiques, données alphanumériques et les adresses IP sont des illustrations des informations réalisant une identification indirecte

¹⁸ (Y) KOUAHOU, *La mise en œuvre de la société de l'information au Cameroun : enjeux et perspectives au regard de l'évolution française et européenne*, Thèse de doctorat en droit privé, option nouvelles technologies et droit, Université de Montpellier 1, 2010, n° 1258 ; (H) TCHABO SOTANG, « Le droit à la vie privée à l'ère des TIC au Cameroun », in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, p. 6.

ne peuvent faire l'objet d'un traitement de données à caractère personnel encore moins de protection en la matière¹⁹.

L'expression étant acquise, c'est ici que l'analyse a clarifié les liens qui existent entre elles et des expressions voisines. De fait, il existe une ambiguïté entre « *données à caractère personnel* » et « *les données personnelles* » ainsi que « *données à caractère personnel* » et « *vie privée* ». Pour la doctrine, « *les données personnelles* » se ramenaient²⁰ aux données nominatives, c'est-à-dire aux informations permettant d'identifier directement une personne²¹. Cette dénomination avait l'inconvénient de restreindre²² le champ des données d'identification²³. Au contraire, l'expression « *données à caractère personnel* » a l'avantage d'être encore plus précise. Ainsi, elle s'étend, aussi bien sur les données d'identification directe que sur les données d'identification indirecte des personnes physiques auxquelles elles se rapportent²⁴. La seconde distinction met en perspective les « *données à caractère personnel* » et la « *vie privée* ». Les données à caractère personnel, comme sus indiqué, se ramènent à un ensemble d'informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable. Ainsi, la vie privée et les données à caractère personnel semblent être consubstantiellement liées²⁵. Cependant les deux concepts sont distincts. En effet, toutes les informations d'ordre privé ne constituent pas nécessairement des données à caractère personnel²⁶. En clair, la vie privée transcende les données à caractère personnel²⁷.

¹⁹ (N) MALLET-POUJOL, « *Exploitation économique des données personnelles et protection de la vie privée* », in *Les nouvelles frontières de la vie privée* », droits de la personnalité, protection des données personnelles, Actes de forum Légipresse du 25 septembre 2008, *Revue thématique du droit de la communication*, N°43- 2009/2. LEGICOM, p.65.

²⁰ (A). LUCAS, (J). DEVEZE et (J). FRAYSSINET, *Le droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 77 : « *les textes donnent un sens très extensif à la notion de donnée personnelle correspondant exactement à la conception développée par la CNIL depuis vingt ans à partir du concept de "données nominatives"* »

²¹ (I) COULIBALY, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 2011, p.10.

²² (P) ASSANE TOURE, *Le traitement de la cybercriminalité devant le juge : L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2014, p.265.

²³ (I) COULIBALY, « *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique* », *op. cit.*, p. 10.

²⁴ (J) PRADEL et (M) DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 237, n° 260 « *Il est possible d'identifier une personne et de porter atteinte à ses droits à l'aide d'une donnée à caractère personnel autre que son seul patronyme* » ; (I) COULIBALY, *cit.*, p.10.

²⁵ (N) MALLET-POUJOL, « *Exploitation économique des données personnelles et protection de la vie privée* », in *Les nouvelles frontières de la vie privée* », droits de la personnalité, protection des données personnelles, Actes de forum Légipresse du 25 septembre 2008, *Revue thématique du droit de la communication*, N°43- 2009/2. LEGICOM, p.65.

²⁶ (C-A) VAZ-FERNANDEZ, *Big data et intelligence artificielle au service de la sécurité intérieure en France*, L'Harmattan, 2020, p.93.

²⁷ (J) THERY et (I) FALQUE-PIERROTIN, *Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998*, La Documentation française, 1998, p. 15.

D'une incursion dans la neuvième édition du Dictionnaire de l'Académie française, à tout le moins pour la part actuellement disponible²⁸, l'analyse est ressortie avec la définition du concept de « preuve » que voici : « *Démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi* »²⁹. De la sorte, la preuve est un instrument permettant d'établir la vérité³⁰. La preuve, tout comme la vérité, ne sont pas des notions neutres. Elles sont fortement tributaires du domaine et du contexte dans lesquels elles sont utilisées³¹. A titre illustratif, la preuve scientifique et la preuve judiciaire recèlent des réalités distinctes. Tandis que la première poursuit une quête absolue, la découverte de la vérité scientifique, la seconde quant à elle s'inscrit dans une démarche pleine de compromis, celle de la découverte de la vérité judiciaire³². Au regard de ce qui précède, les législateurs peinent à définir le concept. L'office étant laissé à la doctrine, celle-ci s'est risquée à l'appréhender. La doctrine appréhende, en général, la preuve comme étant une notion à la confluence du droit substantiel et du droit procédural. A cet égard, le vocabulaire juridique du Doyen Cornu ne manque pas de relever que la preuve est soit « *la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi* », soit « *un moyen employé pour faire la preuve ; mode de preuve* »³³. Le littré postule dans le même sens³⁴. Dans tous les cas, la preuve est intimement lié au contentieux. Cependant, c'est dans le contentieux judiciaire privé qu'il prend toute sa substance. En cette matière, il ne suffit pas d'invoquer l'existence d'un droit à son profit pour être considéré comme en étant le titulaire. Encore faut-il être en mesure de prouver l'existence de ce droit qu'on prétend avoir et qui résulte soit d'un acte soit d'un fait juridique³⁵. En l'absence de moyens de preuve tendant à soutenir sa prétention, le plaideur ne peut obtenir la sanction des droits qu'il allègue. Conséquemment, toute prétention insusceptible d'être prouvée n'existe pas.

Ce faisant, le droit judiciaire privé s'inscrit dans système accusatoire dans le cadre duquel il incombe aux parties de rapporter la preuve des faits qu'elles allèguent³⁶. Un jugement appelle la

²⁸ La 9ème édition du dictionnaire de l'Académie française est en partie consultable sur le site internet ci-après indiqué : <http://www.dictionnaire-academie.fr/>.

²⁹ Dictionnaire de l'Académie française, V° preuve, <http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4251>, (consulté le 02-08-2025 à 21h00).

³⁰ (P) THERY, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits, 1996, p. 41.

³¹ (L) CADIET, (J) NORMAND et (S) AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, note 89, p. 836.

³² (J-C) ROYER et (S) LAVALLÉE, *La preuve civile*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2008, p. 1.

³³ (G) CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Paris, Quadriga/PUF, 14ème éd., 2022

³⁴ La preuve est « ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait »

³⁵ (C) IBIKOUNLE, « *La réflexion sur la preuve par enregistrement* », *op.cit.*, p.346.

³⁶ Selon les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile français « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au soutien de sa prétention* »

preuve et la preuve fortifie un jugement³⁷. C'est la traduction de l'adage « *actori incumbit probatio* »³⁸ qui n'est rien d'autre qu'un principe général de droit ayant pour corollaire la règle : « *pas de preuve, pas de droit ; pas de preuve, pas d'imputabilité et pas d'application d'une sanction* »³⁹. En matière civile, deux systèmes de preuve cohabitent. Il y a de première part le système dit de « *preuve libre ou morale* »⁴⁰. Ce système implique la possibilité d'utiliser tous les modes de preuves possibles. Il y a de seconde part, le système de la « *preuve légale* »⁴¹ qui n'admet principalement que les preuves par écrit. Le système de preuve libre est utilisé lorsqu'il s'agit de prouver des faits juridiques à l'exception de la naissance et du décès. A l'inverse, il est fait usage du système de preuve légale lorsqu'il s'agit de prouver des actes juridiques à l'instar des contrats. Le Code de procédure civile français offre une sorte de guide-âne⁴² dans l'administration de la preuve. En premier lieu, au seuil du procès, la demande de mesures d'instruction *in futurum*⁴³ de l'article 145 du Code de procédure civile par voie d'assignation devant le juge des référés permet de se constituer des preuves avant tout procès. En deuxième lieu, en tout état de cause, toute partie peut recourir à des expertises extrajudiciaires (immobilière, psychiatrique), des attestations ou encore des rapports de détectives privés, mais également des SMS, e-mails⁴⁴. En dernier lieu, la procédure participative de mise en état constitue un instrument au service de la recherche de la preuve. *Grosso modo*, dans le cadre de la présente réflexion, une définition restrictive de la notion de preuve sera retenue. En ce sens, la preuve sera considérée comme étant le moyen utilisé pour établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte juridique.

De manière classique, en droit processuel, l'action en justice voit fondamentalement s'affronter plusieurs prétentions, plus ou moins solides et fondées⁴⁵. Dans ce contexte, c'est au Juge qu'il revient d'appliquer la ou les règles de droit indispensables pour faire triompher celle qui décidera de l'issue du procès⁴⁶. Cependant, lorsque deux droits, d'inégale naissance mais

³⁷ (J) BOURSICAN, « *La preuve en droit de la famille* », Gazette du Palais - n°hors-serie 2 – 2020, p. 56.

³⁸ L'adage signifie que la charge de la preuve incombe au demandeur.

³⁹ (P) BOUZAT, « *La loyauté dans la recherche des preuves* », in Mélanges HUGUENEY Louis, Sivey, 1964, p.155.

⁴⁰ (C) IBIKOUNLE, *op.cit*, p.350.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² (J) DUPICHOT, « *Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil* », in Études offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, no 3, p.179

⁴³ (A) FABRE, « *On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve* », Semaine sociale Lamy, n° 2058 11 septembre 2023, p.7 ; (G) CAUVIN, « *La protection des données personnelles face au droit à la preuve de l'article 145 du Code de procédure civile* », Lexbase Contentieux et Recouvrement, décembre 2023, Edition n°4 du 21/12/2023.

⁴⁴ (J) BOURSICAN, « *La preuve en droit de la famille* », Gazette du Palais - n°hors-serie 2 – 2020, p. 57

⁴⁵ (P) LIOUBTCHANSKY, « *Le droit au respect de la vie privée et le droit à la preuve, deux droits fondamentaux vraiment antinomiques* », Bulletin Joly Travail, Avril 2025, p.66.

⁴⁶ *Ibidem*.

désormais égaux puisque sans hiérarchie normative entre eux, entrent en conflit, la solution est plus incertaine. Le choc entre le droit à la preuve⁴⁷ et le droit au respect de la vie privée⁴⁸, matrice de la protection des données à caractère personnel, illustrent parfaitement le propos précédent.

D'emblée, c'est ici qu'il convient de distinguer « *droit de la preuve* » du « *droit à la preuve* ». Celui-ci se ramène au droit de produire ou d'obtenir une preuve⁴⁹. Il s'agit d'un droit qui « *ne peut porter que sur la preuve envisagée comme instrument de conviction et n'a alors pas d'autre ambition que celle de conférer aux justiciables les moyens de leur procès* »⁵⁰. Ce faisant, le droit à la preuve se donne, en réalité, comme un droit, un droit subjectif procédural⁵¹. Ce droit peut être bifurqué : le droit de produire ses preuves, d'un côté, et le droit d'obtenir des preuves, de l'autre. Le droit de produire des preuves s'entend de la possibilité de produire devant une juridiction une preuve que l'on détient. Le droit de produire des preuves confère aux « *parties à l'instance les moyens de leur procès* »⁵². Mais, ce résultat ne peut être atteint sans une preuve matérielle. L'adage est connu selon lequel « *idem est non esse aut non probari* » : la preuve et l'existence d'un droit sont indissociables⁵³. Le droit d'obtenir des preuves, quant à lui, se ramène aux prérogatives reconnues à tout plaideur de demander au juge de rechercher une preuve qu'il ne détient même pas. Ainsi, ce droit est d'importance dans l'hypothèse où l'une des parties ne détient pas les éléments nécessaires pour prouver un fait qu'il allègue. Les mesures d'instruction *in futurum* permettent, dans cette perspective, de solliciter une mesure probatoire avant tout procès, lorsque l'existence d'un litige futur est probable mais pas encore engagée. Que ce soit dans l'un ou l'autre de ses versants sus présentés, l'émergence du droit à la preuve semble justifier la recevabilité de preuves issus d'une collecte ou d'un traitement illicite de données à caractère personnel.

Or, contrairement au droit à la preuve, la mobilisation du droit à la protection des données à caractère personnel en cours d'instance incline à un renforcement des conditions d'admissibilité de la preuve. Ainsi, les principes fondamentaux de collecte et de traitement de données à caractère

⁴⁷ (G) LARDEUX, « *Du droit de la preuve au droit à la preuve* », Recueil Dalloz, 2012 p.1596

⁴⁸ « *Le droit au respect de la vie privée* », JCP 68, doctrine 2136

⁴⁹ (G) LARDEUX, « *Du droit de la preuve au droit à la preuve* », *op.cit.*, p.1596

⁵⁰ (A) BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, p.30

⁵¹ (F) GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t II, Sirey, Paris, 1911, p. 106. « *Le droit à la preuve est une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale pour la justification et la défense de ses droits* »

⁵² A. BERGEAUD, *op. cit.*, p.4.

⁵³ (P) DUPICHOT, « *La problématique de la preuve en droit* », Colloque sur « *Le droit de la preuve dans l'espace OHADA* », Paris, février 2010, *Revue de droit information*, p.16.

personnel, que sont les principes de finalité, de proportionnalité, de transparence ou encore le droit d'opposition, sont de nature à rendre plus difficile⁵⁴ l'admission de certains éléments de preuve issus d'une collecte illicite. En clair, suivant le droit de la protection des données à caractère personnel, la recherche de la vérité ne justifie pas l'emploi de n'importe quels moyens⁵⁵. Toute chose qui fonde à dire qu'en la matière, tous les coups ne sont pas permis.

En conséquence, le rapport entre le droit de la protection des données à caractère personnel et les règles de preuve civile⁵⁶ suscite tensions et controverses, qui opposent généralement « les partisans de la recherche de la vérité » aux « défenseurs des libertés et de la vie privée »⁵⁷.

De toutes les considérations issues des précédents développements, la question qui se pose, se résume à celle-ci : est-il possible alors d'appliquer le droit à la preuve en procédure civile ivoirienne tout en protégeant les données des personnes concernées ?

Cette question, éludée⁵⁸ dans les temples de Thémis⁵⁹ et dans les salons⁶⁰ de la doctrine, est pourtant une véritable arlésienne recelant des enjeux⁶¹ fondamentaux⁶². Il s'en infère un double intérêt.

Sur le plan théorique, la réflexion envisagée ambitionne de susciter un regain de vitalité⁶³ pour la problématique de la protection des données à caractère personnel. De fait, bien qu'elle soit d'importance dans les sociétés actuelles, elle demeure paradoxalement marginalisée parmi les champs disciplinaires du droit des TIC. La présente réflexion permettra de dépasser la conception doctrinale dominante, néanmoins réductrice, qui tend à appréhender la protection des données uniquement sous le prisme du droit pénal. S'il est acquis que la perspective pénaliste, qui s'inscrit

⁵⁴ (O). TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Larcier, 2020, p. 21.

⁵⁵ (C) IBIKOUNLE, *op.cit*, p. 353.

⁵⁶ (A) OUATTARA, *La preuve électronique, Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Centre de Droit Economique, 2011 ; (M) ADAMOU, « La valeur de l'écrit électronique dans l'espace UEMOA », *Penant*, n° 877, octobre – novembre 2011, p. 502.

⁵⁷ (C) IBIKOUNLE, *op.cit*, p. 353

⁵⁸ (J). CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF., 1978, p. 401.

⁵⁹ Il s'agit des palais de justice.

⁶⁰ (B) BEIGNIER « Préfaces », *In les Facultés de droit, inspiratrices du droit ? Op.cit*, p.6 : « Les facultés, sans prétendre l'exclusivité, peuvent affirmer aujourd'hui qu'elles ont une vocation à être des lieux de débats, de réflexion et de décanation. A défaut d'être la source unique de la doctrine, elles sont du moins, sa fontaine. Quel juriste peut dire : "je ne boirai pas de ton eau". »

⁶¹ (A) LEWIS, cité par (E). RAY, « Actualité des TIC », *Dr.soc.*2011, N°9-10, P933 : « Si vous ne payez pas un service sur le Net, c'est que vous n'êtes pas un consommateur, vous êtes le produit vendu »

⁶² (E) DEWEDI, *La protection de la vie privée au Bénin, L'Harmattan-Logiques Juridiques*, p.3.

⁶³ (E) DJOMBI DESMOND ANDRE, « La protection des données nominatives de l'internaute en droit camerounais », *Mosaïque / Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, n°7, 2022, p.70.

dans la lutte contre la cybercriminalité⁶⁴ est légitime et justifiée, il est probe de relever qu'elle ne saurait à elle seule épuiser la complexité du sujet. Une telle vision unidimensionnelle a le défaut d'occulter une dimension tout aussi importante mais négligée, celle du droit civil et plus singulièrement de la procédure civile. A cet égard, certes il existe une carence notable de travaux doctrinaux sur les interactions entre la protection des données et le droit processuel civil. Cependant à y regarder de plus près, il existe des interactions⁶⁵ poussées entre les deux domaines.

Sur le plan pratique, la recevabilité de modes des preuves issus d'une collecte illicite de données à caractère personnel constitue une source de contentieux constant, bien que peu visible, dans les prétoires. La jurisprudence ivoirienne, dans une espèce inédite⁶⁶, en donne la pleine mesure. En effet, « *craignant d'être victime d'un piratage industriel qui aurait pour effet un détournement de clientèle* »⁶⁷, la société OGILVY a judiciairement sollicité une « *expertise informatique à l'effet d'extraire et de reconstituer les données informatiques (...) vérifier si les codes d'accès de l'entreprise et de ses membres n'ont pas été piratés, et dans cette hypothèse d'indiquer les conditions de la commission de ces actes* »⁶⁸. Sur la base de ce rapport d'expertise, la société OGILVY a assigné Claire BAMBA, la défenderesse en concurrence déloyale. Ayant eu accès aux ordinateurs de l'entreprise, l'expert judiciaire a conclu que la défenderesse avait utilisé les ressources internes ainsi que les connaissances acquises au sein de la société pour formuler des propositions commerciales à ses anciens clients. Son rapport a fait également état d'actes de dénigrement à l'endroit d'OGILVY, destinés à capter sa clientèle. En réplique, la défenderesse a invoqué un moyen de défense fondé sur la violation de sa vie privée, arguant que l'expert a consulté et exploité ses documents et données à caractère personnel, sans son consentement.

Dans tous les cas, vidant sa saisine, le Tribunal de Commerce d'Abidjan a statué en convoquant exclusivement les dispositions de droit commun, issues du Code de procédure civile, commerciale et administrative⁶⁹ ainsi que du droit de la propriété intellectuelle, sans tenir compte des normes spécifiques relatives à la protection des données à caractère personnel. La réflexion aura donc l'avantage d'étudier, d'un point de vue de la jurisprudence, la licéité et de la recevabilité

⁶⁴ (D). CHILSTEIN, « *Législation sur la cybercriminalité en France* », RIDC, 2010, n° 2, p. 553 ; (A) JABER, *Les infractions commises sur Internet*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 14.

⁶⁵ (G) LARDEUX, « *Le droit à la preuve : tentative de systématisation* », *op.cit.*, p.2

⁶⁶ Tribunal de commerce d'Abidjan, 30 janvier 2014, RG n° 1836/2013, www.tribunalcommerceabidjan.org

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ Loi N° 72-833 du 21 Décembre 1972 portant code de procédure civile, commerciale et administrative.

d'éléments de preuve obtenus par le biais d'une atteinte à la vie privée. Le droit positif en sortirait grandement modernité. Autrement, l'insécurité juridique et judiciaire iraient grandissantes.

C'est à juste titre que l'analyse du délicat rapport entre la protection des données et le droit à la preuve (I) ainsi que l'affaiblissement de la protection des données au profit du droit à la preuve (II) constituera la trame de la réflexion. Page | 113

I- LE DELICAT RAPPORT ENTRE LA PROTECTION DES DONNEES ET LE DROIT A LA PREUVE

La protection des données se donne à la fois, comme, une règle, une règle à suivre⁷⁰ et comme un droit, un droit de la personnalité⁷¹. En tant que droit de la personnalité, sa vocation réside dans la protection du droit à la vie privée contre toute intrusion non justifiée. Cependant, ce droit entre, de plus en plus, en conflit (A) avec un autre droit non moins fondamental, celui du droit à la preuve. Cependant, les barrières n'étant pas étanches entre ces deux matières, elles peuvent être conciliées (B).

A- La conflictualité des rapports

Si le droit à la preuve et la protection des données à caractère personnel entretiennent des rapports conflictuels, c'est justement parce qu'ils sont fondamentalement distincts. Leur différence porte non seulement sur leur différentes natures (1) et les principes fondamentaux qui les sous-tendent (2)

1- Des droits de nature différente

La protection des données à caractère personnel et le droit à la preuve sont consubstantiels à droits fondamentaux distincts.

Le droit à la protection des données à caractère personnel a pour matrice le droit à la vie privée. Dans sa résolution relative au droit à la vie privée à l'ère du numérique⁷², l'AG des Nations

⁷⁰ (M) NAGUIB, « *Les données à caractère personnel au Maroc : quelle protection ?* », Lexbase Afrique-OHADA n°26 du 24 octobre 2019, <https://www.lexbase.fr/bases-de-connaissance-juridique/54153559-donnees-personnelles> (consulté le 03-05-2022 à 10h).

⁷¹ (E) CAUVIN, « *Données personnelles, la métamorphose* », *RLDI*, n° 59, avril 2010, 1967, p. 85 : « *Manipuler une telle information revient à manipuler la personne qu'elle décrit* ».

⁷² Résolution A/RES/69/166 du 18 décembre 2014 relative au droit à la vie privée à l'ère du numérique.

Unis réaffirmait son attachement au droit à la vie privée⁷³. Cet attachement solennel s'inscrit dans un environ international de promotion et international de protection du droit à la vie privée.

Droit de l'homme de la première génération, le droit au respect de la vie privée se donne également comme un droit fondamental dont le respect se doit d'être garanti par l'Etat. On précisera, comme le rappelle le tribunal de première instance de première classe de Cotonou, que violer le droit à la vie privée, c'est : « *s'introduire dans la vie privée ou intime d'une personne sans son consentement ou à son insu : pénétration dans un domicile, violation du secret des correspondances ou des communications, écoute d'une conversation dans un lieu privé, collecte d'informations nominatives (...) volonté de conserver une trace de l'intimité surprise : fixer une image, enregistrer une conversation ou des informations nominatives (...) diffuser, rendre publique l'intimité de la personne sans son autorisation : révélation de secrets, transmission et publication de paroles et d'images, divulgation d'informations nominatives ou de tout document qui ne peut être légalement mis à la disposition du public* »⁷⁴.

La notion de vie privée, ci-dessus présentée, n'est pas fixée *ne varietur*⁷⁵. Tel il n'est de société figée, tel il n'est de vie privée statique. Ainsi, la notion évolue à l'instar de la société. Tel, elle est dite dynamique. La vie privée est une notion générique dont les données à caractère personnel en constitue un pan. Souscrivant à cette idée, le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, dans son observation générale n°16 relative à l'article 17.1 du PIDCP affirmait que « *le rassemblement et la conservation, par des autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, de renseignement concernant la vie privée d'individus sur des ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, doivent être réglementés par la loi....* ». Ces instruments adoptés sous l'égide de l'ONU tout en posant les jalons la protection des données, illustrent la prise de conscience des Etats sur les enjeux consubstantiels au domaine considéré. En

⁷³ Au sens de l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'Homme : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* »⁷³. Cette disposition s'accorde parfaitement avec l'article 17.1 du pacte International relatif aux droits Civils et politiques qui se lit comme il suit : « *nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile, ou sa correspondance ou d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation* ». Dans ce même ordre d'idées, la convention internationale de l'enfant en son article 16 dispose que : « *Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

⁷⁴ TPI Cotonou, Jugement N° 394/E1 du 26 août 1994.

⁷⁵ TPI Cotonou, Jugement N° 394/E1, *idem*.

droit positif, l'incrimination de la violation du droit à la vie privée est également réalisée par le biais de l'usurpation d'identité.

Contrairement au droit à la vie privée, le droit à la preuve n'a pas fait l'objet d'une consécration expresse des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. Cependant, la doctrine s'accorde à considérer que ce droit est une composante d'un droit beaucoup plus large, le droit à un procès équitable. Ce droit procède de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose en ces termes : « *toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ». La preuve n'est certes pas visé expressément, cependant la doctrine et la jurisprudence font également chorus sur le fait que la notion découle du droit à un procès équitable. En effet, le droit reconnu à chaque partie de faire valoir ses moyens de défense devant une juridiction implique, en pratique, le droit de produire des éléments probatoires susceptibles d'étayer des prétentions et de contester ceux de l'adversaire. Ainsi, le droit à la preuve apparaît-il comme le corollaire indispensable à la garantie d'un procès équitable.

Ainsi qu'il résulte des développements précédents, le droit à la preuve et le droit à la protection des données à caractère personnel bien qu'étant connexes à des droits fondamentaux ont des natures distinctes. Cette différence de nature appelle à un régime juridique bien distinct.

2- Des principes fondamentaux contradictoires

La volonté de bâtir un cadre juridique national sur la protection de la vie privée a incité le législateur ivoirien à adopter la loi n°2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel. Cette prévision législative prévoit les principes directeurs relatifs à la protection des données à caractère personnel. Il s'agit des principes définissant un corps de règles applicables aux fichiers contenant des données à caractère personnel. La protection matérielle ainsi prévue se donne comme le cadre normatif applicable aux données à caractère personnel. Plus concrètement, la prévision législative met en exergue les principes fondamentaux principe de licéité et de loyauté, le principe d'exactitude, d'adéquation et de finalité, le principe d'accès et de rectification, et le principe de sécurité.

Le traitement des données à caractère personnel n'est possible que s'il existe une raison suffisamment légitime pour le justifier. Cette légitimité se traduit par le consentement exprès

donné par la personne concernée. La légitimité⁷⁶ peut également se traduire par l'équilibre existant entre l'intérêt du responsable du traitement et l'intérêt des personnes sur qui portent les données traitées. Il existe cependant des dérogations à ce principe notamment si le traitement est indispensable pour le respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ; pour l'exécution d'une mission d'intérêt public relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ; pour pouvoir exécuter un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande ; pour sauvegarder l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée⁷⁷. En résumé, le traitement peut être légitimé s'il existe un intérêt justifié à condition que le traitement des données à caractère personnel n'affecte pas de façon excessive la vie privée des personnes concernées. Ce principe est fondamental pour apprécier la licéité d'un traitement. Il est donc illicite de collecter des données par la menace, par astuce ou en usant de violence. Par exemple, la loi prévoit la collecte des données dont un fournisseur de service de télécommunication a besoin pour l'établissement des communications ainsi que pour la facturation de ces dernières. Si par contre, ce dernier désire effectuer d'autres traitements, par exemple la mise en place d'un programme de fidélisation, il doit obtenir le consentement préalable du client. Ce principe répond à la question suivante : quand est ce que des données à caractère personnel peuvent être collectées et utilisées par des tiers ?

En ce qui concerne la loyauté⁷⁸, et licéité du traitement, l'article 15 de la loi relative à la protection des données à caractère personnel dispose que : « *La collecte, l'enregistrement, le traitement, le stockage, la transmission et l'interconnexion de fichiers des données à caractère personnel doivent se faire de manière licite et loyale* ». Cela signifie que celui qui collecte les données en l'occurrence le responsable du traitement doit le faire en toute transparence⁷⁹. Pour

⁷⁶ (É) BRUNET, « *Règlement général sur la protection des données à caractère personnel - Genèse de la réforme et présentation globale* », Dalloz IP/IT 2016 p.566

⁷⁷ (F) GAULLIER, « *Le principe de finalité dans le RGPD : beaucoup d'ancien et un peu de nouveau* », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2018, dossier 10

⁷⁸ Comité LIBE du Parlement européen, 21 novembre 2013, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), Rapporteur J. Ph. Albrecht, « *Exposé des motifs* », pp. 218-219.

⁷⁹ Par exemple lorsqu'une personne fait une commande sur internet et que celle-ci doit communiquer ses données à caractère personnel à cette fin, le site en question doit fournir une rubrique dans laquelle il lui est expliqué comment ses données seront traitées. Dans la plupart des cas, cette rubrique s'appelle « *privacy policy* ». Si cela n'est pas fait, et que les informations sont récoltées à son insu, par des moyens frauduleux ou illicites, le principe de loyauté est alors violé. Et quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données, par exemple, en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement, viole le principe de la bonne foi.

cela, le collecteur doit dire à la personne concernée ce à quoi vont servir ses données : il s'agit de la bonne foi. Les informations doivent être fournies aux personnes concernées⁸⁰. A moins que ces personnes en soient déjà informées. Sinon les données doivent être effacées ou rendues anonymes le plus rapidement possible. L'utilisation ultérieure de ces données à caractère personnel à des fins autres que celles initialement prévues est en principe interdite. Comme des informations inexacts ou incomplètes peuvent nuire à la personne à laquelle elles se rapportent, tous les efforts doivent être faits pour que les données traitées soient correctes, complètes et actuelles. A cet effet l'article 17 de la loi ivoirienne dispose que : « *les données collectées doivent être exactes et si nécessaire, mises à jour. Toute mesure raisonnable doit être prise pour que les données inexacts ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées* ». Si cela n'est pas le cas, la personne concernée peut demander que ses données à caractère personnel soient rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou supprimées. Les informations fournies doivent être exemptes de toute erreur. Le droit d'accès dont bénéficient les personnes concernées paraît opportun pour atteindre cet objectif car les vraies informations ne peuvent être fournies que par les personnes concernées elles-mêmes⁸¹. Par ailleurs, la loi protège également contre toute décision négative prise automatiquement par ordinateur, dont la personne concernée pourrait faire l'objet, sans pouvoir faire valoir son point de vue personnel. De toutes les considérations qui précèdent, il convient de retenir que ces principes peuvent être aisément mis en exergue par le juge civil dans le cadre d'une procédure.

Si l'ensemble des principes sus évoqués est couvert du sceau de la transparence, il en va autrement du droit à la preuve. Le fait est qu'en cette matière, l'efficacité prime sur la transparence⁸². En effet, la recherche de la vérité judiciaire suppose irrémédiablement une efficacité dans l'administration de la preuve devant les juridictions civiles. L'efficacité de la preuve s'entend de la capacité d'un moyen de preuve à établir l'existence ou la validité d'un acte ou d'un fait juridique⁸³. Ce faisant, l'efficacité dans la recherche de la vérité invite le Juge à ne pas s'embarrasser d'analyses complexes dans l'appréciation de la recevabilité des éléments de preuve, quand bien-même celles-ci ont été obtenues dans des conditions discutables⁸⁴. Il doit toutefois apprécier la preuve en tenant compte de son authenticité et de son exactitude dans le respect des

⁸⁰ G 29, WP 259, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, n° 19.

⁸¹ (A) GRUBER, (E) DEMOCRATY, « la loi informatiques et libertés » en France », *LPA* du 12 octobre 2005, p. 5 à 13.

⁸² THERY (P), « *Les finalités du droit de la preuve en droit privé* », *Droits*, n° 23, 1996, p. 46.

⁸³ (F) TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 560, p. 460.

⁸⁴ (J) DOMAT, *Lois civiles, 1^{ère} partie*, Livre III, Tome 6, édition Rémy, II, p. 137

sacro-saints droit de la défense. Ainsi, au nom de l'efficacité probatoire, le caractère déloyal d'une preuve ne saurait suffire à l'écarter des débats. La vérité, condition sine-qua-non de la Justice, doit prévaloir sur la transparence.

Le droit à la preuve implique de reconnaître, sauf contestation sérieuse en rapport avec son authenticité, une présomption de fiabilité à la preuve obtenue de manière déloyale. En cas de doute sur l'authenticité d'une quelconque preuve, le juge pourrait s'attacher les services d'un expert. En somme, le principe de l'efficacité dans la recherche de la preuve commande de ne pas refuser de recevoir une preuve de nature déloyale dès lors qu'il est indispensable à l'établissement de la vérité.

B- La conciliabilité des rapports

Bien que théoriquement distincts, la protection des données à caractère personnel et le droit à la preuve peuvent être conciliés. Cette conciliabilité procède du fait que les deux droits sont complémentaires (1) et ont une identité d'objets (2).

1- La complémentarité des droits

L'article 14 de la loi de 2013 pose la consécration des principes de licéité, de loyauté et de transparence du traitement. Le principe de licéité se donne comme l'exigence première de tout traitement de données. Il postule l'interdiction de tout traitement frauduleux de données à caractère personnel. Dans cette perspective, le principe semble se confondre⁸⁵ avec celui de « *la légitimité* »⁸⁶ du traitement. Il repose sur des fondements limitativement énumérés. Il s'agit du consentement de la personne concernée, du respect d'une obligation légale, l'exécution d'une mission d'intérêt public, à l'exécution d'un contrat et, *in fine*, la sauvegarde des intérêts vitaux d'une personne⁸⁷.

Le consentement « *élément clé de l'approche de la protection* »⁸⁸, est une manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée

⁸⁵ (F) GAULLIER, « *Le principe de finalité dans le RGPD : beaucoup d'ancien et un peu de nouveau* », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2018, dossier 10

⁸⁶ (É) BRUNET, « *Règlement général sur la protection des données à caractère personnel - Genèse de la réforme et présentation globale* », Dalloz IP/IT 2016 p.566

⁸⁷ (N) METALLINOS, « *Les apports du règlement général relatif à la protection des données personnelles sur les conditions de licéité des traitements* », *op. cit.*, p.558.

⁸⁸ Comité LIBE du Parlement européen, 21 novembre 2013, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère

ou son représentant accepte que ses données fassent l'objet d'un traitement. Ainsi, le consentement en cette matière n'est ni général ni absolu. Il s'agit d'une manifestation de volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informé⁸⁹.

La licéité d'un traitement de données peut résulter d'une obligation légale. Ce fondement est bien souvent utilisé en matière sociale, particulièrement relativement à gestion du registre de temps de travail en entreprise ou concernant la collecte et la communication des revenus de personnes employées par un organe étatique. Le traitement peut être fondé sur la mission d'intérêt public poursuivie par le responsable de traitement. Le principe de loyauté postule l'obligation d'informer la personne concernée sur l'existence d'un traitement de données ainsi que les finalités poursuivies par un tel traitement. Ce principe interdit une collecte et d'un traitement frauduleux⁹⁰ de données. Ainsi, l'idée sous-tendue derrière est de protéger les personnes concernées contre toute « *asymétrie informationnelle* »⁹¹. Cependant, le défaut de communication préalable d'information n'implique pas nécessairement une déloyauté du traitement. Une analyse casuistique s'impose.

Aux termes des dispositions de l'article 16 alinéa 2 de la loi de 2013, les données collectées « *doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement* ». Il suit de là que les données collectées doivent être strictement nécessaire à la finalité poursuivie⁹². C'est dire que les données doivent être adéquates, pertinente et non excessive en considération des finalités envisagées. En droit européen, ce principe a évolué en adoptant une nouvelle terminologie, le principe dit de la minimisation⁹³ des données. Le principe de la proportionnalité des données tire toute sa force du rapport existant entre la donnée et les finalités envisagées par le responsable de traitement. Ainsi, les données sont considérées comme adéquates et pertinentes dès l'instant où elles présentent un lien manifeste avec la finalité du traitement et sont utiles à la réalisation de celles-là. A titre illustratif, lors d'un entretien d'embauche, le numéro de sécurité social n'est pas pertinent pour la réalisation dudit

personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), Rapporteur J. Ph. Albrecht, « *Exposé des motifs* », pp. 218-219.

⁸⁹ G 29, WP 259, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, n° 19.

⁹⁰ (A) DEBET, « *Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles* », Recueil Dalloz, 2011 p.1034

⁹¹ (E.) NETTER, « *Le modèle européen de protection des données personnelles à l'heure de la gloire et des périls* », dans (E.) NETTER (dir.), *Regards sur le nouveau droit des données personnelles*, Amiens, Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens – CEPRISCA, 2019, p. 5-31

⁹² (M) LO, *la protection des données à caractère personnel en Afrique de l'ouest : réglementation et régulation*, op.cit, p.40.

⁹³ (O) TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, op.cit, p.200.

entretien. Sa pertinence n'interviendra que lorsque le postulant sera effectivement recruté⁹⁴. Ce faisant, cette limitation signifie que le responsable de traitement doit s'abstenir de traiter un *quantum* de données qui va au-delà du nécessaire.

Le contrôle de proportionnalité permet donc d'assurer un équilibre entre la donnée et la finalité du traitement. C'est donc dire qu'en réalité le principe de minimisation, au-delà de constituer un simple test de proportionnalité, prend le sens d'un véritable test de nécessité. Le principe implique donc une appréciation nécessairement temporelle⁹⁵.

Le droit à la preuve s'inspire des principes de nécessité, de minimisation et de proportionnalité pour effectuer un contrôle minimum de la preuve soumise devant la juridiction civile. En ce sens, le juge doit pouvoir concilier le droit à la preuve et la vie privée en appréciant si la preuve produite aux débats est nécessaire pour atteindre la finalité visée et proportionnelle à son but. Le juge doit, autant que faire se peut rechercher si une mesure moins intrusive était possible et si la mesure était proportionnée à l'objectif visé. Cette exigence constitue une garantie essentielle contre les atteintes disproportionnées à la vie privée et permet de maintenir une ligne de démarcation claire entre le droit à la vérité et le droit à l'intimité.

2- L'identité d'objet des droits

La protection des données, les règles de preuve en procédure civile ivoirienne et les droits de l'homme sont des domaines juridiques interconnectés. Le droit à la protection des données, très souvent encadré, limite la collecte et l'utilisation des informations personnelles, tandis que le droit à la preuve en procédure civile ivoirienne permet aux parties d'utiliser des preuves pour faire valoir leurs droits, parfois en accédant à des informations personnelles. Cette tension nécessite une conciliation entre ces droits, assurée par les juridictions civiles qui doivent évaluer la proportionnalité des atteintes à la vie privée par rapport à l'intérêt à la preuve.

En tant que droit fondamentaux, le droit à la preuve et le droit à la protection des données à caractère personnel vise un même objet, la protection des Droits de l'Homme⁹⁶. De plus, ils participent activement à faire respecter le droit à un procès équitable, droit fondamental. De première part, le droit à la preuve empêche qu'un plaideur soit privé des moyens de démontrer ses

⁹⁴ (O) TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Ibidem, p.201.

⁹⁵ (O) TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Ibidem, p. 201.

⁹⁶ (R) DEGNI-SEGUI, *Les Droits de l'Homme en Afrique Noire Francophone : Théories et réalités*, CEDA, 2001, p. 13.

prétentions. Sans un tel droit, procès civil serait dénué de sens, puisqu'il est l'affaire des parties. De son côté, le droit à la vie privée assure la protection de l'intimité de chaque individu devant les convoitises qui peuvent émaner de personnes publiques ou de personnes privées. De manière plus technique, ce droit participe à l'équité du procès en évitant que la recherche de la vérité ne se fasse au moyen de procédés déloyaux et attentatoires à la dignité humaine. Dans cette perspective, ces deux droits ne sauraient être complètement considérés comme étant antinomiques.

Le droit au respect de sa vie privée est un droit fondamental consacré par les articles 20 et 21 de la constitution béninoise, article 8 de la constitution ivoirienne. Mais ce droit est mieux exprimé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, lequel énonce que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Aucun droit fondamental n'a de caractère absolu, mais une atteinte à un droit fondamental ne peut être justifiée que si elle est strictement nécessaire et proportionnée au but poursuivi.

Lorsque le droit à la preuve et le droit à la vie privée entrent en conflit, il est impératif de jauger les intérêts en présence avant de faire prévaloir tel ou tel droit. Si un tel arbitrage s'avère nécessaire, c'est justement parce que ni l'un ni l'autre n'est absolu. Ces droits sont complètement égaux⁹⁷ et sont départagés suivant chaque cas d'espèce.

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de rappeler ce principe de proportionnalité s'agissant du nécessaire équilibre entre droit de la preuve et droit à la protection de ses données personnelles dans un arrêt C-268/21 du 2 mars 2023 « Norra Stockholm Bygg AB contre Per Nycander AB », dans le cadre d'un litige où était demandé la production en justice du registre du personnel lequel était susceptible de constituer une preuve importante.

La CJUE a donc rappelé ce principe de mise en balance des intérêts, en considérant que :

⁹⁷ (G) LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *op. cit.*, p.8.

« Les articles 5 et 6 du règlement 2016/679 doivent être interprétés en ce sens que :

lors de l'appréciation du point de savoir si la production d'un document contenant des données à caractère personnel doit être ordonnée, la juridiction nationale est tenue de prendre en compte les intérêts des personnes concernées et de les pondérer en fonction des circonstances de chaque espèce, du type de procédure en cause et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité ainsi que, en particulier, de celles résultant du principe de la minimisation des données visé à l'article 5, paragraphe 1, sous c), de ce règlement. »

Page | 122

Il n'est cependant pas possible d'estimer dans l'absolu quels intérêts probatoires sont susceptibles de prévaloir sur le droit au respect de la vie privée ou le droit à la protection des données. Mais dans trois arrêts rendus le 8 mars 2023⁹⁸, la Cour de cassation française a eu l'occasion de revenir sur la question.

Appelée de ses vœux par une partie de la doctrine intervenant dans cette affaire, cette évolution ne surprend guère dans un contexte d'extension croissante du droit à la preuve, où l'aspiration à la vérité et à la transparence tend à prévaloir. La prééminence - sous certaines conditions - du droit à la preuve n'est donc plus circonscrite aux situations mettant en cause le droit au respect de la vie privée ou les secrets de tous ordres mais vaut désormais également face à l'impératif de loyauté probatoire. Ce nouveau fléchissement du principe de loyauté probatoire ouvre la voie à une multiplication des procédés déloyaux (par exemple, recours accru à mise en place de dispositifs de surveillance ou d'enregistrements clandestins) avec un risque accru d'atteintes à des droits fondamentaux ou secrets légalement protégés. En effet, alors que le principe d'irrecevabilité des preuves déloyales pouvait encore dissuader les plaideurs de recourir à des procédés déloyaux afin de se préconstituer des preuves, le revirement opéré pourrait encourager les comportements déloyaux dans le cadre de l'établissement et de l'administration de la preuve.

Dans tous les cas, il convient de retenir que le droit à la preuve et le droit à la vie privée participent de la vitalité des droits de l'Homme en cours de procédure judiciaire. En effet, si la vérité judiciaire ne peut être obtenue sur l'autel des atteintes ostentatoires aux droits de l'Homme et aux libertés individuel, il reste que la vie privée, elle également, ne saurait faire obstacle à la manifestation de la vérité.

⁹⁸ Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-12.492. Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-17.802, Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-20.798.

Subsiste cependant comme garde-fou le contrôle des juges du fond sur qui pèse la délicate charge de concilier le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence

Il appartiendra en effet au juge du fond, lorsque cela lui est demandé, de se livrer à un double contrôle afin de juger ou non la preuve recevable : 1. d'une part, le juge devra s'assurer que la production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve ; ainsi, si d'autres éléments de preuve moins attentatoires aux droits concurrents d'une partie sont disponibles, la preuve litigieuse devrait être écartée des débats ; 2. d'autre part, le juge devra vérifier que l'atteinte est strictement proportionnée au but poursuivi.

Page | 123

Cette extension de l'office des juges du fond pourrait néanmoins être source d'imprévisibilité et d'insécurité juridique compte tenu des contours encore flous du droit à la preuve et de la latitude laissée au juge.

Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est donc pas absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux.

II-L'AFFAIBLISSEMENT DE LA PROTECTION DES DONNEES AU PROFIT DU DROIT A LA PREUVE

Les rapports délicats entre la protection des données à caractère personnel et le droit à la preuve induisent un infléchissement⁹⁹ voire un affaiblissement remarquable des principes de protection au profit du second. Cet affaiblissement est clairement perceptible dans des contentieux (A) spécifiques. En ces cas, le droit commun de la protection des données à caractère personnel est souvent écarté au profit du droit à la preuve. Cependant, cet affaiblissement reste atténué par des principes complexes de contrôle (B) développés par la jurisprudence.

A- Un affaiblissement selon l'objet du contentieux

L'affaiblissement des règles de protection des données à caractère personnel se manifeste aisément à l'occasion de certains contentieux. D'une part, en matière de divorce (1), l'analyse relève une prééminence reconnue au droit à la preuve dans la mesure où il s'agit d'une sphère intrinsèquement liée à la vie intime¹⁰⁰ des époux. En ce sens, l'atteinte à l'intimité de la vie privée procède de la nécessité d'établir la vérité judiciaire et, son corollaire, le droit à la preuve. De même

⁹⁹ (G) LARDEUX, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, op. cit., p.25.

¹⁰⁰ (J) BOURSICAN, « *La preuve en droit de la famille* », Issu de Gazette du Palais - n° hors-serie 2 – 2020, p. 56.

en matière sociale (2), la primauté du droit à la preuve sur la protection des données à caractère personnel trouve sa justification dans la mesure où la vie personnelle du salarié interfère¹⁰¹ avec les intérêts légitimes de l'employeur.

1- En matière de divorce

Page | 124

« *La particularité de la preuve en droit de la famille résulte de sa proximité avec le droit au respect de la vie privée. La fin ne justifie pas les moyens et le respect de certains secrets (médical, professionnel, bancaire, etc.), de la vie privée, du devoir de loyauté imposent autant de limites au droit de la preuve* »¹⁰². La formule, quoique postulant l'inviolabilité du droit à la vie privée en ce qui concerne le droit à la famille, s'arcboute frontalement à la solution retenue par les dispositions législatives et la Cour de Cassation française en cette matière.

Selon les dispositions de l'article 259-1 du Code civil, « *Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude* ». Il suit de là que la disposition pose des limites très explicites au principe de la liberté de la preuve. Il s'agit particulièrement des hypothèses de violence ou de fraude dans l'obtention des éléments probatoires. Conséquemment, hormis ces deux hypothèses limitativement prévues, toutes les autres preuves, y compris celles obtenues en violation du droit à la vie privée, sont admissibles. Plusieurs arguments penchent en faveur de cette solution.

D'une part, la preuve d'une faute en cause de divorce relève, par nature, d'une « *Probatio Diabolica* »¹⁰³. C'est dire qu'elle porte, naturellement, sur des éléments intimes entre conjoints. Or la cohabitation, « *devoir et droit pour les conjoints, est le fondement possible d'un droit bilatéral de contrôle* »¹⁰⁴. Ce droit implique « *non seulement un droit d'accès mais un droit de curiosité* »¹⁰⁵, sous réserve de « *refuges d'une individualité non absorbée* »¹⁰⁶. Ainsi, dans la

¹⁰¹ (E) DAOUD, « *Les moyens de preuve tirés de dispositifs de vidéosurveillance illicites peuvent éventuellement être opposés à l'employé* », Observations sous Cour de cassation (soc.), 10 novembre 2021, n° 20-12.263 - Qualification de l'arrêt : important, Dalloz IP/IT 2022 p.157.

¹⁰² (J) BOURSICAN, « *La preuve en droit de la famille* », *op. cit.*, p. 56.

¹⁰³ (J) HAUSER, « *Preuve de la faute et libertés individuelles* », RTD Civ. 1997 p.640

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ (J) CARBONNIER, « *La famille* », PUF, 2004, n° 74, p. 132.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

mesure ou le contentieux en divorce porte, lui-même, sur le droit à la vie privée des conjoints, il serait manifestement injustifiable¹⁰⁷ de déclarer de telles preuves irrecevables¹⁰⁸.

D'autre part, il sied de relever qu'en général, la preuve de la violence ou de la fraude est rarement versé au dossier, sa charge incombant à la partie qui s'en prévaut. De la sorte, les conjoints disposent en matière de divorce d'un véritable droit à la preuve affranchi de nombreuses conditions de recevabilité. Dans cette perspective, seule l'absence de recours contre des éléments de preuve obtenus par violence ou fraude sont recevables. Il n'est pas nécessaire, en cette matière, de jauger la proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée et l'intérêt antinomique en présence.

Cette solution est largement étayée par la jurisprudence de la Cour de Cassation française. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation a, le 17 juin 2019, rendu la décision dont la teneur suit : « Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ; Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ; [...] Attendu que, pour débouter Mme Y de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ; qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹⁰⁹. Dans cette espèce, un jugement prononce le divorce aux torts partagés de deux époux. En appel, l'épouse produit des SMS reçus sur le téléphone portable professionnel de son mari, pour démontrer le prétendu adultère de ce dernier. La teneur des messages est rapportée dans un procès-verbal d'huissier dressé à la demande de l'épouse. En dépit de cette production, l'arrêt d'appel prononce le divorce aux torts exclusifs de l'épouse, en soulignant que les messages produits relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte

¹⁰⁷ G) LARDEUX, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *op. cit.*, p.1596 : « L'idée que le respect dû à la vie privée doit parfois s'effacer devant la recherche de la vérité s'impose naturellement en matière familiale. Le contentieux ayant pour objet même la vie privée, opposer le respect de celle-ci à la preuve du droit litigieux n'a en effet pas grand sens. En cette occurrence à l'inverse, afin de permettre au juge de statuer en connaissance de cause, il est nécessaire qu'il puisse accueillir les preuves ayant le même objet que l'affaire qu'il doit trancher : la vie privée. Invoquer celle-ci pour faire obstacle à la production d'une preuve reviendrait à demander au juge de statuer dans un aveuglement volontaire ».

¹⁰⁸ Le mariage n'étant pas encore dissous au moment de la constitution de la preuve, la communauté de vie permet un accès légitime à la sphère privée de l'autre.

¹⁰⁹ Arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ. 17-06-2009 n° 07-21.796 (n° 692 FS-P+B+R+I).

grave à l'intimité de la personne. L'argumentation ne convainc pas les Hauts magistrats, qui cassent l'arrêt déferé¹¹⁰.

Dans un arrêt ultérieur¹¹¹, comme pour l'espèce précédente, l'un des époux avait profité de ce que l'autre avait, du moins l'affirma-t-il, oublié son téléphone portable sur une table, pour en extraire trois messages qui ne laissaient aucun doute sur la nature des relations entretenues avec leur destinataire. Mais, contrairement à l'espèce précédente où la Cour de cassation avait sanctionné la cour d'appel qui avait d'office exclu ce type de preuve au titre de la confidentialité, le présent arrêt sanctionne la cour de Poitiers pour l'avoir retenu¹¹². Dans les deux arrêts, ce qui est reproché aux juridictions d'appel c'est d'avoir exclu ou retenu les SMS sans rechercher si ceux-ci avaient été obtenus par violence ou fraude¹¹³.

En somme, dans l'instance de divorce, le droit à la protection des données à caractère personnel succombe face au droit à la preuve. Les lignes subséquentes analyseront cette situation sous l'angle du droit social.

2- En matière sociale

La prééminence du droit à la preuve sur la protection des données à caractère personnel en matière sociale est une consécration récente. C'est la chambre sociale de la Cour de cassation française qui en a donné le ton. S'il est acquis que dans nombre de ses premiers arrêts¹¹⁴, elle a consacré le principe de loyauté probatoire en matière sociale, elle n'a pas pour autant entériné la naissance d'un droit autonome à la preuve¹¹⁵. Cependant, à y regarder de plus près, l'existence d'un tel droit ne fait l'ombre d'aucun doute même en matière sociale. En effet, le droit à la preuve a vocation à s'appliquer dans les relations de travail.

D'un point de vue de l'employeur, le droit à la preuve trouve son substrat dans le pouvoir de direction qui lui est reconnu. Un tel pouvoir, inclut naturellement celui de contrôler et surveiller

¹¹⁰ Arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ, « Divorce pour faute : la preuve par SMS ! », *AJ Famille* 2009 p. 298.

¹¹¹ Civ. 1^{ère}, 11 mai 2016, n° 15-16.410, inédit ; Versailles, ch. 2, sect. 1, 17 mars 2016, n° 15/02921, *Dr. fam.* 2016. 118, obs. J.-R. Binet.

¹¹² (J) HAUSER, « Divorce pour faute : de la loyauté et de l'infidélité, ne pas laisser traîner son portable ! », *RTD Civ.* 2016, p. 592.

¹¹³ (J) HAUSER, *Ibidem*.

¹¹⁴ Depuis Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120.

¹¹⁵ En ce sens, CEDH 12 janv. 2016, *Barbulescu c/ Roumanie*, n° 61496/08, pt 59, D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dalloz IP/IT* 2016. 211, obs. P. Adam (87) Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203 ; *JCP* 2016. 124, obs. D. Corrigan-Carsin.

l'exécution du travail¹¹⁶. D'un point de vue du salarié, il est tout à fait possible que ce dernier invoque le droit à la preuve dans la défense de ses intérêts collectifs ou individuels. La consécration du droit à la preuve par la chambre sociale dans son arrêt de principe du 9 novembre 2016¹¹⁷ achève de convaincre de la prégnance de ce droit en matière sociale. Cependant, ce droit entre en conflit avec un droit aussi fondamental qu'est le droit à la vie privée. Suivant les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail français, les atteintes aux droits et libertés fondamentaux qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché sont interdites. De ce fait, le droit à la preuve entre en tension avec la protection des données à caractère personnel¹¹⁸.

S'il est vrai que, *prima facie*, l'article L. 1121-1 fait du droit à la preuve un droit subordonné à l'impératif de protection de la vie privée, il est toutefois probe de relever que le contexte même du droit social implique une toute autre réalité. En effet, en cette matière, le droit à la vie privé est relativisé puisque s'inscrivant dans un contexte professionnel et sous contrôle hiérarchique.

La jurisprudence sociale a longtemps postulé dans le sens de la protection de la vie privée des salariés. L'arrêt Nikon¹¹⁹ illustre bien l'idée. Il a consacré le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances électronique du salarié quand bien même elles sont transmises depuis un outil professionnel. Dans le même ordre d'idées, la chambre sociale de la Cour de cassation a également affirmé que la filature d'un salarié constituait une atteinte nécessairement disproportionnée à sa vie privée. Cependant, toutes ces solutions ont tendance, aujourd'hui, à être relativisées. On note, *en crescendo*, une nette tendance à privilégier le droit à la preuve par rapport à la vie privée. A cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation a fait de la notion « *d'intérêt légitime de l'employeur* »¹²⁰ un critère pour justifier les atteintes à la vie privée des salariés. Suivant ce critère, inspiré du droit des assurances, ainsi qu'une approche *in concreto* de la proportionnalité, le droit à l'intimité de la vie privée n'est plus un obstacle à l'administration de la preuve.

¹¹⁶ Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Soc. 2 oct. 2001, Nikon, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291; D. 2001. 3148, et les obs., note P.-Y. Gautier ; *ibid.* 3286, interview P. Langlois ; obs. C. Caron ; Dr. soc. 2001. 915, note J.-E. Ray; 2002. 84, étude A. Mole ; RTD civ. 2002. 72, obs. J. Hauser ; Soc. 12 oct. 2004, n° 02-40.392, Bull. civ. V, n° 245».

¹¹⁹ Soc. 2 oct. 2001, Nikon, loc. cit.

¹²⁰ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2016, n° 583.

En outre, la Haute juridiction a procédé à une clarification des modalités d'accès aux fichiers numériques appartenant aux salariés. Elle a ainsi posé « *une présomption de professionnalité* »¹²¹ de tous les documents se trouvant sur un support numérique. A moins qu'il ne soit fait mention explicite du caractère personnel des fichiers¹²², l'employeur est libre de consulter le contenu de ces fichiers. Cette solution, d'autant plus justifiée par la finalité professionnelle des outils mis à la disposition du salarié, permet aisément d'écarter les critères de contenu ou de source des fichiers.

Par deux arrêts du 22 décembre 2023¹²³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a eu à se positionner sur la recevabilité de preuves obtenues de manière déloyale.

Dans la première espèce, un employeur avait soumis au juge un enregistrement sonore d'un entretien réalisé à l'insu du salarié pour justifier de son licenciement pour faute grave sur le fondement des propos tenus au cours de cet entretien.

Dans la seconde espèce, un intérimaire était tombé sur des propos homophobes le concernant sur le compte *Facebook* resté ouvert sur le poste informatique du salarié qu'il remplaçait pendant ses congés. Il rapportait ces propos à l'employeur qui licenciait le salarié concerné pour faute grave.

Dans ces deux cas, la preuve était obtenue de façon déloyale.

À cet égard, la Cour de cassation précise qu'une preuve loyale apparaît comme celle que l'on peut s'attendre à voir produite en justice, qui a été constituée et recueillie sans artifice ni stratagème, et qui n'a pas pour unique dessein de placer l'adversaire dans une situation d'infériorité en le manipulant ou en créant un effet de surprise¹²⁴.

Ainsi, sur le fondement du principe de loyauté de la preuve, la Haute juridiction jugeait de manière constante qu'était irrecevable toute preuve obtenue par l'utilisation d'un procédé

¹²¹ Soc. 18 oct. 2006 (deux arrêts), n° 04-48.025 et n° 04-47.400, Bull. civ. V, n° 308 ; D. 2006. 2753; (G) CAUVIN, « *La protection des données personnelles face au droit à la preuve de l'article 145 du Code de procédure civile* », loc. cit.

¹²² Sur le sens de cette exigence, voir notamment, Cass. soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, Bull. 2009, V, n° 284 ; Cass. soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12.502.

¹²³ Pourvois n°20-20.648 et 21-11.330.

¹²⁴ Cour de cassation, Rapport N° H2020648. Disponible sur : [https://www.courdecassation.fr/files/Communiqués/2023-12-22%20Preuve%20déloyale/Rapport 20-20.648.pdf](https://www.courdecassation.fr/files/Communiqués/2023-12-22%20Preuve%20déloyale/Rapport%2020-20.648.pdf)

clandestin ou dissimulé de surveillance, par l'utilisation d'un stratagème ou par fraude ou moyen frauduleux¹²⁵.

Cette tendance à faire prévaloir le droit à la preuve sur la vie privée en matière sociale se manifeste également en ce qui concerne les mesures d'instruction *in futurum*. Saisissant la pleine mesure de cette réalité, une doctrine ne manquait pas de relever « *Qu'en l'espace de quelques années, la saisine du juge des référés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (CPC) s'est imposée comme un préalable quasiment incontournable pour qui veut lutter contre des discriminations ou ruptures d'égalité* »¹²⁶. Aux termes des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Sur ce fondement, la Haute juridiction a estimé que la vie privée du salarié ne saurait, à lui seul, être un obstacle à des mesures probatoires. Bien que l'on pourrait opiner sur le fait qu'une telle solution soit largement à l'avantage de l'employeur, tel n'est pas forcément le cas. En effet, aussi bien l'employeur que les salariés sont détenteurs du droit à la preuve¹²⁷. Dans son arrêt du 9 novembre 2016, la Chambre sociale de la Cour de Cassation soumet toutefois l'atteinte à un contrôle atténué de proportionnalité. Ainsi que l'analyse le relèvera dans les développements qui suivront, un contrôle minimum est effectué par les juridictions au moyen des critères de « *nécessité* » et de « *proportionnalité* ».

En droit ivoirien, dans l'affaire OGIVLY contre Clair BAMBA, précédemment évoquée, le Tribunal de Commerce d'Abidjan a jugé que « *concernant l'exploitation des données et documents personnels de Mme C. B., le tribunal note que les ordinateurs expertisés sont des ordinateurs appartenant à la société OCEAN OGILVY, mis à la disposition de ses employés dont Madame C. B. Certes l'expert a révélé l'existence de mails litigieux dans la boîte électronique de celle-ci, mais il n'est pas établi qu'il ait forcé sa messagerie, en violation des règles légales. Ce qui a été fait, c'est que l'expert a constaté que les documents produits avaient été sauvegardés par celle-ci sur le disque dur de l'ordinateur à elle remis dans le cadre professionnel par la société OCEAN OGILVY, lequel ordinateur, est-il utile de le rappeler, ne disposait pas de mot de passe.*

¹²⁵ (J.-Y). FROUIN, *Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi*. Revue de Jurisprudence Sociale (RJS) 2023, n° 5, p. 7.

¹²⁶ (A) FABRE, « *On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve* », loc. cit, p. 7.

¹²⁷ (T). BAUDESSON, (K). HUBERFELD ET (C)-(H) BOERINGER, *Guide pratique des visites inopinées, perquisitions et garde à vue dans l'entreprise*, 2^e éd., LexisNexis, n° 503.

C'est donc à tort qu'il est reproché à l'expert d'avoir exploité les données et documents personnels de Madame C. B. »¹²⁸. La solution retenue par la juridiction de commerce s'inscrit ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence constante française en la matière. Cependant, une question demeure sur la motivation de la juridiction. C'est que la jurisprudence française, elle-même, considère également que l'employeur peut accéder au matériel mis à disposition du salarié que pour autant qu'il ne soit pas, en principe, identifié comme « personnel »¹²⁹. Par exception, en présence d'un « risque ou événement particulier », l'employeur pourra ouvrir des messages ou fichiers identifiés comme personnels¹³⁰. Or en l'espèce, la circonstance résultant du défaut de protection de la messagerie de la défenderesse et du disque dur utilisés dans le cadre de son travail n'est pas une justification au grief d'atteinte à ses données et documents personnels. Pour finir la juridiction de commerce a noté « que la mission de l'expert ne mettait en cause aucune autre partie que la demanderesse en sorte qu'il n'avait pas à convoquer aucune autre personne. Ainsi même les données personnelles invoquées n'en sont pas puisque c'est lors de l'examen d'un ordinateur de la société portant la mention C. B. accessible sans mot de passe que l'expert a fait les constats critiqués ». Cette motivation n'est pas, elle aussi, exempt de critiques. En effet, que les ordinateurs expertisés soient la propriété de la société OGILVY n'enlève rien au caractère personnel des données auxquelles l'expert a pu avoir accès¹³¹ ! Que la messagerie et l'ordinateur ne soient pas dotés de dispositifs de protection n'est pas non plus un obstacle à l'existence de données à caractère personnel¹³². La juridiction aurait pu tout simplement motiver sa décision dans le sens de la primauté du droit à la preuve sur la protection des données à caractère personnel.

De toutes les considérations qui précèdent, le droit social tend implicitement à hiérarchiser les droits fondamentaux en milieu professionnel. Dans cette perspective, le droit à la preuve l'emporte désormais sur le droit à la vie privée du salarié dans son exercice au lieu et temps du travail¹³³. Cependant, cet affaiblissement d'un droit aussi fondamental qu'est celui de la vie privée reste atténué par la mise en œuvre d'un contrôle minimum réalisé au moyen de principes de contrôles.

¹²⁸ Tribunal de commerce d'Abidjan, 30 janvier 2014, RG n° 1836/2013, *op.cit.*

¹²⁹ Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, F-B N° Lexbase : A135947H ; H. Barbier, *RTD civ.*, 2021, p. 887.

¹³⁰ Cass. soc. 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40274.

¹³¹ (I) COULIBALY, « La difficile appréhension du droit émergent des NTIC en Côte d'Ivoire », Village-Justice.com, (consultée le 05.08.2025 à 11h11).

¹³² (I) COULIBALY, *Ibidem*.

¹³³ Cass. soc., 22 septembre 2021, *op.cit.*

B- Un affaiblissement atténué par des principes de contrôle complexes

L'affaiblissement de la protection des données à caractère personnel au profit du droit à la preuve est atténué par l'existence d'un contrôle minimum de nécessité (1) et de proportionnalité (2) opéré par les juridictions. Ce faisant, c'est au plaideur qu'il revient la charge de démontrer que les atteintes envisagées sont indispensables à la protection de son droit à la preuve et proportionnées aux finalités poursuivies¹³⁴.

Page | 131

1- Le principe de nécessité

Saisi d'une demande impliquant des éléments de preuve susceptibles de contenir des données à caractère personnel, le Juge doit opérer un premier contrôle. La mesure demandée « *est-elle nécessaire ? Existe-t-il d'autres mesures moins intrusives dans la vie privée des personnes concernées ?* »¹³⁵.

Au demeurant, le contrôle de nécessité ainsi évoqué a été posé solennellement par la Cour de cassation française dans son arrêt de principe en date du 5 avril 2012¹³⁶. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a expressément conditionné l'admissibilité des preuves obtenue de manière illicite à la condition qu'elles soient indispensables, c'est-à-dire nécessaires à l'exercice du droit à la preuve. Par cela, la Cour tente de maintenir un équilibre entre le droit à la preuve et le droit à la protection des données à caractère personnel. Ce faisant, une preuve est dite indispensable ou nécessaire lorsqu'hormis elle, aucune autre modalité probatoire licite ne peut être rapportée pour démontrer le droit allégué. Le principe de nécessité ou d'indispensabilité atténue la supériorité du droit à la preuve au droit à la vie privée. Le droit à la preuve illicite devient, par là même, un droit subsidiaire dont l'utilisation n'est autorisée qu'« *ultima ratio regun* »¹³⁷.

Le principe, convient-il de le souligner, tire sa substance du droit européen de protection des droits de l'Homme et plus singulièrement de l'arrêt du 10 octobre 2006 de la Cour européenne des droits de l'Homme¹³⁸ (CEDH). Dans cette espèce, l'Etat français a été condamné pour avoir admis, au cours d'une instance, un document médical sous le sceau du secret médical alors même qu'il existait d'autres éléments licites qui suffisaient à établir les faits allégués. La preuve n'étant

¹³⁴ Cass. soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, F-P N° Lexbase : A88364LT ; P. Adam, Dr. soc., 2021, p. 645.

¹³⁵ (G) CAUVIN, « *La protection des données personnelles face au droit à la preuve de l'article 145 du Code de procédure civile* », op.cit.

¹³⁶ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177.

¹³⁷ C'est-à-dire en dernier ou suprême recours.

¹³⁸ CEDH 10 oct. 2006, L. L. c/ France, n° 7508/02, préc.

pas nécessaire, c'est à juste titre que la Cour de Strasbourg a déploré et condamné l'atteinte à la vie privée. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), quant à elle, ne souscrit pas expressément au principe de nécessité. Cependant, le principe transparaît dans son arrêt du 16 juillet 2015. Dans cet arrêt, l'unique moyen de parvenir à l'arrestation d'un contrefacteur résidait dans la communication forcée, par une banque, de l'identité complète du titulaire du compte utilisé pour la transaction illicite¹³⁹. L'idée qui sous-tend tous ces arrêts est identique au raisonnement qui justifie les mesures d'instruction *in futurum* devant les juridictions civiles. S'il est vrai que le propos doit être nuancé, la production de preuve illicite par une partie étant différente d'une mesure d'instruction sollicitée auprès du juge, il faut tout de même souligner que le hiatus n'est qu'apparent. En effet, les deux hypothèses sus évoquées ont une cause commune : l'incapacité d'une partie à prouver ses allégations. Pourtant, en matière d'instruction, les articles 143 et 144 du Code de procédure français imposent au Juge de viser les faits déterminants la solution du litige s'il ne dispose déjà pas d'éléments suffisants. Conséquemment, dès lors qu'une des parties justifie qu'elle ne peut, en dépit de ses diligences, rapporter à elle seule la preuve de ses droits, le Juge est tenu de faire droit à sa demande. Il s'agit d'une hypothèse identique à l'espèce OGILVY précédemment évoquée. Dans cette espèce, la société demanderesse a obtenu, sur requête, une ordonnance du Tribunal de commerce aux fins de la réalisation de l'expertise informatique. C'est une fois l'expertise achevée, qu'elle a assignée la défenderesse en concurrence déloyale. Le Tribunal de Commerce d'Abidjan n'a pas d'ailleurs manqué d'expliquer que « *l'expertise réalisée en l'espèce ne fait pas partie de la catégorie des expertises considérées comme des preuves constituées en cours de procès. Elle est considérée comme une preuve préconstituée, et avant tout procès, par recours au juge* »¹⁴⁰.

Cependant, si le principe reste acquis en théorie, il reste qu'en pratique sa mise en œuvre demeure bien souvent incertaine. Dans certaines espèces, comme dans l'un de ses arrêts de 2020¹⁴¹, la Cour de Cassation n'a pu effectivement contrôler si les juges du fond ont effectivement analysé l'absence d'une alternative licite. Pour pallier de telles difficultés on pourrait s'autoriser à formuler une règle beaucoup plus simple qui voudrait que : « *Sauf disposition légale contraire, est recevable toute preuve obtenue illicitement lorsque celui qui la produit établit qu'il ne dispose*

¹³⁹ CJUE 16 juill. 2015, aff. C-580/13, Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg, D. 2015. 2168

¹⁴⁰ Pour un rappel récent de cette règle, Cour d'Appel de Versailles, 14ème ch., 15 janvier 2014, n° 13/04503

¹⁴¹ Cass. civ. 1re, 25 février 2020, n° 17-19.963.

d'aucun autre moyen pour prouver le fait qu'il allègue ». Une telle règle aura le mérite d'être prévisible et facilement utilisable.

2- Le principe de proportionnalité

Quand bien même la preuve illicite constitue l'unique moyen d'établir la véracité des faits allégués, il n'en reste pas moins que sa recevabilité demeure soumise à une condition supplémentaire, celle de la proportionnalité. Cela implique que l'atteinte envisagée doit pourvoir proportionnée par rapport à la finalité poursuivie. Une telle exigence, en dépit de son invocation fréquente devant les juridictions, demeure largement méconnue. En effet, ce critère d'analyse manque de précision de sorte que « *l'appréciation de la proportionnalité reste encore hésitante* »¹⁴². Au demeurant, la proportionnalité peut receler deux versants. Le premier peut être qualifié de formel. Il se ramène aux modalités d'obtention de la preuve. De la sorte, ce critère s'inspire des dispositions de l'article 259-1 du Code civil français. Selon donc la proportionnalité formelle, la preuve ne saurait résulter d'un acte de violence ou de fraude. Cependant, pour qu'un tel critère soit efficace, les notions de violence et de fraude gagneraient à être légalement clarifiées. Le second versant est matériel voire substantiel. C'est dire qu'il repose sur la mise en balance des intérêts antinomiques en présence. Ce critère exige que la preuve invoquée soit proportionnée au regard du droit en conflit. Cette exigence fait naître irrémédiablement une interrogation. La proportionnalité doit-elle être considérée comme acquise lorsqu'un droit fondamental est invoqué pour justifier des atteintes à un autre droit fondamental ? Au regard de l'état de la jurisprudence sur la question, on serait tenté de répondre par l'affirmative¹⁴³. Cependant, une telle solution reviendrait à sacrifier de nombreux droits subjectifs non expressément consacrés comme étant fondamentaux. Ce d'autant plus qu'il est rare qu'un droit subjectif ne soit pas relié à un droit fondamental. Ce faisant, le droit à la preuve, en tant que démembrement du droit fondamental à un procès équitable, dispose d'une nature fondamentale. De la sorte, il est en mesure de contrebalancer plusieurs droits fondamentaux tels le droit à la vie privée. Dans son arrêt du 13 mai 2008, la CEDH a d'ailleurs affirmé que ces deux droits « *méritent a priori un égal respect* »¹⁴⁴.

Quoiqu'il en soit, comme le principe de nécessité, le contrôle de proportionnalité est affecté par l'absence de critères objectifs et prévisibles permettant de l'encadrer suffisamment. En effet,

¹⁴² (G) CAUVIN, « La protection des données personnelles face au droit à la preuve de l'article 145 du Code de procédure civile », *loc. cit.*

¹⁴³ CJUE 16 juill. 2015, *Op.cit.*

¹⁴⁴ CEDH 13 mai 2008, *X. X. c/ Belgique*, n° 65097/01, D. 2009. 2714, obs. T. Vasseur.

le contrôle de proportionnalité repose entièrement sur une analyse *in concreto*. Un tel recours à la casuistique ne saurait permettre de systématiser des critères objectifs d'appréciation.

De toutes les considérations qui précèdent, l'enseignement qu'il convient de retenir de la réflexion c'est qu'il est possible, *a priori*, d'accepter comme recevables des preuves illicites ou déloyaux. Cependant, pour ce faire, elles doivent constituer l'unique moyen de démontrer les prétentions alléguées. Ce faisant, dès lors qu'une autre modalité probatoire est possible, et plus respectueuse de la vie privée, toute preuve déloyale est irrecevable. Toutefois, quand bien-même que la nécessité de la modalité probatoire est avérée, encore faut-il qu'elle soit proportionnée à l'objectif poursuivi. Dès lors que ces deux conditions sont réunies, le droit à la protection des données à caractère personnel s'évince au profit du droit à la preuve. En cette occurrence, le non-respect des principes cardinaux du droit des données à caractère personnel tels que le défaut de consentement ou d'informations préalables ne pourra pas faire obstacle à la recevabilité des moyens de preuves. Cette primauté de l'efficacité probatoire sur la loyauté probatoire tend à se justifier concernant de nombreux contentieux tels ceux relatifs au droit social, au divorce, aux violences sexuelles etc... Toutefois, cette prééminence du droit à la preuve ne doit pas conduire à sacrifier d'autres droit fondamentaux tel celui de la protection des données à caractère personnel. Autrement, si l'on admet que le droit à la preuve puisse systématiquement primer sur le droit à la vie privée, ce serait un recul notable pour le droit de la protection des données à caractère personnel, encore à un stade embryonnaire sous nos cieux. Est-on prêt à opérer un tel sacrifice ?

La transparence dans le contrat d'assurance conclu et/ou géré par voie numérique

Transparency in insurance contracts concluded and/or managed digitally

Par : Page | 135

TANKEU Maurice

Docteur/PhD en Droit

Enseignant-chercheur au Département d'Insurance and Security,
Université de Bamenda (HICM)/Cameroun

Résumé :

Tous les secteurs de la chaîne économique ont plus ou moins intégré le numérique à nos jours. Le secteur des assurances, en particulier, l'avait bien fait, longtemps, par des rapports dématérialisés que les sociétés d'assurance entretiennent avec leurs clientèles. Si l'exigence de transparence a toujours été au cœur de la relation entre l'assureur et l'assuré, ce besoin est devenu plus criard avec la dématérialisation de la relation contractuelle. Alors que ce n'est que très récemment le législateur de la CIMA a mis sur pied un cadre juridique particulier à l'assurance distribué par voie numérique ou électronique à travers le Règlement 01/CIMA/PCMA/CE/SG/2024 du 16 janvier 2024 portant sur la distribution et la gestion du contrat d'assurance par voie numérique/électronique, il fallait mener une réflexion sur la transparence dans ce type de contrat. Cette analyse qui, au regard du risque de déficit d'information du fait de la distance physique qui est créée par le numérique, a consisté à rechercher les mécanismes juridiques qui permettent d'assurer une transparence dans ce contrat d'assurance afin peaufiner un régime juridique d'un contrat d'assurance numérique transparent. Ainsi, sommes-nous parvenus à l'exploration des mesures d'expression de la transparence dans la relation contractuelle sans toutefois ignorer d'appréhender l'hypothèse de déni de la transparence.

Mots clé : Traçabilité, Transparence, nullité, Bonne foi, Information, Risque, données personnelles, Secret.

Abstract:

All economy sectors have integrated digital technology today. The insurance sector, in particular, adopted it early by online exchanges that insurance companies maintain with their clients. While the need for transparency has always been central in the relationship between insurer and insured, it became more pressing with the dematerialization of the contractual relationship between the parties.

Although the CIMA legislator has recently established a specific legal framework for digital insurance (E-Insurance) through the Regulation 01/CIMA/PCMA/CE/SG/2024 of January 16, 2024, concerning the distribution and management of insurance contracts via digital/electronic means, it was necessary to make analysis on transparency in this type of contract.

Given the risk of asymmetric information created by the physical distance inherent to digital interactions, this research sought to identify legal mechanisms to ensure transparency in digital insurance contracts. The aim was to refine a legal framework for a transparent digital insurance contract. Consequently, we succeeded in exploring and analyzing the measures of expressing the transparency between the parties. This analysis has also considered some scenarios of transparency denial.

Keywords: Traceability, nullity, Good faith, Information, Risk, Personal data, confidence.

Introduction

L'avènement du numérique n'est pas récent dans les activités économiques et sociales¹. Il remonte à l'arrivée des nouvelles technologies de l'information et de la communication et surtout l'expansion de l'internet. Ces dernières années, l'essor du numérique s'est exalté pendant la pandémie de la COVID 19. Du télétravail à l'enseignement à travers des plateformes numériques (E-learning), en passant par la consultation médicale en ligne, on a découvert les multiples facettes de l'utilisation du numérique dans les activités de l'homme. Le champ des affaires et plus particulièrement de la distribution des services n'a pas été attentiste pour intégrer ce nouveau moyen d'expression et d'échange en raison de ses multiples avantages. Par ses vertus simplificatrices, le commerce électronique fait figure de progrès : il facilite l'accès à l'information commerciale, la vente de biens et services, leur paiement ainsi que bien d'autres fonctionnalités². Les contrats électroniques présentent la spécificité d'être conclus au moyen des machines en l'absence de tout contact physique, direct et simultané. Le commerce électronique est caractérisé par la dépersonnalisation, la dématérialisation, et la délocalisation des échanges par internet.

Page | 137

Le secteur de la finance, en général, et celui des assurances, en particulier, en Afrique, s'en est bien accommodé. Ainsi, le législateur de la CIMA matérialisait le saisissement de l'assurance par le numérique en consacrant un cadre juridique particulier relatif à l'assurance numérique par le Règlement 01/CIMA/PCMA/CE/SG/2024 du 16 janvier 2024 portant sur la distribution et la gestion du contrat d'assurance par voie numérique/électronique. L'assurance est une activité subjuguée par une exigence très poussée de la transparence. En effet, le principe de la bonne foi qui doit guider le comportement des parties au contrat d'assurance commande que chacune agisse sur la base des informations claires et précises fournies par l'autre. Selon un auteur, la bonne foi est « *la loyauté, la correction, le comportement de qui ne cherche ni à tromper, ni à nuire, ni à profiter de la vulnérabilité d'autrui* »³. Le souscripteur doit ainsi déclarer toutes les circonstances

¹ Les premiers balbutiements de l'informatique remontent aux années 1960, avec le développement des premiers ordinateurs et la création d'APARNET, l'ancêtre de l'internet. Le numérique a connu une accélération fulgurante avec l'essor de l'internet dans les années 1990. Cette révolution a transformé le monde de la communication à l'économie en passant par l'éducation et les loisirs. Les smartphones et les réseaux sociaux ont propulsé le numérique au-delà de sa sphère traditionnelle pour le mettre au cœur du quotidien des populations. Si cette transformation offre des opportunités immenses, elle soulève également des défis tels que la fracture numérique, la cybercriminalité et les questions éthiques liées à l'intelligence artificielle et à l'utilisation des données personnelles.

² C'est en ces termes qu'Éric LABBE introduisait une communication intitulée « *La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la production de normes* », lors d'une Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI) à Montréal le 19 décembre 2003 sur le Commerce électronique.

³ ATIAS (Ch.), *Le contentieux contractuel*, 4^e éd., Librairie d'Aix-en-Provence, 2008, p. 148, n° 165.

et informations connues de lui de nature à permettre à l'assureur de se faire une opinion éclairée sur le risque à prendre en charge. De même, l'assureur doit permettre à l'assuré, à tout moment, de maîtriser son contrat en lui fournissant toutes les informations nécessaires. L'avènement du numérique dont la conséquence est la création d'une distance physique plus ou moins large entre les deux parties commande qu'on explore de nouveau cette exigence de transparence. Magnifiant l'importance de la transparence et par ricochet l'absence de secret dans l'assurance, un auteur note que ces deux notions [assurance et secret] sont antinomiques et inconciliables et que le secret n'a pas sa place dans la relation d'assurance⁴. Que l'on se place du côté de l'assureur ou de l'assuré, il est de l'intérêt de tous les protagonistes de conclure et exécuter le contrat sous les auspices d'une transparence parfaite⁵. Les questions relatives au numérique sont devenues un champ fertile de la recherche juridique⁶. Dans cette veine, une réflexion sur la transparence dans le contrat d'assurance numérique était pertinente au regard de la montée en puissance du numérique dans les relations qui se tissent désormais entre les acteurs du secteur des assurances.

La nécessité de la transparence a toujours été au cœur de la relation entre l'assureur et l'assuré. Elle est devenue plus criarde avec la dématérialisation de la relation contractuelle. Serait-elle une condition de validité ou de vitalité du contrat d'assurance ? La validité sous-entend le respect des conditions de formation de l'acte juridique, notamment celles consacrées à l'article 1108 du Code civil (le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité à contracter, un objet certain et licite et une cause licite) et des conditions supplémentaires prévues pour certains contrats spécifiques⁷. Ces conditions doivent être observées au moment de la formation du contrat sous peine de nullité⁸. Elles permettent de vérifier si le contrat est effectivement valable⁹. La vitalité du contrat n'a pas de définition juridique stricte, mais peut-être appréhendée comme sa capacité à maintenir son efficacité et sa pertinence, à être exécuté de bonne foi par les parties. Exigée en

⁴ HABOUBI (C.), *Le secret en droit des assurances*, Thèse de Doctorat, Université de Lyon 3, 2009, n° 41.

⁵ Ibid.

⁶ Cette réflexion est pensée dans le cadre d'une journée scientifique organisée par l'Unité de Recherche en Droit, Institution et Intégration Communautaire (URDIIC) de l'Université de Dschang-Cameroun en date du 6 décembre 2024 sur la « transparence ». Je rends ainsi un hommage à la coordonnatrice, le professeur KALIEU ELONGO Yvette Rachel ainsi qu'aux collègues du laboratoire qui, sans cesse, nous accompagnent dans cette quête permanente de la connaissance.

⁷ Tel est le cas de l'acte notarié dans la vente d'immeuble. Voir LE TOURNEAU (P.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 ; LAIDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992. Le contrat de société (article 1832 du Code civil) impose aussi des conditions spécifiques au-delà de ceux de l'article 1108 à savoir les apports. Spécifiquement dans l'assurance, l'on peut relever l'exigence de l'intérêt assurable.

⁸ TERRE (F.) & al., *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} éd. Dalloz, 1999, n° 364.

⁹ AYNES (L.), « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 154 ; IZORCHE (M.L.), « Contrats conditionnels et définitifs » in *La négociation du contrat, RTD com. Spéc.*, 1998, p. 524.

cours de contrat, le défaut de vitalité est sanctionné, non pas par la nullité, mais par la résolution. Etant entendu qu'elle est requise comme élément nécessaire à la rencontre efficace des volontés des parties, et dans la mesure où elle détermine le consentement d'une partie à contracter, on peut la considérer comme un élément de validité du contrat. Considérant aussi que la transparence ne se limite pas à la formation, mais irrigue l'exécution du contrat, on peut en outre la considérer comme un élément de sa vitalité. Ainsi, la transparence est à la fois une condition de validité et de vitalité du contrat. Les deux ayant en commun que leur inobservation entraîne la disparition du contrat ou le prononcé d'autres sanctions¹⁰ à la demande de l'une des parties.

L'assurance est définie de manière prosaïque comme l'opération par laquelle un risque¹¹ est transféré d'un assuré à une compagnie d'assurance en contrepartie du paiement d'une prime. Elle est matérialisée par la conclusion d'un contrat entre les deux parties. La police d'assurance est l'instrumentum du rapport juridique né du contrat entre l'assureur et l'assuré. La définition du contrat d'assurance par voie numérique est donnée par le Règlement CIMA précité. Il en ressort substantiellement que c'est un contrat distribué et géré totalement ou partiellement par voie numérique/électronique et notamment par téléphone mobile ou internet. Il s'en déduit que le caractère numérique ou électronique découle de la dématérialisation du processus de distribution ou de gestion.

La simplicité du terme transparence cache en fait la subtilité de sa compréhension. Etymologiquement, le terme transparence vient du préfixe « *trans* » qui signifie « *au-delà* » et le substantif « *apparence* », qui signifie « *la manière avec laquelle paraît une réalité* ». Elle est entendue de manière basique comme l'état de ce qui laisse voir sans opacité. Pour Pierre BERNIER, la transparence désigne l'état de révélation volontaire des éléments qui façonnent,

¹⁰ L'inexécution du contrat par l'une des parties peut aussi donner lieu à l'exécution forcée, si c'est possible ou à la condamnation à des dommages et intérêts, si la responsabilité contractuelle du cocontractant est établie.

¹¹ Le mot risque a plusieurs acceptions. Il désigne l'objet de la garantie, le préjudice garanti et l'événement générateur de ce préjudice. C'est aussi le danger auquel l'objet de la garantie est exposé et dont l'assureur couvre les conséquences dommageables. C'est encore un événement incertain, qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, spécialement de l'assuré. Emmett J. VAUGHAN le perçoit comme « *une condition où il y a possibilité d'observer une différence indésirable entre le résultat obtenu et le résultat espéré* » (Emmett J. VAUGHAN, « The Risk Management Problem », in *Risk Management*, New York, John Wiley & Sons, 1997, p. 1-23).

Jean-François LAMOUREUX définit le risque comme un « *élément fondamental de l'assurance, [qui] revêt un caractère d'incertitude, c'est-à-dire que l'événement doit être, d'une part, indépendant de la volonté des parties et, d'autre part, ultérieur à la conclusion du contrat d'assurance* » (LAMOUREUX (J.-F.), « Le risque », in *Collection de droit 2010-2011*, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 97). Le risque est donc un événement incertain, aléatoire, qui ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré et que la survenance engendrerait un dommage pour l'assuré.

structurent ou contribuent aux attitudes, comportements, actes ou discours afin d'en assurer une totale intelligibilité¹². Il ajoute que sa logique intrinsèque est le dépassement de la figure primaire qui s'offre à la perception des sens afin de montrer le « paysage » des facteurs qui constituent l'infrastructure du fait tangible au sujet duquel cette image communique¹³. La transparence est aujourd'hui au cœur des relations sociales. Elle est érigée au rang de valeur et est recherchée presque universellement. La transparence, tant dans la sphère publique que privée, se révèle en effet comme la condition nécessaire à toute démarche rationnelle d'attribution et d'entretien de la confiance.

Dans la relation assureur-assuré la transparence est fondée au-delà de l'équité et du droit sur un besoin de protection de l'ordre sociale. Comme l'a démontré Nancy VIGNAL dans sa thèse¹⁴, le concept de transparence est imposé par la loi, par les autorités de contrôle, par la jurisprudence dans le souci de préserver les intérêts individuels ou dans l'intérêt supérieur d'un marché. En effet, le preneur d'assurance en général et de l'assurance numérique, consommateur ou professionnel, doit être protégé. De même, l'assureur doit suffisamment être éclairé sur le risque qu'il garantit afin d'assurer la stabilité du système assurantiel. Ceci étant, cette réflexion peut donner lieu à deux orientations. La première consiste à demander si le contrat d'assurance conclu et/ou géré par voie numérique est transparent. La seconde orientation ayant eu la faveur de notre attention, consiste à s'interroger plutôt sur la place de la transparence dans le discours juridique des assurances et en particulier sur son volet numérique. Ainsi, peut-on poser la question de savoir comment les règles juridiques applicables au contrat d'assurance conclu et/ou géré par voie numérique consacrent l'idéal de transparence.

En exigeant la transparence des relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateur de l'assurance, la volonté de rationaliser les rapports contractuels ne se limite pas à établir certaines règles relatives à la communication des conditions générales de la vente des produits d'assurance. Elle organise une véritable procédure de négociation, de formation et de gestion des contrats entre parties. La transparence discipline aussi bien les contrats conclus que les comportements des acheteurs et vendeurs des produits d'assurance par voie numérique afin de préserver leur effectivité et leur efficacité. Sa raison d'être est de résoudre le paradoxe fondamental de l'ordre juridique

¹² BERNIER (P.), « Transparence », in COTE (L.) et SAVARD (J.-F.) (dir.), *Le Dictionnaire encyclopédique de l'administration publique*, (2012). [en ligne], www.dictionnaire.enap.ca

¹³ Ibid.

¹⁴ VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, Thèse de Doctorat, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 352 pages.

concurrentiel selon lequel le contrat est à la fois le moteur essentiel de la concurrence et le principal vecteur de son disfonctionnement. Au-delà du besoin de transparence dans le contrat, le législateur camerounais dans la loi de 2010 sur le commerce électronique requiert une présentation du professionnel qui offre des services par voie électronique. Il ressort de l'article 31 alinéa 1 de ce texte que, sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne exerçant une activité de prestataire de services dans le domaine du commerce électronique est tenue d'assurer aux destinataires desdits services et aux autorités un accès facile, direct et permanent aux informations minimales concernant son identification¹⁵. L'examen de la transparence dans le contrat d'assurance numérique commande qu'on envisage dans une première partie son expression que le caractère est renforcé du fait du support numérique ou électronique de conclusion et de gestion. Dans une seconde partie, il y a lieu de présenter le traitement de sa négation. De l'analyse des instruments pertinents en la matière, il se dégage une exaltation du principe de transparence dans le contrat d'assurance distribué et géré numériquement et/ou électroniquement (I). Dans la même veine, le traitement de l'inobservation de la transparence connaît un enrichissement (II).

I- L'EXALTATION DE L'EXPRESSION DE LA TRANSPARENCE DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE NUMERIQUE

Sur le fondement du principe du consensualisme, le contrat d'assurance numérique est formé par le seul échange de consentement entre les parties indépendamment du support utilisé (site internet, courriel, téléphone, etc). Il est la preuve de la liberté d'expression de la volonté et aucun mode n'est supérieur, car tel que le soulignaient certains auteurs, « *les divers modes d'extériorisation du consentement sont considérés comme équivalents dès lors qu'ils sont suffisamment expressifs* »¹⁶. Si le but du contrat d'assurance est de transférer le risque de l'assuré vers l'assureur, toujours est-il qu'il est admis que sa connaissance complète est une illusion¹⁷. La maîtrise du risque est la pierre angulaire du contrat d'assurance. La connaissance, ou tout au moins une délimitation raisonnable, du risque réel permet aux cocontractants de connaître l'étendue de leurs engagements respectifs, et ce quel que soit le contrat d'assurance envisagé. Dans cette optique, il est essentiel de s'assurer que le consentement a été donné en toute connaissance de cause. La transparence irrigue toutes les relations contractuelles de nos jours. Elle est d'abord

¹⁵ Voir l'énumération faite à l'article 30 alinéa 1.

¹⁶ TERRE (F.) & al. *Droit civil*, Les obligations, *op.cit.*, n° 121.

¹⁷ MAYAUX (L.), Rep. Dalloz, *Assurances terrestres (1° généralités)* n°4.

exigée entre les parties contractantes pour leur garantir une maîtrise du contrat, mais aussi à l'endroit des autorités de régulation et contrôle, qui peuvent solliciter et obtenir toute la documentation contractuelle numérique. A cet effet, les échanges entre les parties doivent refléter la clarté. Ainsi, chaque partie doit donner à l'autre, tant lors de la négociation, de la conclusion, que de l'exécution du contrat, toutes les informations de nature à lui permettre d'avoir une opinion juste et éclairée sur le contrat. Tout contrat ayant deux temps principaux, à savoir la formation et l'exécution¹⁸, il est judicieux d'organiser l'expression de la transparence autour de ces deux articulations. En effet, les parties¹⁹ et les obligations qui leur incombent varient en fonction du stade du contrat. De même, la naissance des obligations contractuelles proprement dit se situe non pas au moment de la formation du contrat mais de son exécution²⁰. Le schéma de l'assurance numérique ne s'écarte non plus de ce postulat classique. Ceci étant relevé, il convient de souligner que le souci de clarté est valorisé lors de la conclusion du contrat (A) au même titre qu'il est réitéré en cours d'exécution (B).

A- La valorisation de la transparence lors de la formation du contrat d'assurance numérique

Dans une large mesure, le droit des contrats demeure applicable aux contrats électroniques et en constitue le droit commun. Spécifiquement, les règles relatives à la formation du contrat d'assurance, en général, s'appliquent au contrat d'assurance numérique²¹. Néanmoins, les contrats électroniques posent un certain nombre de problèmes juridiques particuliers auxquels contribuent la rapidité, l'interaction simultanée. Ces caractéristiques influent sur l'appréhension des modalités de formation du contrat, en même temps qu'ils accentuent le risque de contracter. L'intégrité, l'honnêteté et la fiabilité des messages échangés par voie électronique sont autant des questions qui se posent avec acuité en matière de formation du contrat d'assurance numérique/électronique. Afin de garantir l'intelligibilité ou du moins la clarté au moment de la conclusion du contrat, les

¹⁸ Voir KALIEU ELONGO (Y.R.), « La distinction de la formation de l'exécution du contrat », *Afrilex* n° 5, <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>,

¹⁹ Les parties au contrat ne sont pas nécessairement les mêmes lors de la formation et au stade son exécution (voir GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTDciv.*, n°4 :1994, p. 789 ; SAINT HLAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, 2000.

²⁰ BARON (F.), « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTDcom.*, n°1/2001, p.1.

²¹ Dans ce sens le professeur BOKALLI écrit : « le droit des assurances, qui porte pour l'essentiel sur le droit du contrat d'assurances, ne constitue qu'une application particulière de la théorie générale du contrat aux relations nées dans le cadre de l'opération d'assurance », BOKALLI (V.-E.), « L'assurance, une institution méconnue », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 151.

informations échangées doivent, non seulement, être vraies, claires et complètes (1), mais aussi accessibles et compréhensibles (2). Les parties doivent aussi s'abstenir des clauses abusives (3).

1- L'échange d'informations vraies, claires, complètes et à temps entre les parties

La conclusion du contrat proprement dite est le résultat des négociations qui ont été faites entre les parties dans la période précontractuelle²². Durant cette période, plusieurs informations doivent être partagées entre les parties afin de garantir l'intégrité de leurs consentements. Avant l'avènement du Code CIMA, le système en vigueur était celui de la déclaration spontanée ou du questionnaire ouvert²³, lequel imposait au souscripteur de porter à la connaissance de l'assureur toutes les informations connues de lui, de nature à influencer sur l'appréciation par ce dernier de l'étendue exacte du risque qu'il entend couvrir. Aujourd'hui, à l'exception des grands risques²⁴, il revient à l'assureur de soumettre au souscripteur un questionnaire précis de déclaration auquel ce dernier doit répondre en toute sincérité²⁵. Ce questionnaire revêt une importance cardinale, dans la mesure qu'il pourrait guider les parties en cas de contentieux sur la bonne foi de l'assuré²⁶. Orienté par ce questionnaire, au cas où il est requis, le souscripteur de l'assurance électronique est

Page | 143

²² Très régulièrement, le contrat est conclu par l'entremise d'un intermédiaire d'assurance (courtier d'assurance, agent d'assurance voire une banque). Il se pose le problème de la personne à qui il incombe l'obligation de transparence, c'est-à-dire donner des informations nécessaires à l'assuré pour apprécier son contrat. Naturellement, il revient à l'intermédiaire qui est tenu du devoir d'information et de conseil envers l'assuré. Qu'en est-il en cas de non-respect ? La faute est-elle imputable à l'assureur ou à l'assuré ? En principe le dol d'un tiers n'affecte pas la validité du contrat (C. Com., 1^{er} avr. 1952, D., 1953, J. 685, note COPPER ROYER). Au cas où l'intermédiaire agit au nom et pour le compte de l'assureur en tant que mandataire, ce dernier serait responsable du manque de transparence commis à l'égard de l'assuré par son agent (C. Com. 27 nov 1972, BC IV 308 ; voir GAUTHIER, *RTDciv.* 1998, III, p. 931 ; C. Com. 24 mai 1994, D., 1995, Somm. 88, obs. DELEBECQUE, *RTDciv.* 1995.99 ; obs.MESTRE ; C. Com. ; 13 juin 1995, LPA, 12 juill. ? 1996.37, note DAGORNE-LABBE, JCP 95.1.3880, obs.JASMIN). Par contre, si l'intermédiaire n'agit pas pour le compte de l'assureur, celui ne pourrait aucunement être tenu pour responsable et l'intermédiaire engagerait sa responsabilité civile délictuelle ou contractuelle envers l'assuré selon qu'il existe ou non un contrat entre les parties (voir Dir. BIGOT (J.), *Traité de droit des assurances, tome 2 : L'intermédiation d'assurance*, 2^e éd. LGDJ, 2009, pp.24 à 32).

²³ MVONDO ELA (P.), « L'obligation d'information de l'assuré », in *L'obligation*, Etudes offertes au Professeur Paul Gérard POUGOUE, dir. ANOUKAHA (F.) et OLINGA (A. D.), l'Harmattan, 2015, pp. 515-526, spec. p. 517.

²⁴ Les risques maritimes (transport, exploration pétrolière, etc) sont qualifiés comme des grands risques.

²⁵ MAYAUX (L.), « L'ignorance du risque », *RGDA*, 1999, n° 3, p. 730.

²⁶ Voir : BEIGNIER (B.) et BEN HADJ YAHIA (S.), *Droit des assurances*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2015, n°s 198 et s. ; NOGUÉRO (D.), « La déclaration du risque : quel support ? », *Gaz. Pal.*, n° 117, 27 avr. 2013, n° 128. ; NOGUÉRO (D.), « Le contenu du questionnaire de déclaration du risque pour apprécier son aggravation », note sous Cass. 2^e civ., 11 juin 2015, n°s 14-17971 et 14-18013, *Gaz. Pal.*, n° 244, 1^{er} sept. 2015, p. 17 ; NICOLAS (V.), « La preuve d'une fausse déclaration intentionnelle suppose un questionnaire de l'assureur », note sous Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-18760 : *L'essentiel droit des assurances*, n° 8, 3 sept. 2014, p. 1 ; BERLAUD (C.), « L'assureur ne peut se prévaloir d'une réponse à une question qu'il n'a pas posée », note sous Cass. 2^e civ., 3 juill. 2014, n° 13-18760, Sté Generali IARD c/ Mme X et a., *Gaz. Pal.* n° 198, 17 juill. 2014, p. 21 ; PÉLISSIER (A.), « Forme et moment de la déclaration de risques », note sous Cass. 2^e civ., 14 avr. 2016, n° 15-18226, *RGDA*, n° 7, 1^{er} juill. 2016, p. 357 ; ASTEGIANO-LA RIZZA (A.), « Preuve de la fausse déclaration intentionnelle des risques », note sous Cass. crim., 10 janv. 2012, n° 11-81647 : *L'essentiel droit des assurances*, n° 04, 10 avr. 2012, p. 3.

dans l'obligation de fournir à l'assureur des informations originales aptes à garantir une limpidité de la procédure de conclusion du contrat²⁷. L'article 7 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux commande aux parties de respecter les obligations d'information que peut leur imposer la loi nationale. A cet égard l'article 15 alinéa 1 de la loi camerounaise de 2010 sur le commerce électronique dispose de manière générale, qu'avant la conclusion du contrat, le vendeur est tenu, lors des transactions commerciales électroniques, de fournir au consommateur de manière claire et compréhensible les informations suivantes : l'identité, l'adresse et le téléphone du vendeur ou du prestataire des services ; une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction ; la nature, les caractéristiques et les prix du produit, le coût de livraison et, le cas échéant, les tarifs d'assurances du produit et les taxes exigées ; la durée de validation de l'offre du produit aux prix fixés ; les conditions de garanties commerciales et du service après-vente ; les modalités et les procédures de paiement et, le cas échéant les conditions de crédit proposées ; les modalités et les délais de livraison, l'exécution du contrat et les résultats de l'inexécution des engagements ; la possibilité de rétraction et son délai ; le mode de confirmation de la commande ; le mode de retour du produit, d'échange ou de remboursement, le coût d'utilisation des moyens de télécommunication lorsqu'ils sont calculés sur une autre base que les tarifs en vigueur ; les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est conclu à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un (1) an ; la durée minimale d'un contrat pour les contrats portant la fourniture, à long terme ou périodiquement, d'un produit ou d'un service. Ces informations sont fournies par voies électroniques et mises à la disposition du consommateur pour consultation à tous les stades de la transaction.

Le contrat d'assurance numérique se forme par l'offre et l'acceptation entre l'assureur et l'assuré. L'acceptation doit répondre à la proposition et se matérialiser spécifiquement par un échange d'informations pertinentes entre les parties. Elle se traduit par l'extrême bonne foi des parties²⁸. Les informations à fournir doivent être à double tranchant : celles qui peuvent inciter le cocontractant à conclure le contrat envisagé et celles de nature à l'en dissuader. La présentation exhaustive du risque que l'assuré envisage transférer et du contenu de la couverture que l'assureur propose constituent l'un des éléments auxquels les cocontractants sont en droit d'attendre de

²⁷ Voir MERYEM EDDEROUASSI, *Le contrat électronique international*, Thèse de Doctorat, Université Grenoble Alpes, 2017, p. 45 et suivantes.

²⁸ PICARD (M.) et BESSON (A.), *Traité général des assurances terrestres*, t. I, LGDJ, 1938, p. 214, n° 110.

l'autre. La qualité et la quantité de l'information exigible doivent maintenir un équilibre entre la valeur du contrat lui-même et le coût de l'information. De manière générale, l'article 6 du code CIMA impose en outre à l'assureur de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions. Cette fiche doit être remise en temps opportun, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat et assez tôt pour que l'assuré puisse avoir le temps de prendre connaissance des éléments essentiels du contrat et mettre les assureurs en concurrence²⁹.

Il ressort de l'article 12 du Code CIMA que le souscripteur doit répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge. Le souscripteur d'assurance doit ainsi dire la vérité, c'est-à-dire que ce qu'il dit doit être conforme à la réalité. A cet effet, l'assuré doit donner à l'assureur toutes les informations utiles, lui permettant d'avoir une opinion claire et précise sur le risque. La connaissance, ou tout du moins, une délimitation raisonnable, du risque réel permet aux cocontractants de connaître l'étendue de leurs engagements respectifs, et ce quel que soit le contrat d'assurance envisagé. De plus, il est fait obligation à l'assuré d'informer l'assureur au moment de la conclusion de tout contrat, de l'existence d'autres contrats d'assurance en cours, couvrant le même risque³⁰. L'assuré doit, lors de cette communication, faire connaître le nom de l'assureur avec lequel une autre assurance a été contractée et indiquer la somme assurée³¹.

Si l'assuré doit répondre convenablement aux questions de l'assureur, l'obligation de l'assureur d'informer le preneur d'assurance est insuffisamment consacrée par le droit spécial des assurances en dehors de l'article 8 du Code CIMA³² et de la fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions³³ (article 6 Code CIMA précité³⁴). Face à cette carence pouvant nuire gravement à la satisfaction de l'obligation de transparence lors de la conclusion du contrat

²⁹ COURROUY (J.), « Le droit des parties au contrat d'assurance », *D.*, 1990, Chron. p. 190.

³⁰ V. article 34 du Code CIMA ;

³¹ Article 34 alinéa 2 du Code CIMA.

³² Il ressort de cette disposition que les entreprises d'assurances doivent, avant de nouer une relation contractuelle ou d'assister leur client dans la préparation ou la réalisation d'une transaction et pendant toute la durée de la vie d'un contrat, prendre toutes les dispositions pour connaître et actualiser leur connaissance du client et du risque couvert et permettre le respect dans les délais des différents engagements pris.

³³ La fiche a une valeur contractuelle, car l'assureur ne saurait se dédire après la formation du contrat pour se soustraire aux engagements qui y sont stipulés. Lire dans ce sens : KEUGONG WATCHO (R. S.), *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, p.195 ; KEUGONG WATCHO (R. S.), « La réforme de l'article 13 du Code CIMA », *Juridis Périodique* n° 102, avril-mai-juin 2015, pp. 139-142.

³⁴ A titre de rappel, il ressort de ce texte que l'assureur est tenu avant la conclusion du contrat de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions.

numérique, il est donc opportun de se référer à la loi de 1990 précitée, car en l'absence de règle spéciale on se réfère à la règle générale. Il convient de souligner que ces questions doivent être suffisamment complètes, afin de permettre au preneur d'assurance de se faire une opinion bien claire sur le contrat en conclusion. En raison du statut non professionnel de l'assuré, très souvent profane, l'assureur doit mettre son expertise au service du preneur d'assurance, afin que celui-ci « *ne pâtisse pas de sa naturelle incompétence* »³⁵. La formation du contrat d'assurance est ainsi marquée par une obligation particulière de loyauté requise des parties, laquelle « *révèle mieux la distance qui sépare les conditions de formation de ce contrat de celles du droit commun* »³⁶.

La transparence commande aussi que l'assuré ne fasse pas d'économie, mais qu'il révèle la totalité des informations à sa connaissance. Ainsi, comme le relevait un auteur, le preneur d'assurance doit « *de révéler toutes les données connues et conscientes qui permettent à l'assureur une juste appréciation du risque pris en charge* »³⁷. De même, ces informations doivent être mise à disposition à temps utile, c'est-à-dire dans la phase de la négociation entre les parties car, si elles sont données plus tard, elles peuvent ne plus être plus utiles³⁸. Autant qu'elles doivent être claires et précises, les informations données pendant la conclusion du contrat doivent satisfaire à l'impératif d'accessibilité et de compréhensibilité.

2- L'accessibilité, la compréhensibilité et l'intelligibilité des informations

L'accessibilité aux informations passe par l'utilisation d'un dispositif technique accessible par les différents interlocuteurs. Ainsi, les technologies utilisées particulièrement par l'assureur pour échanger avec son client doivent être à la portée de ce dernier. Dans ce sens, l'adoption des équipements et services électroniques interopérables³⁹ est recommandées par les compagnies d'assurance afin d'assurer une communication et un traitement plus aisés des informations et

³⁵ BOUT (R.) « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 47.

³⁶ MAZEAUD (D.), Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 610.

³⁷ BEIGNIER (B.) « Déclaration de risque et bonne foi dans le contrat d'assurance », D. 1996, p. 56.

³⁸ Voir dans le même sens TSOMEVOU (R.G.), *Le contentieux du contrat d'assurance dans la zone CIMA*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2020, p. 24, n° 26 ; BOKALLI (V. E.), « Le nouveau droit du contrat d'assurance des Etats membres de la CIMA », R.A.D.I.C., 1998, p. 425

³⁹ Un auteur définit l'opérabilité comme « *la capacité de plusieurs éléments hétérogènes matériels ou immatériels, complémentaires ou substituables, à fonctionner ensemble grâce à l'adoption de caractéristiques techniques communes, impliquant le recours à une ou plusieurs normes ou standards techniques, généralement ouverts, afin d'aboutir à un résultat parfait* » (TCHABO SONTANG (H.M.), *La réglementation du commerce électronique dans la CEMAC, contribution à l'émergence d'un marché commun numérique*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, p. 134).

services. L'utilisation des infrastructures et des équipements interopérables a pour effet de juguler le cloisonnement du marché en favorisant son ouverture et surtout de préserver la liberté de choix des acteurs du marché et par conséquent ceux du secteur des assurances⁴⁰. Comme le souligne une auteur, elle contribue à maintenir une concurrence effective sur les marchés en cause et développe des effets positifs sur l'innovation et les prix, le tout au bénéfice des consommateurs et de la société⁴¹.

La compréhensibilité, ou du moins, l'intelligibilité de l'information passe par l'utilisation d'une langue et d'un langage maîtrisés des parties. En effet, l'utilisation des langues officielles des Etats membres de la CIMA⁴² est un impératif et doit être adoptées par les parties dans leurs interactions. L'article 7, alinéa 1 du Code CIMA se borne seulement à relever que le contrat d'assurance est rédigé par écrit dans la ou les langues officielles de l'Etat membre de la CIMA en caractères apparents, sans précision relative aux autres documents et informations partagés entre l'assureur et l'assuré. En France, par exemple, la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française impose, en son article 20, que l'offre dans le commerce électronique soit rédigée en français ou qu'une traduction en langue française soit jointe dans des documents de présentation. L'exigence de l'utilisation de la langue française ou une autre langue officielle, maîtrisée par le preneur d'assurance, doit être imposée aux professionnels de l'assurance qui communiquent avec ceux-ci dans la phase de négociation et de conclusion du contrat d'assurance. L'utilisation des dialectes parlés par une majorité des peuples de la zone à l'exemple du « Fulfulde » est-elle admise ? Nous nous positionnons pour une acceptation dans la mesure où elle permet aux parties de mieux se comprendre et de maîtriser davantage leur contenu contractuel. Une avancée notable est d'ailleurs déjà observée dans la zone CIMA dans ce sens, même si elle est pour le moment cantonnée à la microassurance. En effet, il ressort de l'article 701 du Code CIMA que : « *Le contrat de microassurance doit être rédigé dans un langage simple, clair et facilement compréhensible par la population cible. Par dérogation aux dispositions de l'article 7, le contrat de microassurance peut être traduit et commercialisé dans la langue locale de la population cible. En cas de litige, la version en langue officielle fait foi, sauf si la traduction en langue locale est plus favorable à l'assuré* ». Cette exigence, en tant que dérogation et qui semble être consacrée

⁴⁰ TCHABO SONTANG (H.M.), *La réglementation du commerce électronique dans la CEMAC, contribution à l'émergence d'un marché commun numérique*, op. cit., p. 135.

⁴¹ DAVID-WARCHOLAK (N.), *Interopérabilité et droit du marché*, Thèse de Doctorat, Université de Nantes, 2011, p. 5.

⁴² Il ressort de l'article 61 du Traité CIMA que la langue de travail de la Conférence et des institutions spécialisées est le français.

spécifiquement pour les assurés de moindre envergure, doit être érigée en règle générale. En effet, la maîtrise des langues officielles n'est pas toujours la chose la plus partagée même lorsqu'il s'agit des personnes fortunées, et *a fortiori*, lorsque les deux parties ne sont pas face à face. L'on peut bien diriger une grande entreprise sans pour autant avoir une bonne maîtrise du français ou toute autre langue officielle de l'un des Etats membres de la CIMA dans lequel on est domicilié. Il est donc fondamental d'utiliser une langue et un langage qui permette à son interlocuteur d'accéder à l'information transmise. Comme le relève pertinemment un auteur, « la bonne information est celle qui parle le langage de ceux qu'elle veut atteindre »⁴³. Une analyse confortée à bien des égards par un vieux proverbe suédois qui dit : « parle aux paysans leur patois et aux instruits le latin ». De plus, l'information donnée à travers la déclaration doit être efficace afin que les destinataires puissent l'assimiler.

L'information transmise dans un langage et une langue accessibles par les parties doit être complète et univoque. L'assureur ou l'assuré doit être, autant que possible, exempt de tout reproche quant à l'étendue des informations qu'on pourrait raisonnablement attendre de lui. La transparence est donc revendiquée en tant que valeur éthique ou déontologique, personnelle ou institutionnelle. Elle ne se satisfait pas d'une offre d'informations amputées qui, volontairement ou par négligence, produirait une image partielle, embellie ou détériorée de la réalité factuelle objective. Elle requiert une communication adéquate qui proscrie l'utilisation d'allégories trompeuses ou de strass, mais exige authenticité, légitimité, vérité et sincérité.

La transparence entre les parties commande aussi la facilitation de la preuve des contrats d'assurance électroniques par l'assureur en préparant un document électronique ou physique au profit de l'assuré. En effet, le challenge dans les échanges numériques ou électroniques est souvent celui de la preuve des informations échangées en cas de contestation. S'il est évident qu'il revient à l'auteur d'une prétention d'en rapporter la preuve⁴⁴, la question du moyen de preuve se pose avec

⁴³ TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2013, p. 53.

⁴⁴ C'est la maxime « *Actori incumbit probatio* ». Article 1315 du Code Civil camerounais. D'après ce texte, « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». Cette position critiquée par une doctrine grandissante (MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{re} partie), », *Revue des contrats*, 1 juillet 2008 n° 3, p. 681 ; TCHABO SONTANG (H.M.), *La réglementation du commerce électronique dans la CEMAC, contribution à l'émergence d'un marché commun numérique*, op.cit., p. 388 et s) ne semble avoir la faveur du législateur sur le commerce électronique en ce qui concerne la preuve de l'information. En effet, l'article 12 du décret d'application de la loi régissant le commerce électronique au Cameroun dispose que : « *la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation de ladite information, du respect des délais et du consentement du consommateur incombe au fournisseur électronique de biens ou de services* ».

acuité. L'assureur ne s'aurait renverser la charge de la preuve d'une obligation qui lui incombait à travers une clause contractuelle sous peine de tomber sous le coup des clauses abusives qu'il faut éviter au nom de la transparence.

3- L'évitement des clauses abusives entre les parties

Page | 149

Le service d'assurance est offert sous peine de sanction par un professionnel qui est, soit une mutuelle d'assurance, soit une compagnie d'assurance⁴⁵. Si bon nombre d'entités concluent des contrats d'assurance pour les besoins de leurs professions, nombreuses sont des polices qui sont achetées pour des besoins personnelles des assurés⁴⁶. C'est dire que l'assuré est parfois un consommateur au sens de la loi-cadre n°2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun. Il peut être victime des clauses abusives préparées par le professionnel d'assurance, et à cet égard, mérite la protection consumériste⁴⁷. La loi-cadre précitée définit la clause abusive comme « *toute clause qui est ou qui semble être imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de service qui a une supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second* ». Il émerge de cette définition que la clause litigieuse doit être imposée par l'assureur, c'est-à-dire non négociée entre lui et l'assuré⁴⁸. De plus, elle doit conférer à l'assureur un avantage déraisonnable ou excessif qui ne peut être justifié par aucune raison tangible. Le contrat d'assurance numérique serait, lorsqu'il n'est pas conclu entre deux professionnels, un contrat de consommation et d'adhésion avec le risque que le professionnel puisse dicter sa loi au détriment

⁴⁵ La fourniture des services d'assurance est conditionnée par le respects des exigences multiples relatives à la forme de l'entreprise et l'obtention d'une autorisation administrative. L'exercice de l'activité d'assurance au mépris de ces exigences est passible de sanctions contre les infracteurs. Il ressort de l'article 301 du code CIMA que seules les entreprises constituées sous la forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle peuvent offrir les services d'assurance (article 20-1). L'octroi de l'agrément est assuré par le Ministre en charge du secteur des assurances. Il est subordonné à l'avis conforme de la Commission (article 17 al. (c) du Traité CIMA) : Lorsque la Commission constate à l'encontre d'une société soumise à son contrôle une infraction à la réglementation en vigueur, elle prononce les sanctions disciplinaires suivantes : l'avertissement ; le blâme ; la limitation ou l'interdiction de tout ou partie des opérations ; – toutes autres limitations dans l'exercice de la profession ; la suspension ou la démission d'office des dirigeants responsables ; le retrait d'agrément. La Commission peut, en outre, infliger des amendes et prononcer le transfert d'office du portefeuille des contrats.

⁴⁶ Le contrat d'assurance est souvent considéré comme un contrat léonin. Dans ce sens, TURGNÉ (F.), « L'arbitrabilité du droit des assurances », Communication au colloque sur Risque, assurance et arbitrage, Université de Montpellier 1, 2010, RGDA, 2012, n° 1, p. 182.

⁴⁷ Voir FODONG SONFACK (V.), « La protection des consommateurs de services d'assurance au Cameroun », *Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique*, Juillet-Septembre 2021, p. 116 et s.

⁴⁸ L'assuré adhère très souvent à un contrat à l'avance préparé par l'assureur sans qu'il y ait possibilité de modification faisant du contrat d'assurance un contrat d'adhésion. Voir en ce sens, KALIEU ELONGO (Y.-R.), « La réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines », *Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique*, Janvier / Mars, 2017, p. 21 et s.

des intérêts de la partie faible qui est l'assuré-consommateur au détriment de l'exigence de transparence.

Les avantages perçus par les parties au contrat doivent correspondre à des services offerts en contrepartie. Ceci assure un équilibre résultant de la volonté des parties. Toutefois, comme le relève un auteur, le droit de la consommation auquel relèvent prioritaire les clauses abusives s'éloigne de la toute-puissance de l'autonomie de la volonté⁴⁹. Ainsi, le fait de créer un déséquilibre significatif ou de stipuler avantage excessif dans le contrat d'assurance par voie numérique serait une violation du principe de la transparence. La notion de « *déséquilibre significatif* » est adoptée par certaines législations étrangères à l'instar de la France⁵⁰ tandis que celle d'« *avantage injuste, déraisonnable ou excessif* » est retenue par la législation camerounaise⁵¹. Le déséquilibre significatif résulte de l'abus de puissance d'une partie et particulièrement l'assureur sur son cocontractant⁵².

La clause contractuelle qui crée un « *avantage injuste, déraisonnable ou excessif* » est donc celle qui entraîne au détriment du consommateur d'assurance numérique un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. Il ne suffit pas toutefois qu'une clause octroie au professionnel un avantage pour être qualifiée d'abusives⁵³. Encore faut-il que cet avantage soit injuste, c'est-à-dire un avantage auquel le professionnel n'aurait pas eu droit si tout le contrat était négocié⁵⁴. Sur la base du vocabulaire utilisé par le législateur camerounais (avantage injuste, déraisonnable ou excessif), il s'agit d'une clause abusive qui crée un déséquilibre particulièrement évident, c'est-à-dire qui ne demande un contrôle très approfondi pour le dénicher. Ainsi, le simple désavantage au détriment du preneur d'assurance numérique résultant d'une clause contractuelle ne saurait être assimilé à une clause abusive entraînant un droit

⁴⁹ STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000. Voir aussi FODONG SONFACK (V.), « Les clauses abusives dans le contrat d'assurance CIMA, l'expérience camerounaise », *Revue Internationale de Droit et Science Politique*, Vol. 3, n°7, Juillet 2023, pp. 240-273.

⁵⁰ Article L. 132-1 du Code de la consommation française ; Lire dans ce sens : WERY (P.), « les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *Journal des Tribunaux*, 29 novembre 2003, n° 6116, p. 797 et s. ; PEGLION-ZIKA(C.-M.), *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 236, n° 300.

⁵¹ Loi-cadre n°2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun précitée.

⁵² Voir dans ce sens KARIMI (A.), « Les modifications des dispositions du Code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi du 1^{er} février 1995 », *LPA*, 1995, n° 54, p. 4 et s.

⁵³ Bruxelles, 23 mars 1999, D.C.C.R., 1999, p. 40, *Ann. Prat. Comm.*, 1999, p. 299 ; R.G.D.C., 2001, p. 221, note VAN DER HERTEN (F.) ; R.D.C., 2001, p. 172, note H. COUSY.

⁵⁴ Voir FODONG SONFACK (V.), « Les clauses abusives dans le contrat d'assurance CIMA, l'expérience camerounaise », *op.cit.* p. 23.

déraisonnable ou excessif au profit de la compagnie d'assurance. Comme le souligne un auteur, « *le critère du déséquilibre significatif donne à vérifier une injustice contractuelle au détriment du consommateur, lequel se trouve soit moins protégé quant à ses droits, soit plus écrasé quant à ses obligations. Ceci aboutit soit à une exécution contractuelle plus couteuse pour lui, soit moins satisfaisante dans l'ensemble, avec un bénéfice contractuel global plus marqué pour l'entreprise, assorti d'une responsabilité contractuelle limitée voire supprimée* »⁵⁵.

Si l'objet de l'obligation dans le contrat d'assurance renvoie au risque garanti par l'assureur et la prime payée par l'assuré, il y aurait un avantage injuste, déraisonnable ou excessif au sens de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun, lorsque par des clauses insérées dans la police l'assureur vide ce dernier de toute garantie. Il en est ainsi des clauses d'exclusions de risques et de limitations de la garantie, car elles délimitent le risque assuré et l'engagement de l'assureur en cas de sinistre. Comme le relèvent certains auteurs dont nous partageons pleinement l'opinion, la clause de limitation de garantie « *doit contribuer à cerner le risque accepté et non à l'éliminer intégralement, car dans ce cas, c'est l'objet du contrat qui disparaîtrait* »⁵⁶. L'exclusion contractuelle ne doit pas vider la substance de la garantie⁵⁷. La clause doit laisser à la charge de l'assureur des garanties⁵⁸. La Cour de Cassation française a, à plusieurs reprises, sanctionné des contrats d'assurance dans lesquels l'assureur avait à travers de multiples clauses d'exclusions vidé le contrat de sa garantie, au motif que ces clauses excluant, de manière aussi générale, la garantie de l'assureur, prive l'essence même du contrat d'assurance⁵⁹.

Au bout de ce paragraphe, il a été donné de constater que l'obligation de transparence invite les parties lors de la formation du contrat d'assurance numérique d'échanger des informations claires et précises. Ces informations doivent, non seulement être intelligibles et accessibles, mais l'assureur doit particulièrement s'abstenir des clauses abusives de peur de vider le contrat de sa

⁵⁵ BOUBOU (P.), « Présentation du projet d'Acte uniforme relatif au contrat de consommation », in POUGOUE (P.-G.), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p. 130, n° 408.

⁵⁶ BEIGNIER (B.) et BEN HADJA YAHIA (S.), *Droit des assurances*, op. cit., 2015, n° 295.

⁵⁷ Cass. civ. 2^e, 9 février 2012, n° 10-31057, *Bull. civ. II*, n° 22, *Lamy Ass. Bull. Act.* Mars 2012, p. 7. Adde. Cour de cassation, *Rapport annuel 2011. Le risque*, La documentation française, 2012, p. 238.

⁵⁸ Cass. civ. 2^e, 3 mars 2011, n° 10-15255, *RCA* 2011, comm. n° 234, note GROUTEL.

⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 308, *Audijuris* n° 59, p. 23; Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 73. Dans cette dernière espèce, le juge affirmait que « *Dès lors que cette clause laisse à l'assureur le pouvoir de fixer l'indemnité en choisissant lui-même la proportion à appliquer entre cette indemnité et le préjudice résultant pour lui de l'obligation d'indemniser la victime, l'exclusion qu'elle prévoit, en ce qu'elle peut priver l'assuré des effets de la garantie formellement accordée par la police, ne satisfait pas aux exigences [de l'article L. 113-1] et doit être comme telle réputée non écrite* ».

substance. Si cette exigence est prééminente lors de la conclusion, elle est réitérée en cours d'exécution du contrat.

B- La réitération de l'exigence de transparence en cours d'exécution du contrat

Les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites⁶⁰. Elles doivent être exécutées de bonne foi⁶¹. Sur la base de ce sacro-saint principe consacré par l'article 1134 du Code Civil camerounais, les parties au contrat d'assurance numérique doivent, non seulement exécuter le contrat, mais le faire de bonne foi, c'est-à-dire en toute honnêteté et franchise. Les parties au contrat d'assurance numérique sont tenues de coopérer⁶² ; elles ont ainsi le devoir de collaborer à cette bonne exécution en se facilitant la tâche. Celui-ci se traduit notamment par l'obligation de renseignement qui peut incomber à l'un des contractants pour faciliter à l'autre une meilleure exécution de ses obligations⁶³. Le contrat d'assurance étant à exécution successive, les risques garantis peuvent changer en cours du contrat⁶⁴. Il est essentiel que le principe de transparence continue d'irriguer le comportement des parties en cours d'exécution du contrat. Il est prescrit à cet effet aux parties de déclarer tous les événements de nature à affecter l'exécution du contrat. Cette exigence est davantage renforcée chez l'assuré (1) sans pour autant être des moindres du côté de l'assureur (2).

Page | 152

1- Une obligation de transparence de l'assuré renforcée en cours de contrat

L'article 12 alinéa 3 du Code CIMA, oblige l'assuré à déclarer, « *en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence, soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexactes ou caduques les réponses faites à l'assureur* » dans la proposition d'assurance. L'assuré doit non seulement informer l'assureur des circonstances entraînant l'aggravation du risque, la création d'un nouveau risque ou la diminution du risque,

⁶⁰ Voir Cour Suprême du Cameroun Oriental, Arrêt n°140 du 6 juin 1967. Bulletin des arrêts de la CS du Cameroun Oriental, n°16, p.1708.

⁶¹ Voir Cour Suprême du Cameroun Oriental, Arrêt n°42 du 3 janvier 1967. Bulletin des arrêts de la CS du Cameroun Oriental, n°16, p.1651

⁶² Magnifiant le devoir de coopération dans le contrat de transport, Antoine LUQUIAU relevait que : « *le souscripteur n'est pas seulement le premier assuré qui transmettrait, par le titre au porteur, des droits autonomes. Il a un rôle actif vis-à-vis des assureurs qui attendent de lui une coopération dans la gestion des risques* » (LUQUIAU (A.), « La responsabilité du chargeur et son assureur de responsabilité », Actes du colloque AFDM-ABDM, « La responsabilité du chargeur », 18-19 octobre 2007, DMF n° 689, 2008, p. 197.).

⁶³ Voir B. STRACK, Droit civil : obligations, Paris, lib. Techniques, 1972 n°1899 à 1902.

⁶⁴ Sur l'évolution du risque en assurance, voir SAA NGOUANA (A. Y.), *Evolution du risque et droit des assurances : étude selon les droits français et CIMA*, Thèse de Doctorat, Paris I, 2015, 360p.

mais aussi, déclarer les circonstances de réalisation du sinistre. Cette exigence n'est pas topique à l'assurance numérique. Il s'agit d'une obligation générale à tout contrat d'assurance permettant de garantir plus de transparence.

Il ne faut pas confondre l'aggravation du risque en assurance de biens avec l'augmentation de la valeur de la chose assurée, laquelle concerne en principe l'assiette de la prime⁶⁵. Il y a aggravation du risque lorsque plusieurs circonstances nouvelles rendent inexacte (s) une (ou plusieurs) information (s) donnée (s) à l'assureur pendant la formation du contrat. Autrement dit, il y a aggravation d'un risque en cas d'accroissement en fréquence et intensité du danger de réalisation des sinistres initialement retenus pour la tarification⁶⁶. Il y a donc une augmentation de la probabilité de réalisation du risque ou de son intensité ainsi que de ses conséquences pour l'assureur⁶⁷. L'aggravation du risque rend le coût de la garantie plus élevé et se traduit normalement par un nouveau montant de prime, plus élevé, proposé par l'assureur sur la base du même barème de tarification, au cas où il n'a pas opté pour la dénonciation du contrat⁶⁸.

La création d'un nouveau risque intervient lorsque des circonstances nouvelles ont eu pour conséquence la naissance d'un risque supplémentaire⁶⁹. Le risque nouveau est celui qui n'est pas garanti dans le contrat initial. Il en était donc exclu, car il sort de l'épure du tarif de base retenu. L'assureur n'aurait pas couvert un tel risque aux conditions et au barème utilisés lors de la conclusion du contrat. Sa réaction normale dans cette hypothèse sera alors de « *dénoncer le contrat* », c'est-à-dire de le résilier, fût-ce pour proposer un nouveau contrat mieux adapté aux nouveaux risques⁷⁰. L'appréciation de la création d'un risque nouveau n'est pas toujours aisée dans la pratique et soulève un contentieux nourri⁷¹.

⁶⁵ Cf. CHAGNY (M.) et PEDRIX (L.), *Droit des assurances*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2009, p. 144, n° 245.

⁶⁶ V. L'assurance Théorie-pratique-comptabilité, Notions générales sur l'assurance, le contrat d'assurance, l'entreprise, le contrôle de l'État ; ouvrage établi par un comité de professeurs de l'E.N.A, Éditeurs, L'ARGUS, 1979, p. 119.

⁶⁷ GRYNBAUM (L.), (dir.), *Assurances (Contrat-Marché du particulier)*, Dalloz professionnels, éd. L'Argus de l'Assurance, mars 2008, Dossier 1210-10, p. 6.

⁶⁸ Art. 15 alinéa 1 du Code CIMA.

⁶⁹ LAMBERT-FAIVRE (Y.), « Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés », *D.*, 1991, p. 1.

⁷⁰ Voir TANKEU (M.), *Pluralité d'acteurs et assurance de facultés dans le transport maritime en zone CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2018, p. 63.

⁷¹ Dans une espèce en matière d'assurance incendie, la Cour d'appel de l'Ouest avait avoué qu'il y a eu modification du risque par création d'un risque nouveau après la souscription du contrat dès lors que les dirigeants d'un hôtel avaient construit de nouveaux bâtiments. Elle avait adopté ainsi les arguments de la compagnie d'assurance SAAR SA qui a établi qu'au moment de la souscription du contrat par l'hôtel TALOTEL, il n'existait qu'un seul bâtiment tel que déclaré au contrat et que les autres n'ont été bâtis que postérieurement. Par conséquent, l'assuré avait manqué à son devoir d'informer l'assureur de la création d'un nouveau risque et ne pouvait pas de ce fait prétendre à une

Il y a diminution du risque quand, pour le calcul de la prime, l'assureur a tenu compte des certains éléments et circonstances spéciaux mentionnés dans le contrat et que ceux-ci viennent à disparaître en cours de contrat⁷². En assurance sur facultés maritimes par exemple, il y aurait diminution du risque lorsque la valeur de la cargaison assurée venait à baisser sans pour autant que cette diminution soit due à une avarie ou perte qui entraînerait une indemnisation ou encore à une freinte de route qui ne peut être assurée⁷³.

L'assureur doit être informé de tous ces événements affectant le risque afin de prendre une réponse adéquate. L'assuré qui s'abstient de déclarer les circonstances touchant au risque en cours du contrat manque à son devoir d'honnêteté et s'expose à des sanctions.

En cas de sinistre, l'assuré doit non seulement informer l'assureur de sa survenance, mais il doit aussi donner les renseignements sur les circonstances de sa survenance dans les délais prescrits par la loi ou dans la police, à défaut dans un délai raisonnable. Les textes n'exigent aucune forme particulière pour la déclaration imposée à l'assuré. La forme écrite (lettre recommandée ou acte extrajudiciaire) est davantage conseillée puisqu'elle permet de laisser des traces. De même, la déclaration peut valablement être faite par un tiers pour le compte de l'assuré, tel un intermédiaire d'assurance⁷⁴. Le plus important étant l'accessibilité de l'information distillée par l'assuré. Celle-ci doit être faite dans une formule compréhensible par son destinataire. Il doit à cet effet, lorsqu'il constitue le dossier de réclamation apporter toutes les informations nécessaires pour permettre à l'assureur d'apprécier avec exactitude, si possible, les circonstances de réalisation du sinistre. La déclaration doit avoir pour objet la réalisation d'un risque garanti par le contrat d'assurance. Elle doit porter sur les conséquences de l'événement contre lequel l'assuré s'était prémuni. Sont à déclarer, non seulement les conséquences immédiates (avaries présentes ou perte, dommage), mais aussi celles qui sont éventuelles (dommages qui résulteraient de l'événement garanti). Ces éléments doivent être communiqués par le canal numérique⁷⁵ adopté entre les parties ou sous la forme physique.

indemnisation en cas de sinistre (Cour d'Appel de l'Ouest, Arrêt n°21/civ du 12 Mars 2014, Affaire Hôtel TALOTEL c/ SAAR Assurances).

⁷² V. NVOMO ELA (P.), « L'obligation d'information de l'assuré », in L'obligation, *Études offertes au professeur Paul Gérard POUYOUÉ*, Harmattan Cameroun, 2015, pp. 515-529, préc., p. 520.

⁷³ La freinte de route est la prédisposition d'une marchandise à diminuer de quantité ou de poids lors d'un transport dans les conditions normales.

⁷⁴ Cass. civ.2^e, 8 mars 2012, RCA n° 6, juin 2012, comm. 188.

⁷⁵ L'assuré peut par exemple faire scanner les documents qu'il achemine à l'assureur par voie électronique.

Le délai de communication de l'information est une question de grande portée. L'assuré doit donner avis à l'assureur, dès qu'il a connaissance, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur dans un délai raisonnable⁷⁶ à moins que des délais spécifiques soient prévus⁷⁷. Les assureurs tiennent avec rigueur le respect de ces délais sous peine de déchéance de la garantie⁷⁸. Celui-ci se justifie par le fait que les assureurs veulent pouvoir contrôler rapidement les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit, se renseigner sur son importance et surtout prendre des mesures conservatoires ou de nature à limiter l'étendue du dommage. De même que les assureurs sont en droit d'exiger une transparence de l'assuré en cours du contrat, ce dernier attend de lui la satisfaction de la même obligation.

2- Une obligation de transparence amplifiée de l'assureur en cours de contrat

Cette exigence est consacrée, d'une part, au profit de l'assuré, et d'autre part, au profit des autorités de contrôle⁷⁹. A cet effet, l'assureur est tenu d'assurer la traçabilité des opérations d'assurance numérique et de manifester une transparence vis-à-vis de l'assuré dans la gestion du contrat. Eu égard à la traçabilité, les offres effectuées par voie électronique, concernant la fourniture des biens ou la prestation de services, doivent s'accompagner des conditions contractuelles qui leur sont applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction⁸⁰.

La transparence du contrat d'assurance numérique se réalise par rapport aux autorités de contrôle par la traçabilité des opérations d'assurance par voie numérique. En effet, la compagnie d'assurance est responsable du stockage et du maintien pendant une durée de dix ans des informations échangées avec ses clients⁸¹. Il ressort de l'article 5, alinéa 2, du Règlement CIMA relatif à l'assurance numérique précité que l'entreprise d'assurance assure la traçabilité des

⁷⁶ Sur le concept de délai raisonnable, voir TIMTCHUENG (M.), *Le délai raisonnable en droit processuel camerounais*, Thèse de Doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2015, p. 11 ; aussi TSAGMO TAMEKO (E.), *Le raisonnable dans le contrat de vente commerciale en Droit OHADA, essai d'une théorie*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2016.

⁷⁷ Ces délais varient en fonction des polices et des types d'assurance et de garanties. Il peut être très brève comme en matière de vol ou en cas de sinistre mortalité de bétail où ce délai est fixé à 48 heures (article 12 alinéa 4 du Code CIMA) ou être plus ou moins long.

⁷⁸ T. com. Marseille 9 avr. 1997, DMF 1998, HS 2, n° 142, obs. P. Bonassies.

⁷⁹ Article 13 du règlement CIMA sur l'assurance numérique précité.

⁸⁰ Voir l'article 11 alinéa 1 de la Loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun. L'article 14 du même texte complète cette obligation en exigeant la conservation de l'écrit qui constate l'opération numérique pendant un délai fixé par voie réglementaire, et aussi d'en garantir à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande.

⁸¹ Article 5 alinéa 3 du règlement CIMA sur l'assurance numérique précité. Cette obligation est également prévue par les articles 32 et suivants de la Loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

opérations sur toute la durée du contrat et sur une période additionnelle de dix ans, à compter de la fin du contrat. Le respect de cette exigence est attesté par des audits périodiques⁸². Le manquement à cette obligation est passible de sanctions civiles voire pénales⁸³. Techniquement, cette fonction est assumée par l'opérateur technique de services d'hébergement des prestations informatiques (construction de site, gestion de serveurs, ...) pour le compte de l'assureur. Ce sont des personnes qui assurent, même à titre gratuit, la mise à disposition du public des services de communication publique en ligne, le stockage durable de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services.

Relativement à la transparence dans la gestion du contrat proprement dit, les événements affectant le contrat doivent être portés à l'attention de l'assuré. Toute modification de la prime à la suite d'une modification du risque doit être précédée et suivie d'éléments pertinents permettant à l'assuré de comprendre les motivations et son bienfondé.

De plus, la gestion de réclamation après le sinistre, doit se faire en toute bonne foi. Les modalités de la fixation de l'indemnité d'assurance, les motifs du rejet d'une réclamation doivent être présentées de manière claire et précise à l'assuré. L'assureur doit, à cet effet, mettre à la disposition de son cocontractant des documents numériques ou physiques lui permettant d'avoir accès à l'information et d'en vérifier les contenus.

Lorsqu'il arrive qu'en cas de sinistre, suivi de réclamation faite par l'assuré ou une tierce personne, l'assureur venait à contester sa garantie, il est important qu'il donne des motivations de ce refus. Il s'agit de l'obligation de collaboration qui commande aux parties de ne pas se limiter aux prescriptions légales pour embrasser l'éthique. Cette obligation se comprend davantage comme ce qu'un auteur a appelé « *les nouveaux devoirs des contractants* »⁸⁴ imposés par la jurisprudence aux parties contractantes. La bonne foi qui guide la transparence impose aux contractants le devoir de loyauté. La loyauté est communément définie « *comme la fidélité à tenir*

⁸² Cette exigence est complétée par les articles 14 et 15 du même texte qui traitent de la communication d'informations aux autorités de contrôle et de supervision. Les entreprises d'assurance doivent communiquer, à toute réquisition des autorités de supervision, dans les délais prescrits, tous documents, états statistiques, rapports et tous les autres renseignements, jugés utiles pour l'examen de leurs activités. Certains documents doivent être communiqués trimestriellement par les entreprises d'assurance sans que les autorités de contrôle n'aient le besoin de les solliciter (art. 14 alinéas 2 et 3). Dans l'exercice de leurs activités de contrôle sur place, les autorités de contrôle et de supervision peuvent étendre leurs investigations aux intermédiaires et prestataires techniques impliqués dans la conclusion ou la gestion du contrat d'assurance numérique (art. 15).

⁸³ Article 33 de Loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun précitée.

⁸⁴ CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-DEMOGUE de l'Université de Lille II, D., 2003, pp.99-133.

ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité, [la loyauté] est une émanation ou corollaire de la bonne foi »⁸⁵. Le devoir de loyauté ne se comprend aisément qu'en mettant l'accent sur son opposé qui est la déloyauté. La déloyauté, c'est l'infidélité, la fausseté, la félonie, la fourberie, l'hypocrisie, la malhonnêteté, la perfidie, la trahison, le fait de trahir la confiance de l'autre contractant. Se rend coupable de déloyauté une personne qui ne tient pas compte des intérêts de son vis-à-vis, qui utilise de manière abusive les droits résultant du contrat⁸⁶. Ainsi, la compagnie d'assurance distribuant les services d'assurance par voie numérique ou électronique qui ne communique pas à son vis-à-vis les fondements de son refus de payer l'indemnité d'assurance ou le capital assuré manque à son devoir de loyauté et par conséquent a failli à l'exigence de transparence.

Au devoir de collaboration, il faut ajouter la nécessité pour les assureurs qui communiquent via un support numérique de rappeler les échéances des obligations et surtout d'accuser réception des courriels et autres messages obtenus numériquement. Ceci permet à son interlocuteur d'être rassuré sur la réception et la compréhension du message transmis.

Ces développements ont permis de rendre compte qu'au nom de la transparence, les parties au contrat d'assurance numérique, doivent communiquer des informations de nature à garantir une bonne maîtrise du contrat. Il en ressort au demeurant que, pour ne pas être réduite à une « apparence » tronquée de la transparence, les informations rendues disponibles doivent être, non seulement, avérées mais complètes. Leur transmission doit être réalisée par un émetteur crédible qui doit se montrer tout autant claire, cohérente, accessible et compréhensible envers son interlocuteur. *Quid du déni de transparence ?*

II- LE TRAITEMENT DIVERSIFIÉ DE L'INOBSERVATION DE LA TRANSPARENCE DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE NUMÉRIQUE

La négation de l'obligation de transparence dans le contrat d'assurance en général et dans le contrat d'assurance numérique en particulier peut se justifier (B). En effet, toutes les informations, bien que de nature à aider l'autre partie au contrat, ne peuvent pas être distillées pour

⁸⁵ MALKA (D.), « La loyauté dans la négociation du contrat », in *Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Colloque organisé par l'Association droit et commerce à Deauville les 31 mars et 1^{er} avril 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 61. Voir aussi MARTIN (D.), « La loyauté dans l'exécution du contrat », in *Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Colloque organisé par l'Association droit et commerce à Deauville les 31 mars et 1^{er} avril 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 67.

⁸⁶ FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Thèse de Doctorat, PUAM, 1997, n°553.

des raisons pertinentes. Dans certaines circonstances, l'opacité s'inscrit comme un devoir, et nul ne peut être blâmé pour n'avoir pas dévoilé un fait ou une information dans la relation contractuelle. Au-delà des hypothèses bien encadrées par la réglementation en vigueur et qui seront envisagées dans la deuxième sous-partie, tout manquement des parties au devoir de clarté, d'honnêteté et de précision doit être sanctionné (A).

A- L'inobservation sanctionnée de la transparence dans le contrat d'assurance numérique

Le Code CIMA sanctionne la défaillance à l'observation aux obligations des parties au contrat d'assurance, soit par la nullité (1), soit par la réduction de l'indemnité d'assurance (2). Au regard du support numérique par lequel le contrat est conclu ou géré, la rétractation, prévue par la loi de 2010 sur le commerce électronique peut être appréhendée (3). L'on peut aussi envisager l'interprétation du contrat en cas de litige en défaveur de l'auteur de l'ambiguïté.

En effet, le manque de transparence est source d'obscurité⁸⁷, d'ambiguïté et de divergence dans la compréhension du contenu contractuel. Il faut donc l'interpréter. Interpréter un contrat, c'est en déterminer le sens⁸⁸, relever les obligations qu'il a fait naître⁸⁹, rechercher la commune intention des parties⁹⁰. Il est de principe général que l'interprétation du contrat doit rechercher la commune volonté des parties⁹¹. Toutefois, il est aussi concevable que, s'agissant d'un contrat entre un professionnel-expert et un profane, le juge interprète en faveur du profane-consommateur, ce d'autant plus qu'il ressort de l'article 1162 du Code civil que : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Sur ce fondement pertinent, un auteur le relève qu'il est de tendance générale aujourd'hui que les juges interprètent le contrat d'assurance presque toujours en faveur de l'assuré pour le protéger contre

⁸⁷ Dans ce sens, VAN DE KERCHOVE (M.), « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Presses Universitaires de Saint-Louis, 1978, p. 6.

⁸⁸ FLOUR (J.) & al., *Droit civil, Les obligations*. 1. *L'acte juridique*, Armand Colin, 9^e éd., 2000, p. 287, n° 393.

⁸⁹ ANOUKAHA (F.) et POUGOUE (P.-G.), *Droit des obligations au Cameroun*, t. 1, *Les actes juridiques*, Presses Universitaires de Dschang, Coll. Cours, p. 81.

⁹⁰ BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 288 ; GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 136.

⁹¹ Le code civil édicte un ensemble de « préceptes » ou « directives » relatifs à l'interprétation des contrats dans ses articles 1156 à 1164. Aux termes de l'article 1156 du code civil, « *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Ceci est la traduction du principe de l'autonomie de la volonté qui implique qu'on ne soit lié que dans la mesure exacte de ce qu'on a réellement voulu.

l'impéritie de l'assureur⁹². La raison réside dans le fait que ce dernier doit supporter toutes les conséquences nées des ambiguïtés de son silence parfois malicieux susceptible d'endormir l'assuré⁹³. Ainsi, celle des parties au contrat d'assurance numérique, qui manque à son devoir de transparence, se verra opposer une interprétation défavorable des dispositions contractuelles pour l'obscurité qu'elle y a créée à travers les clauses ambiguës ou abusives⁹⁴. Cette sanction produit des effets différents de ceux de la nullité qui paralyse le contrat.

1- La généralisation inadéquate de la nullité contrat d'assurance

Dès que le contrat a été valablement formé, il devient intangible⁹⁵ ; il tient lieu de loi entre les parties et doit être exécuté de bonne foi. Par contre, si les manquements ont été observés dans le processus de sa formation, il est entaché de nullité. La nullité sanctionne un acte juridique dont les conditions de validité n'ont pas été observées. Le défaut de transparence dans la formation du contrat d'assurance s'apparente plus au dol qu'à l'erreur. En effet, la non révélation d'une information qu'on sait déterminante pour le consentement de l'autre peut être assimilée à une tromperie⁹⁶. La sanction du défaut de transparence dans le contrat d'assurance est rattachée aux sanctions prévues aux articles 18 et suivants du Code CIMA relatives à l'inobservation de l'obligation d'information. Ces textes font une distinction entre la fausse déclaration intentionnelle, la fausse déclaration non intentionnelle et la déclaration tardive. En effet, il ressort de l'article 18 du Code CIMA qu' « *indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article 80, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre* ». Les primes payées, dans ce cas, demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts. De ce texte, la nullité du contrat d'assurance est prononcée seulement

⁹² FODONG SONFACK (V.), « La protection des consommateurs de services d'assurance au Cameroun », *Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique*, Juillet-Septembre 2021, p. 132 ; voir aussi : FODONG SONFACK (V.), « Les clauses abusives dans le contrat d'assurance CIMA, l'expérience camerounaise », *op.cit.* p. 269.

⁹³ Cass. civ, 26 novembre 1996, *RGAT* 1997, p. 142, note BIGOT.

⁹⁴ Voir DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art. XVI, Paris, 1767. L'auteur affirmait que « *Si l'obscurité, l'ambiguïté, ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait* ».

⁹⁵ PAISANT (G.), « *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* », *Droit et Patrimoine*, mars 1998, n° 58, p.42.

⁹⁶ L'arrêt de principe sur cette question est : Civ. 30 avril 1884, S. p.6. Non très lointain, on peut citer Soc 30 mars 1999, JCP éd. G, II, 10195, D. 2000, Som com. 13, obs. Omarjee (Absence d'information au moment de l'embauche).

en cas fausse déclaration intentionnelle du risque. L'assureur doit établir devant le tribunal la mauvaise foi de l'assuré et l'influence de celle-ci sur les conditions d'existence et de souscription du contrat⁹⁷. Il doit aussi rapporter devant le juge que, s'il avait connu les informations omises ou dénaturées, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté dans les termes différents⁹⁸. Le juge doit, incidemment, contrôler si le secret gardé par l'assuré, a altéré l'opinion qu'avait l'assureur du risque et surtout la mauvaise foi de l'assuré⁹⁹. La mauvaise foi est caractérisée lorsqu'il est établi que l'assuré a voulu tromper l'assureur en faisant une déclaration inexacte ou en gardant certaines informations secrètes¹⁰⁰. De manière sommaire, comme relève un auteur, « les juges du fond ne peuvent sanctionner la fausse déclaration de risque qu'en relevant : 1) l'existence de questions, 2) la précision des questions, 3) l'inexactitude de la réponse apportée par l'assuré, 4) le caractère intentionnel de la fausse déclaration, 5) l'incidence sur l'opinion de l'assureur »¹⁰¹.

L'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi¹⁰² n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance. Si elle est constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée ou contresignée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus.

Pendant longtemps, on a pensé que la nullité était la sanction idéale en cas de contrat mal formé. De nos jours, face aux conséquences néfastes que la nullité peut porter à une relation juridique, l'on s'oriente désormais vers la recherche du maintien du lien contractuel, si cela est

⁹⁷ Malheureusement, dans la pratique, les juges fond, soutenus par les juges de cassation, se contentent uniquement de la preuve de l'absence d'information pour prononcer la nullité du contrat d'assurance. Ils ne recherchent pas la mauvaise foi de l'assuré dont la bonne foi est présumée en règle générale.

⁹⁸ Lire dans ce sens REVOL (S.), *Déclarations frauduleuses de risque et de sinistre en assurance IARD*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

⁹⁹ PIMBERT (A.), *Le contrôle judiciaire du contrat d'assurances terrestres. Essai sur les rapports entre le droit commun des contrats et la législation spéciale de l'assurance*, Thèse de Doctorat, Poitiers, 2000, p. 47.

¹⁰⁰ HABOUBI (C.), Le secret en droit des assurances, *op.cit.*, p. 164, n°204 : « C'est parce que l'assuré a voulu tromper l'assureur en gardant secret la réalité de sa situation dans le but d'obtenir une garantie induue, qu'il sera de mauvaise foi et sanctionné comme tel ».

¹⁰¹ PÉLISSIER (A.), « La précision des questions, condition de la nullité pour fausse déclaration de risque », note sous Cass. 2^e civ., 17 nov. 2016, n° 15-24819, *RGDA*, n° 1, janv. 2017, p. 37

¹⁰² Conformément à l'article 2268 du code civil de 1804, la bonne foi est toujours présumée. Il revient à l'assureur d'établir la mauvaise foi de l'assuré. La preuve de la mauvaise foi peut être rapportée par tout moyen. Lire : CORONE (S.), « Fausses déclarations intentionnelles : les conditions de succès d'une action en nullité du contrat », *Argus*, 14 mars 1997, p. 35 ; COURONE (S.), BOONE (A.), « Souscription, la bonne ou la mauvaise foi de l'assuré », *Argus*, 6 novembre 1998, p. 36.

possible¹⁰³. Comme le relève un auteur, « *il est en effet devenu plus opportun de s'engager sur la voie de la réadaptation que sur celle de l'annulation systémique...* »¹⁰⁴. En recherchant à tout prix à annuler le contrat d'assurance au motif de l'inobservation du devoir de transparence, on risque de porter un coup fatal à la partie qu'on souhaite protéger. La nullité du contrat semble de ce fait inadéquate, car elle entraîne un défaut d'assurance et prive tout potentiel bénéficiaire de la garantie.

La nullité ne tient pas compte de l'auteur du fait répréhensible. Elle est indistinctement prononcée selon que le demandeur est l'assuré ou l'assureur. Lorsqu'elle est prononcée pour manquement du souscripteur, les conséquences sont moins fâcheuses dans la mesure où elle fait disparaître rétroactivement l'acte juridique avec possibilité pour l'assureur de conserver la prime encaissée au titre des dommages et intérêts. Par contre, si elle est prononcée contre l'assureur, elle entraîne aussi la disparition du contrat créant ainsi un défaut de couverture pour l'assuré. Ce dernier se trouve ainsi dépourvu de toute garantie, perdant droit à toute forme d'indemnisation en cas de sinistre. L'assuré est, non seulement dépourvu de toute garantie, tout comme le tiers-victime des actes de ce dernier dans l'hypothèse d'une assurance de responsabilité civile.

Afin d'éviter cet effet néfaste de la nullité à l'égard de l'assuré pour les manquements de l'assureur, il convient de privilégier la voie de la régularisation avec la condamnation de ce dernier aux dommages et intérêts tout en maintenant le contrat. Au cas où c'est l'assuré qui serait fautif, dans un souci de protéger les tiers-victimes d'agissements du preneur d'assurance en cas d'assurance responsabilité civile, nous recommandons une inopposabilité de la nullité au tiers-victime et la reconnaissance d'une action subrogatoire de l'assureur contre l'assuré défaillant. A cet effet, il suffit que le législateur insère la nullité pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré au rang des inopposabilités de l'article 210 du Code CIMA¹⁰⁵. Cette solution permettrait de garantir une indemnisation au tiers tout préservant les droits de l'assureur contre un assuré véreux. La nullité du contrat d'assurance doit donc être fondamentalement évitée au profit d'autres sanctions comme la déchéance ou la réduction de l'indemnité.

¹⁰³ ROCHFIEL (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 311, 1999, n° 426 ; COUTURIER (G.) « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation », in *Etudes offertes à Jean GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.273.

¹⁰⁴ GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, p. 679 et suivants ; ROCHFIEL (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 311, 1999, n° 426 ; COUTURIER (G.) « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation », in *Etudes offertes à Jean GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 273.

¹⁰⁵ Dans le même sens voir TSOMEVOU (R.G.), *Le contentieux du contrat d'assurance en zone CIMA*, op.cit., p. 30, n° 34.

2- L'adéquation de la déchéance de la garantie et la réduction proportionnelle de l'indemnité d'assurance

Le manquement au devoir de transparence dans le contrat d'assurance numérique peut donner lieu à la déchéance de la garantie ou à la réduction de l'indemnité dans plusieurs hypothèses. Le premier cas est celui d'une déclaration inexacte ou une omission, de bonne foi, lors de la formation du contrat qui n'est découverte qu'après la réalisation du sinistre. Si elle est découverte avant, l'assureur a le droit soit de résilier le contrat soit de le maintenir contre surprime. Le deuxième cas est celui d'une omission de déclarer les circonstances qui affectent le risque en cours du contrat. Comme susmentionné, l'assuré doit, au nom de la transparence, informer l'assureur de tous les événements qui aggravent le risque ou créent un risque nouveau¹⁰⁶. Le troisième cas est celui du retard ou de la déclaration inexacte du sinistre sans qu'une fraude à l'assurance ne puisse être établie.

Il ressort de l'article 19 alinéa 3 du Code CIMA que, dans le cas où la constatation de la défaillance de l'assuré à son devoir d'information n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés. Tandis que la deuxième hypothèse peut être sanctionnée, au pire des cas par la déchéance de la garantie, les autres hypothèses sont punies conformément aux textes pertinents par la réduction proportionnelle de l'indemnité

Cette sanction paraît plus équitable dans la relation entre l'assuré et l'assureur, car elle préserve les droits d'un souscripteur qui a fait une fausse déclaration de bonne foi. Puisque l'assurance est très régulièrement conclue par l'assuré au bénéfice des tiers, notamment en cas d'assurance responsabilité civile, les provisions de l'articles 310 du Code CIMA trouvent totalement leur pertinence. En effet, cette disposition consacre l'inopposabilité aux tiers-victimes des fautes non intentionnelles de l'assuré auxquelles ils sont totalement étrangers. La réduction proportionnelle de l'indemnité n'est pas opposable au bénéficiaire disposant d'une action directe contre l'assureur, mais le tiers-bénéficiaire désigné par l'assuré, subi les mêmes exceptions qui

¹⁰⁶ Il y a déclaration tardive toutes les fois où l'assuré effectue une déclaration au-delà des délais impartis. Selon l'article 12 alinéa 3 du Code CIMA, l'assuré est tenu d'effectuer la déclaration des circonstances à l'assureur par lettre recommandée ou contresignée dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance.

auraient été opposables au souscripteur¹⁰⁷. Ainsi, dans un contrat d'assurance-décès, le bénéficiaire du capital assuré peut se voir opposer une réduction de ce capital, s'il est établi que le souscripteur avait omis de bonne foi de déclarer certaines informations à l'assureur.

La nullité, la déchéance et la réduction de l'indemnité sont des sanctions envisageables indistinctement du support par lequel le contrat est conclu ou géré. Du fait du support dématérialisé, caractéristique du contrat d'assurance numérique, l'assuré peut exercer son droit de rétractation face à l'absence de transparence de l'assureur.

3- Le droit de rétractation après acceptation

En principe, la révocation postérieure à l'offre n'est pas possible en droit commun des contrats, sauf cas de force majeure. Si déjà le volte-face de l'offrant pendant la durée de validité de l'offre risque d'engager sa responsabilité, après l'acceptation les parties sont définitivement liées¹⁰⁸. Une révocation de l'offre ou de l'acceptation qui intervient par la suite est évidemment inefficace. Cependant, dans le cadre de la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, la loi camerounaise sur le commerce électronique précitée accorde le bénéfice d'un délai de rétractation de quinze jours. Ainsi, le souscripteur-consommateur de l'assurance serait en droit de se rétracter du contrat d'assurance après avoir constaté la défaillance de l'assureur quant à l'obligation de transparence. Cette solution semble plus adaptée à certaines hypothèses de défaut de transparence de l'assureur qui ne peuvent être sanctionnées par la nullité. En effet, selon le principe « *pas de nullité sans texte* », il est interdit au juge de prononcer la nullité d'un acte juridique si la règle de droit ne l'a pas prévu¹⁰⁹. Ce droit doit être exercé à compter de la conclusion du contrat d'assurance et non de la réception d'une copie numérique ou physique de la police d'assurance. Etant donné que les échanges des données se font sur le support numérique, le consommateur peut notifier sa décision de rétractation par le même canal ou par tout autre moyen pertinent¹¹⁰. La rétractation entraîne la disparition du lien contractuelle entre les parties et par ricochet l'absence d'assurance. Il ne s'agit pas d'une situation idéale pour l'assuré dans la mesure où elle le prive d'une garantie dont les conséquences peuvent lui être néfastes en cas de sinistre.

¹⁰⁷ Cour d'Appel de Dakar, Arrêt n° 141 du 26 juillet 1974, La paternelle Assurance c/ Ayants droit Kéba DIA, obs. TCHOU-BAYO (J. P.) et TSOMEVOU (R.G), *RDAO*, n° 4, p. 42 ; *EDJA*, 2007, p. 87.

¹⁰⁸ Il faut donner aux conventions les effets que la loi leur attache, notamment l'article 1134 du Code civil.

¹⁰⁹ Voir CS, Arrêt n° 96/L, 24 Mars 1970, *B.A.C.S* n° 22, 1970, p. 689 et s ; *RCJCS*, t. II, p. 15 ; *GDJCC*, 2008, p. 16 et s, note ANOUKAHA.

¹¹⁰ Article 20 alinéa 2 de la Loi camerounaise de 2010 sur le commerce électronique précitée.

La consécration des sanctions à l'encontre des parties coupables du manquement de transparence permet de rationaliser les rapports numériques établis entre les assureurs et leurs clients. Le juge est très régulièrement appelé à prononcer la nullité du contrat en cas de réticence dolosive du souscripteur d'assurance¹¹¹, à moins que qu'une raison du secret ne soit établie.

B- L'inobservation justifiée de la transparence dans le contrat d'assurance numérique

La création du cyberspace¹¹² qui a permis l'assurance numérique engendre un défi nouveau à savoir la protection des données personnelles. Le développement de la transparence répond à des enjeux très variés qui conduisent à confronter son principe à d'autres qui en justifient les dérogations¹¹³. Jean-François KERLEO relevait que « *le curseur ne cesse d'évoluer entre la transparence et ses contradicteurs, avec lesquels les rapports de force ne sont pas toujours favorables, et l'on assiste à des avancées et des retours en arrière en fonction des excès et risques que provoquent parfois les effets d'une transparence mal maîtrisée* »¹¹⁴. Le devoir de transparence doit être satisfait dans les rapports entre l'assuré tout en préservant l'intimité de chaque partie. Ainsi, convient-il de s'interroger sur une possibilité d'admission du secret dans les rapports entre l'assuré et l'assureur. Le besoin de préserver le secret des affaires (1) et le souci de protection des données à caractère personnel (2) peuvent ainsi justifier un manquement des parties à leur obligation de transparence.

1- Le besoin de préserver le secret des affaires

Le secret est antinomique de la transparence. « *Si nos pensées et nos arrières pensées nous étaient réciproquement accessibles, nos formes relationnelles s'écrouleraient : adieu mensonge,*

¹¹¹ Voir : Cour d'Appel de l'Ouest, Arrêt n°21/civ du 12 Mars 2014, Affaire Hôtel TALOTEL c/ SAAR Assurances ; Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, arrêt n° 593 du 13 novembre 2003, LACI c/ KAMARA ADAMA ; Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre Judiciaire, arrêt n° 623 du 13 novembre 2003, affaire COLINA Conseil c/ DKIGUINDE YEMDAOGO. Lire dans ce sens : Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, Arrêt n°623 du 13 novembre 2003, COLINA assurances sa c/ DKIGUINDE YEMDAOGO, RDAO n° 3, p. 26, obs. J.P. TCHOU-BAYO, R. G. et TSOMEVOU.

¹¹² Ce terme qui a été forgé à l'origine pour décrire « le nouveau monde numérique » (E. LONGWORTH, « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace- y compris dans une perspective néo-zélandaise », in « *Les dimensions internationales du droit du cyberspace* », sous dir. de DE PADIRAC B., Collection Droit du cyberspace, éd. UNESCO 2000, p. 17). Il désigne « un domaine caractérisé par l'utilisation de l'électronique et du spectre électromagnétique à des fins de stocker, modifier, et échanger des données par l'intermédiaire des systèmes gérés en réseau et des infrastructures physiques associées » (FEUGA MULLER (P.), « Cyberspace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible », *Sécurité globale*, 2017/1 (n° 9), pt. 8).

¹¹³ Les raisons dérogatoires à l'exigence de transparence sont nombreuses et variées : raison d'État, secret de la vie privée et des affaires, défense nationale et sécurité publique, incommunicabilité des documents préparatoires ou inachevés, etc.

¹¹⁴ KERLEO (J-F.), « *La carte et le territoire de la transparence en droit* », Action Publique, Recherche et Pratiques, n° 18, 2023/3.

non-dit, intimité et connivence, mais aussi indiscrétion, confiance, méfiance et authenticité. L'ombre du secret abrite la moitié du monde ». C'est par ces termes qu'un auteur exaltait les mérites et les limites du secret¹¹⁵. A l'apparence très simple à définir, il s'avère plutôt très subtile lorsqu'on s'y attèle. Dans sa version moderne, le secret est une information ou un savoir qui se trouve soit caché, soit inaccessible ou encore ne doit pas être dévoilé. Il peut être aussi compris comme un ensemble de connaissances réservées à quelques-uns et que le détenteur ne doit pas révéler¹¹⁶. Il couvre presque tous les domaines, mais connaît un point d'honneur dans certains champs tel que la banque¹¹⁷, la santé¹¹⁸, les rapports professionnels¹¹⁹, la justice¹²⁰ ou les affaires d'Etats. Certains auteurs ont pu démontrer que même si la transparence protège le consentement des parties, moralise les relations, renforce la libre concurrence, la reconnaissance d'un droit général à la transparence généralisée coûterait cher. En effet, elle implique la recherche d'informations et la diffusion des renseignements obtenus. Or le secret est aussi important dans les affaires. Même s'il est évident que tout secret gardé par l'assuré en matière de déclaration du risque, et ayant pour véritable intention d'en modifier l'objet, mérite d'être sanctionné¹²¹, il convient tout de même de relativiser en reconnaissant un droit au secret dans le contrat d'assurance. Certaines informations ne doivent pas être divulguées, au risque de mettre en péril l'entreprise. Pourrait-on demander à une compagnie d'assurance, dans un souci de clarté, de révéler au souscripteur d'assurance, dans la phase de négociation, tous les renseignements relatifs aux modalités de calcul de la prime, ses résultats financiers nécessaires à la mesure de sa solvabilité ou encore ses rapports avec d'autres clients ? La réponse est de toute évidence négative. Les assureurs considèrent leurs modèles de tarification et d'évaluation des risques comme des secrets

¹¹⁵ PETITAT (A.), *Secret et formes sociales*, Paris, PUF, 1998.

¹¹⁶ V. NGO SICK (F.D.), *Le secret dans les relations contractuelles*, Thèse de Doctorat, Université Bordeaux 4, 2000.

¹¹⁷ Le secret bancaire impose aux établissements de crédit et à toutes les personnes qui, à quelque titre que ce soit, participent à la direction, la gestion ou le contrôle des banques, de ne pas divulguer les faits et informations concernant les opérations de leurs clients dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur profession. Toutefois, le secret bancaire n'est pas opposable au trésor public, à la douane, aux autorités de contrôle et de régulation (COBAC, à la BEAC), à l'administration fiscale, aux autorités judiciaires, aux organes de gestion et de contrôle d'une société, aux organismes de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, etc. Voir la Loi n° 2022/006 du 27 avril régissant le secret bancaire au Cameroun.

¹¹⁸ Le secret médical couvre toutes les informations que le professionnel de la santé détient concernant son patient. Il ne peut le révéler que dans le cadre d'une procédure judiciaire. Voir la Loi n° 90/36 du 10 août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin et le Décret n° 83/166 du 12 avril 1983 portant Code de déontologie des médecins.

¹¹⁹ Le travailleur a le devoir de secret professionnel. Sa violation est sanctionnée par l'article 310 du Code pénal.

¹²⁰ Le secret de l'instruction est un principe en matière de procédure pénale. Il ressort de l'article 154 alinéa 1 et 2 du Code de procédure pénale camerounais que : « (1) L'information judiciaire est secrète. (2) Toute personne qui concourt à cette information est tenue au secret professionnel sous peine des sanctions prévues à l'article 310 du Code pénal.

¹²¹ Voir HABOUBI (C.), *Le secret en droit des assurances*, Thèse de Doctorat, Université de Lyon 3, 2009, p. 60.

commerciaux. Une transparence totale sur le fonctionnement interne de ces algorithmes (les variables exactes utilisées, leur pondération, les règles de décision) pourrait révéler des informations stratégiques à la concurrence et potentiellement permettre des manipulations par des acteurs malveillants. La protection de ces données permet une certaine opacité sur les algorithmiques.

En fait, même s'il existe une obligation pour l'assuré de déclarer à l'assureur les contrats conclus avec d'autres assureurs couvrant le même risque, elle ne consiste pas pour autant en une obligation de divulgation du contenu desdits contrats. L'assuré est simplement tenu à indiquer l'existence de la police et les couvertures qu'elles offrent.

Les parties dans une relation contractuelle ont un devoir de confidentialité relative à leurs affaires ou, du moins, sur le contenu de leur contrat, qui ne saurait être porté à la connaissance de tous. La confidentialité n'est, toutefois, pas opposable aux autorités de contrôle et de supervision (organes de la CIMA : CRCA et le Secrétariat Général) ou aux autorités étatiques qui, dans leurs missions peuvent demander et obtenir des compagnies d'assurances, toutes les informations relatives aux polices qu'elles ont délivrées et leurs clients¹²².

De plus, il est légitime pour certains types d'assuré (banque, entreprise de stockage de données numériques, etc.) de garder le secret sur certaines informations relatives à l'architecture de leurs systèmes de sécurité. En effet, pour certaines entreprises, révéler en détail les mesures de sécurité techniques et organisationnelles mises en place pourrait paradoxalement augmenter les risques de cyberattaques. La transparence se limite donc souvent à des informations générales sur le niveau de sécurité mis en œuvre, sans divulguer les spécificités qui pourraient être exploitées par des esprits malveillants.

2- Le souci de protection des données à caractère personnel

L'encadrement juridique des données à caractère personnel visait autrefois la protection des droits de l'homme et la vie privée des citoyens¹²³. De nos jours, on assiste à une grande manifestation de sa prégnance en matière financière, économique, en raison de la valeur que

¹²² Voir les articles 13 et 14 du règlement CIMA précité sur l'assurance numérique.

¹²³ La vie privée constitue un attribut de la personnalité. Aujourd'hui, sous l'influence des conventions relatives aux droits de l'homme, à l'instar de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art. 8), elle est considérée comme une liberté fondamentale ou un droit de l'homme. Lire dans ce sens, BOUTON (J.), « La problématique du secret en droit du travail », in FLAUSS-DIEM (J.), *Secret, religion, normes étatiques*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 13-48.

lesdites données ont prise dans le marché et des usages que l'on en fait désormais. Les données à caractère personnel peuvent être appréhendées comme toute information se rapportant à une personne physique, identifiée ou identifiable, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale¹²⁴.

L'assurance numérique entraîne la collecte et la conservation sur des supports numériques des informations à caractère personnel sur les assurés. Les assureurs qui ont ainsi contracté par voie numérique avec les consommateurs, ont reçu à l'occasion de cette relation des données intimes relatives à la vie de ces derniers. Ils doivent, non seulement assurer leur conservation, mais aussi d'abstenir de les communiquer aux tiers sans le consentement des concernées¹²⁵. En effet, il ressort 7 du règlement CIMA relatif à l'assurance numérique précité que « *les entreprises d'assurances et les intermédiaires exerçant des activités de distribution et de gestion des contrats d'assurance par voie numérique/électronique traitent et protègent les données et les transactions, conformément à la loi régissant la protection des données à caractère personnel dans l'Etat membre de la CIMA dans lequel elles exercent leurs activités* ». Les assureurs utilisant les supports de communication électroniques sont tenus des mêmes obligations que les fournisseurs des services de communications numériques relativement à la protection des données à caractère personnel des consommateurs¹²⁶.

Que l'on soit du côté de l'assureur ou de l'assuré, plusieurs types de données peuvent être frappés du sceau de la confidentialité, attentatoire, au principe de la transparence. Premièrement, les données de santé sont cardinales. Une transparence totale impliquerait à révéler à des tiers ou même de rendre accessibles au sein de l'entreprise des informations médicales détaillées. La protection des données impose une confidentialité stricte de ces informations, limitant leur accès aux personnes autorisées et encadrant strictement leur traitement. L'assuré a le droit de connaître les données de santé traitées, mais l'assureur n'a pas la liberté de les divulguer largement sous prétexte de transparence. En deuxième lieu, il convient de souligner les données biométriques et

¹²⁴ Voir article premier de la Convention de l'Union Africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel. Voir aussi l'article 2 de la Directive CEMAC n° 02/19/UEAC/639/CM/33 harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC.

¹²⁵ Article 13, Principe 1 de la Convention de l'Union Africaine sur la Cybersécurité et la protection des données à caractère personnel.

¹²⁶ Voir au Cameroun le Décret n°2023/0399/PM du 22 février 2013 fixant les modalités de protection des consommateurs des services de communications électroniques.

celles relatives aux antécédents pénaux des assurés. Si l'assurance utilise des données biométriques, à l'exemple de la reconnaissance faciale pour l'accès à une application, une transparence absolue entraînerait une divulgation de ces données brutes ou des modèles dérivés, ce qui comporterait des risques considérables en cas de violation de sécurité. Les données relatives aux condamnations pénales et infractions doivent, en l'absence de réglementation, être traitées avec la plus grande délicatesse et ne sauraient être révélées aux tiers. Une transparence excessive, notamment une publication, pourrait conduire à une stigmatisation ou une discrimination injuste de la personne concernée.

Les compagnies d'assurance offrant des services par voie numérique ont donc l'obligation, non seulement de garder ces informations confidentielles¹²⁷, mais aussi d'assurer leur protection contre l'intrusion des tiers. Il s'agit d'une double obligation. D'une part, elles doivent disposer des équipements techniques et des mécanismes de protection permettant d'éviter tout accès à ces données par des entités non autorisées. D'autre part, elles doivent éviter la transmission, la consultation ou encore la vente de ces informations à des tiers. Ainsi, un assureur ne saurait être reconnu coupable de manquement au devoir de transparence pour avoir refusé de communiquer à son cocontractant la liste des autres clients ou les dossiers de réclamation des autres assurés si cette communication porterait atteinte à la vie privée de ces derniers. S'il le fait, il pourrait même, du moins, dans une certaine mesure être sanctionné.

En définitive, il convient de retenir que la protection des données à caractère personnel constitue indéniablement une exception nécessaire au principe d'une totale transparence dans le contrat d'assurance numérique. Elle est justifiée par la nécessité de protéger la vie privée, la sécurité des données. L'enjeu des parties au contrat d'assurance numérique est de naviguer dans cet équilibre délicat qui consiste à sauvegarder la confidentialité des données à caractère personnel et garantir une transparence suffisante pour maintenir la confiance entre les acteurs, gage de la stabilité du système assurantiel.

¹²⁷ Le décret camerounais sur la protection des données à caractère personnel des consommateurs des services électroniques précité (Article premier) définit la confidentialité comme le : « *maintien du secret des informations et des transactions afin de prévenir la divulgation non autorisée d'informations aux non destinataires permettant la lecture, l'écoute, la copie illicite d'origine intentionnelle ou accidentelle durant leur stockage, traitement ou transfert* ».

Conclusion

La transparence est devenue depuis peu un concept juridique. Elle connaît aujourd'hui un succès transversal qui, selon certains, serait excessif. Transposée dans le contrat d'assurance numérique, elle permet de rationaliser les rapports entre les parties dans la mesure où elle leur commande un agissement tout en leur imposant de s'abstenir de toute attitude qui créerait l'opacité, l'obscurité et le secret. En son nom, les parties sont tenues d'une obligation d'information bilatérale très poussée. La transparence est saisie dans ses multiples aspects et à différents stades contractuels. Si les obligations de l'assureur semblent moins denses¹²⁸, celles de l'assuré ou du moins le souscripteur sont amplifiées. Ce dernier est tenu de déclarer toutes informations utiles à l'assureur lors de la formation du contrat, les aggravations et la création de risques nouveaux en cours de contrat ainsi que les circonstances de la réalisation du sinistre. Tous ces renseignements doivent obéir aux exigences d'accessibilité, de compréhensibilité et d'intelligibilité. La transparence vise la préservation des intérêts individuels et surtout l'intérêt supérieur du système assurantiel. La négation de la transparence est sanctionnée plus vigoureusement lorsque le manquement est imputable à l'assuré par la nullité du contrat en cas de mauvaise foi. Cette nullité néfaste à l'existence de la garantie devrait être évitée, dans la mesure du possible, au profit d'autres sanctions, plus adaptées, eu égard aux intérêts qu'on voudrait protéger. Aujourd'hui, il est reconnu que le secret a encore des vertus et est parfois même obligatoire. En effet, comme le relève un auteur, le secret complète la transparence pour garantir un équilibre des forces contradictoires¹²⁹. Au demeurant, il faut souligner que la transparence va au-delà de la relation contractuelle entre les parties pour embrasser tout le tissu social. Elle impose aux acteurs du secteur de l'assurance d'assurer une clarté et une vérité envers le public auquel ils s'adressent en général par les publicités. Ainsi, les publicités faites par les entreprises d'assurance de leurs produits et services doivent garantir l'idéal de transparence. Comme le souligne un auteur, « *les messages publicitaires ne doivent pas se détacher fondamentalement de l'exigence de la vérité ou de la réalité* »¹³⁰.

¹²⁸ Certains auteurs poussent la borne plus loin en exigeant de l'assureur une expertise au service du preneur d'assurance, afin que celui-ci « *ne pût pas de sa nature même être incompétent* » (R. BOUT, « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 47).

¹²⁹ VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, Thèse de Doctorat, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

¹³⁰ SOWENG (D.), *La pratique de la Publicité commerciale au Cameroun*, PUA, 2023, p. 22.

L'adage « *societas delinquere non potest* » à l'épreuve de l'évolution du droit international pénal

“Challenging the maxim *societas delinquere non potest* through the evolution of International criminal Law”

Page | 170

Par:

KAKULE KALWAHALI Charles

Docteur en Droit de l'University of South Africa(UNISA), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Officielle de Ruwenzori & Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'ULPGL/Goma,
kalwachar@gmail.com et kalwachar@yahoo.fr

BARAKA BUNANI Junior-Rex

Doctorant en Droit de l'Université de Dschang, Enseignant à la Faculté de Droit, Magistrat (Substitut du Procureur de la République) et Ancien Avocat au Barreau du Nord-Kivu/R.D. Congo,
junissybunani@gmail.com

Résumé :

La responsabilité pénale des personnes morales envisagée séparément de celle de leur dirigeant n'était pas mise en jeu en un certain moment dans l'histoire de la justice pénale, en application de l'adage « Societas delinquere non potest ». Aujourd'hui, cette conception est dépassée, car ces personnes ont désormais l'obligation de prévenir, protéger et défendre les droits humains. Une fois elles les ont violés, leur responsabilité pénale pourrait être engagée suivant les dispositions prévues dans le Protocole de Malabo. Mais, bien que cette possibilité y soit déjà consacrée, il s'observe qu'en droit congolais, elle n'est toujours pas prévue en dépit du fait que les entreprises soient citées dans multiples rapports dans la violation des droits humains. Pour lutter contre l'impunité de ces crimes graves, le droit congolais doit évoluer en consacrant la responsabilité pénale des entreprises séparément de celle de leurs dirigeants comme cela est déjà consacré en droit camerounais et la CAJDH, instance judiciaire régionale prévue pour cette fin, doit être effective en vue de lutter contre l'impunité des crimes odieux.

Mots-clés : Evolution-Droit international pénal- Violations des droits humains-Responsabilité de l'entreprise- Crimes graves.

Abstract:

*The criminal liability of legal entities considered separately from that of their directors was not engaged at a certain point in the history of criminal justice, in accordance with the adage *societas delinquere non potest*. Today, this conception is outdated, as these entities are now required to prevent, protect and defend human rights. Once they have violated them, their criminal responsibility can be engaged according to the provisions outlined in the Malabo Protocol. But, although this possibility is already enshrined there, it is observed that in Congolese law, it is still not provided despite the fact that companies are mentioned in multiple reports regarding violations of human rights. To combat the impunity of these serious crimes, Congolese law must evolve to establish the criminal liability of companies separately from that of their executives as is already provided for under Cameroonian law and the CAJDH, a regional judicial body intended for this purpose, must be effective in fighting against the impunity of heinous crimes.*

Key Words: Evolution- International criminal law- Human rights violations-Corporate responsibility-Serious crimes.

Introduction

Les questions liées à la responsabilité pénale de l'entreprise agitent les consciences et sont au cœur de bien de débats politiques, sociologiques, écologiques et économico-juridiques¹, nul ignorant aujourd'hui son influence sur la vie de l'homme. L'entreprise dans sa diversité industrielle, technologique, commerciale, minière œuvre dans plusieurs secteurs de la vie. Cependant, en dépit du fait qu'elle est un catalyseur du développement économique, dans sa quête de réalisation du bénéfice, arrive souvent à des violations systématiques des droits humains qui, malheureusement ont tendance à échapper à toute sanction de la justice pénale. Ainsi, on peut légitimement s'interroger sur la capacité du droit pénal à appréhender sa responsabilité pénale, délinquance qui résulte de ses nombreuses activités lesquelles s'accompagnent souvent d'infractions de tous genres : atteintes aux droits de l'homme, pollutions, corruption, blanchiment, fraudes fiscale et douanière².

Page | 172

Certaines d'elles spécialisées dans le commerce ou l'exploitation des matières premières, arrivent même à violer systématiquement les droits de l'homme ou finissent par tomber dans la commission des infractions graves tels que les crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes de génocide, soit en finançant les groupes rebelles directement, ou indirectement agissant par le biais de ses dirigeants, se rendant ainsi complices des faits infractionnels ou en étant elles-mêmes des auteurs desdits crimes, qui doivent être punis sévèrement.³ La gravité de ces crimes qui sont commis par des personnes physiques ou morales devrait pousser la communauté humaine à adopter des mesures pour poursuivre leurs auteurs ou complices. Le préambule du Statut de Rome instituant la CPI⁴ le dit clairement lorsqu'il prévoit que : « *les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national(...), et qu'il y a lieu de (...) mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de*

¹ U. Petillon, *La Responsabilité pénale de l'entreprise multinationale*, Thèse de Doctorat, Université de La Rochelle, Parsi, 2020, p1, inédite.

² U. Petillon, Thèse de doctorat précitée, p2.

³ Sur la répression de ces crimes internationaux lire utilement L. Mutata, *Traité des crimes internationaux*, 2^{ème} Edition, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, Garde des Sceaux et Droits Humains, Kinshasa, 2006, H. Ascensio et al., *Droit international pénal*, 2^{ème} Edition, Editions A. Pedone, Paris, 2000, J. Mbokani, *La Jurisprudence Congolaise en matière des crimes de Droit international : Une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome*, Editions Open Society Foundations, 2016, p111

⁴ Ce sigle signifie « Cour pénale internationale ».

nouveaux crimes et pour ce faire (...), il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux »⁵.

En dépit de cette obligation imposée à tous, il s'observe que les entreprises continuent à commettre les infractions de tous genres dans l'exercice de leurs activités. A ce sujet, maints rapports renseignent que ces entités sont impliquées dans le pillage systématique des ressources naturelles dans certains pays comme la Sierra Leone, le Liberia, la RDC, l'Angola⁶, qu'une certaine doctrine⁷ qualifie leur agissement de crime de guerre. Elles sont à la recherche des diamants, de l'or, du bois précieux, du coltan ou du pétrole qui constituent à l'heure actuelle l'oxygène de la guerre.

Les gains par elles générés contribuent souvent au financement des conflits⁸, alimentant par là une spirale mortifère. Pour la complexité et les moyens que requiert la commission de ces crimes, la seule capacité individuelle est le plus souvent dépassée. C'est la personne morale⁹ qui est pointée régulièrement comme relais indispensable à la commission du crime¹⁰. Elles ont dépassé la commission des infractions qualifiées de droit commun pour s'investir pratiquement dans celles de droit pénal international en commettant les crimes de guerre, de génocide ou des crimes contre l'humanité. En 2006, un rapport du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies (RSSG) sur la question des sociétés transnationales dénonçait les violations les plus brutales des droits humains par les entreprises¹¹ en soulignant le décalage entre l'obligation de protéger, défendre et prévenir les droits humains mise à leur charge et leur violation systématique dans les lieux d'exploitation.¹² Pour lutter contre l'impunité des auteurs de ces crimes graves et

⁵ §4 à 6 du Préambule du Statut de Rome du 17 Juillet 1998 relatif à la Cour Pénale Internationale, 2002, voir également S. Savolainen, « La Responsabilité pénale de la personne morale pour le crime international de pillage : regard sur les systèmes juridiques internes », in *Revue de droit pénal et de criminologie*, p133

⁶ P. Collier et I. Bannon, *Naturel ressources and conflit : What we can do*, in *Natural resources and violent conflict: Options and actions*, Washington, Banque mondiale, 2003, p7, Human Rights Watch, "Le fléau de l'or", Bruxelles, Editions Human Rights Watch, 2005, p8

⁷ P. Collier et I. Bannon, *Op.cit*, p133

⁸ P. Collier, *Briser la spirale des conflits*, 1ère Edition, Bruxelles, De Boeck/Banque mondiale, 2005, p10

⁹ Dans le corps de cet article, les termes entreprise, société commerciale, société multinationale désignent tous la personne morale. Ainsi donc, on utilisera l'un ou l'autre.

¹⁰ Nations Unies, *Rapport sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. ONU/CN.4/2006/97), 22 Février 2006, p12, *Rapport du Groupe d'Experts des Nations Unies sur l'exploitation illégale des ressources naturelles autres richesses de la République Démocratique du Congo* (Doc. ONU S/2003/1027), 2003, p15

¹¹ Nations Unies, *Rapport précité*, p16

¹² *Idem*

garantir les réparations aux victimes, une législation pénale sanctionnant ces actes infractionnels se présente désormais comme une solution incontournable.

C'est dans ce sens que les Nations Unies ont réfléchi sur un cadre normatif qui puisse engager la responsabilité pénale de l'entreprise impliquée dans la violation massive des droits humains. En 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a approuvé à l'unanimité les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme(UNGP), premier cadre normatif mondialement reconnu qui définit les responsabilités des entreprises dans la prévention et la lutte contre les violations des droits de l'homme¹³. Dans l'exercice de leurs activités, elles sont appelées à veiller au respect des droits humains, prévenir et empêcher toutes violations, malheureusement cela n'a pas été toujours le cas. Les personnes morales sont citées régulièrement comme étant les auteurs des graves violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme sans être sanctionnées.

Curieusement, leur irresponsabilité pénale a toujours été justifiée par une certaine opinion axée sur le fait que seules les personnes physiques saines d'esprit pourraient délinquer¹⁴, oubliant que les personnes morales¹⁵ en tant que sujets de droit peuvent aussi commettre des infractions et en être punies. Dans répression, le principe fut que seules les personnes physiques sont capables de délinquer. Ni les choses, ni les animaux ne peuvent être sujets de l'infraction. Seuls des êtres faits de chair, dotés de volonté et d'intelligence peuvent commettre une infraction et de ce fait, encourir une peine.

A ce sujet la doctrine enseigne que l'attribution de la responsabilité pénale s'est longtemps conçue qu'à propos des êtres humains, les personnes de chair et de sang¹⁶. L'esprit individualiste du droit pénal a fait qu'on ne pouvait attribuer un acte coupable et appliquer la peine qu'à l'individu et non à des personnes morales quelle que soit la gravité de l'infraction commise.¹⁷De

¹³ U. Petillion, *Op.cit*, p13

¹⁴Sont irresponsables pénalement les personnes atteintes du dérèglement mental lors de la commission des faits, lire utilement JC. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 21^{ème} Edition, LGDJ, Paris, 2012, p121

¹⁵ Parmi ces groupements, d'un côté on a les personnes morales du droit public (Etat et ses démembrements tels que la Province, la Ville, Commune, Territoire, Chefferie) ou encore des entités créées par lui doté d'une personnalité juridique distincte mais ayant un but commercial (Sociétés commerciales à capitaux publics) ou des Etablissements publics dotés de la personnalité juridique à caractère scientifique. D'un autre côté, on peut avoir les personnes morales de droit privé telles sont les Sociétés commerciales privées, les Fondations, les Organisations non Gouvernementales, les Institutions sans but lucratif, ...

¹⁶ JC. Soyer, *Droit pénal et Procédure pénale*, 21^{ème} Edition, LGDJ, Paris, 2012, p140

¹⁷ G. Stefani et G. Levasseur, *Droit pénal général*, 10^{ème} Edition, Précis Dalloz, Paris, 1978, n°244, p43

ce fait, les personnes morales bénéficiaient d'une certaine impunité, mieux d'une irresponsabilité pénale en application de l'adage « *societas delinquere non potest* » bien qu'elles aient violé massivement les droits de l'homme¹⁸. Cette position est soutenue par une certaine doctrine lorsqu'elle enseigne que la personne morale ne peut engager sa responsabilité pénale, s'il y a des faits infractionnels qui font penser aux personnes morales, seuls leurs dirigeants, personnes physiques, pourront pénalement répondre.¹⁹ La raison de son irresponsabilité pénale fut donc fondée sur le fait qu'elle est un être non charnel, dénué de tout raisonnement.

En matière des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, c'est cette idée qu'on retrouve consacrée à l'article 20 bis de la loi congolaise du 31 Décembre 2015 qui dispose que « *seules les personnes physiques peuvent engager leur responsabilité pénale devant les cours et tribunaux(...)* »²⁰. Le législateur de Rome a consacré la même chose à l'article 25 du Statut de Rome en précisant que « *la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut* »²¹. L'exégèse de cet article débouche sur le fait que le juge pénal de la CPI est incompétent à juger les crimes graves commis par les personnes morales quelle que soit la gravité des faits commis, ce qui peut empêcher les victimes de bénéficier de leur droit à la réparation.

En affirmant que la Cour est compétente exclusivement à l'égard des personnes physiques, le législateur pénal semble avoir cautionné l'irresponsabilité pénale de la personne morale impliquée dans la commission des crimes internationaux sur base de l'adage « *societas delinquere non potest* ». Heureusement, au fil du temps il y a eu une timide évolution du droit pénal issu de l'apport jurisprudentiel et doctrinal tendant à consacrer pas directement sa responsabilité pénale²² mais celle de ses dirigeants, en ce sens que c'est la personne physique, douée de la volonté et de la raison agissant au nom et pour le compte de l'entreprise qui subissait les conséquences de la peine prononcée²³. Du coup, c'est le préposé ou la personne physique habilitée à engager la

¹⁸ Sur l'adage « *Societas delinquere non potest* », lire utilement N. mwene Songa, *Traité de droit pénal général Congolais*, 2^{ème} Edition, EUA, Kinshasa, 2007, p249,

¹⁹ N. mwene Songa, *Op.cit*, p252

²⁰ Article 20 bis de la Loi n°15/022 du 31 Décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 Janvier 1940 portant Code pénal congolais, in *JORDC*, n° Spécial 29 Février 2016, Kinshasa, 2016.

²¹ Article 25, Statut de Rome cité

²² En République Démocratique du Congo, lire utilement Cour d'Appel de Kinshasa, Affaire Société DIFCO, 11 Avril 1970, in *Revue Congolaise de Droit*, Kinshasa, ONRD, 1971, p9, CSJ-RDC, Affaire Société SOCOBANQUE, 13 Août 1971, in *Revue Congolaise de Droit*, 1972, p14, Bulletin des Arrêts, 1974, p14

²³ Mais, dans d'autres cas, des peines comme l'amende, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, la confiscation spéciale, la dissolution, l'avertissement, la fermeture de l'entreprise pourraient être prononcés directement contre une personne morale.

personne morale qui était pénalement responsable de l'infraction par elle commise.²⁴ Dans son rôle de dire le droit, le juge pénal recherchait toujours celui qui a concrètement agi sous le couvert de la personne morale.²⁵ Cette situation, ne permettait pas de distinguer exactement l'individualité de la personne morale, être dont l'existence juridique n'est pas à douter et dont le caractère dangereux peut se manifester par la commission des crimes internationaux de celle de son répondant.

Ainsi, c'est ce qui a interpellé la conscience de certains législateurs comme celui de l'Etat camerounais à prendre des normes qui organisent la responsabilité pénale de l'entreprise sans tenir compte de l'organe ou du préposé qui a agi en son nom et pour son compte.²⁶ A ce sujet, l'article 74 de la loi du 12 Juillet 2016 portant Code pénal camerounais dispose que « *les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants(...)* ». ²⁷ Par ces dispositions, ce législateur contrairement à celui congolais a résolu de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales indistinctement de celle des personnes physiques qui agissent à son nom et pour son compte.

C'est pour mettre fin donc à l'impunité des crimes dont la personne morale est aujourd'hui auteur, qu'il faut une répression stricte des infractions graves par elle commises en consacrant l'abandon de son irresponsabilité pénale. C'est dans ce sens que les Principes directeurs des Nations Unies insistent sur la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises qui ont violé les droits humains au moment de l'exercice de leurs activités. De même, la Déclaration de l'OIT impose certaines obligations aux entreprises telles que celles de protéger, respecter les droits de l'homme et de réparer le préjudice causé aux personnes²⁸ en prévoyant que « *la responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises(...) partout où elles opèrent, qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de*

²⁴ R. Legros, « Imputabilité pénale et entreprise économique » in *R.D.P.C*, 1968-1969, p380, R. Charles, « Quelques aperçus sur l'évolution du droit pénal social » in *R.D.P.C*, 1967-1968, pp253-254, P. Delatte, « La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge », in *R.D.P.C*, 1980-2000, voir aussi Cass.29 Mars 1994, Pas.I, 326, *R.D.P.C*, 1996, p1171, O. Ralet, *Responsabilité des dirigeants des sociétés*, Larcier, Bruxelles, 1996

²⁵ H.D. Bosly, *Responsabilité et sanctions en matière de criminalité des affaires*, Syracuse, Novembre, 1980, p6

²⁶ Lire utilement les Code pénal des Pays-Bas, de la République Française, des Etats Unis (Criminal Law Act) et suisse, ...

²⁷ Article 74, alinéa 1(a), Loi n°2016/007 du 12 Juillet 2016 portant Code pénal camerounais.

²⁸ Principe 10 (a), Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Adoptée par le Conseil d'administration du Bureau International du Travail à sa 204^{ème} Session et amendée à ses 279^{ème}, 295^{ème} et 329^{ème} sessions, 2017

*l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences(...) ; elles devraient faire preuve de diligence raisonnable afin d'identifier , prévenir, et atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles sur les droits de l'homme ».*²⁹ D'où, pour éviter l'impunité des crimes graves, la responsabilité pénale des entreprises doit être engagée. Au regard de la nécessité de protéger les droits de l'homme et de l'obligation de lutter contre l'impunité de ces crimes odieux imposée aux Etats, la question reste de savoir, s'il est possible d'engager la responsabilité pénale individuelle de l'entreprise, indistinctement de celle de ses dirigeants. En pareille occurrence, quelle est la juridiction compétente pour poursuivre une personne morale impliquée dans la commission des crimes internationaux ? Répondant à cette préoccupation, il faut préciser qu'aujourd'hui, avec les obligations de prévenir, défendre et protéger les droits humains incombant à l'entreprise pendant l'exercice de ses activités, la possibilité d'engager sa responsabilité pénale indistinctement de celle de ses organes dirigeants est concevable lorsqu'elle est impliquée dans la perpétration des crimes graves (I). Cela nous poussera alors à déterminer qui est le juge compétent pour réprimer ces actes infractionnels(II).

I- LA MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA RESPONSABILITE PENALE DE L'ENTREPRISE POUR CRIMES INTERNATIONAUX

Bien qu'actuellement, les personnes morales sont impliquées dans la commission des crimes graves, il faut avouer que la répression des fautes par elles commises en matière des violations des droits de l'homme, n'est pas aisée et sur le plan international que celui national. La raison évoquée par la doctrine légendaire est axée sur l'idée que la personne morale ne peut délinquer (A). Mais au fil de l'évolution du droit pénal international africain et tenant compte de la volonté de lutter contre l'impunité des crimes graves et d'asseoir la paix entre les nations, la responsabilité pénale individuelle de l'entreprise a été envisagée indistinctement de celle de ses organes dirigeants (B).

A- Une responsabilité pénale difficilement envisageable

L'irresponsabilité pénale des personnes morales ayant commis des violations graves des droits humains était justifiée sur base du brocard juridique « *societas delinquere non potest* ». De ce fait, la personne morale échappait à l'action répressive du juge (1) d'une part ou tout

²⁹ Principe 10 (c, d et e), Déclaration citée

simplement cette justification fut envisagée sur base des prescrits de l'article 25 du Statut de Rome (2), d'autre part.

1- Une personne insaisissable par le droit pénal

Depuis longtemps, l'irresponsabilité pénale des personnes morales a été justifiée par l'adage « *societas delinquere non potest* ». Du coup ces personnes, devenaient des êtres insaisissables par l'action répressive du juge qu'elles opéraient en toute impunité. D'origine latine, ce brocard signifie que « les sociétés n'ont pas le pouvoir de commettre un délit ». Cela signifie que, contrairement aux personnes physiques, celles morales ne peuvent commettre de délit. De ce fait, leur responsabilité pénale ne fut pas envisagée sur base de l'esprit individualiste du droit répressif. Vu sous cet angle, la législation pénale semble avoir été conçue en vue de régler la question des crimes commis par des personnes physiques poursuivies pour crimes internationaux. Cette caractéristique trouve son expression au tant dans les principes qui déterminent les éléments moral et matériel des infractions que dans la nature des peines prévues, lesquelles, en grande partie, ne sont susceptibles d'exécution effective et non seulement symbolique, qu'à l'égard d'êtres sensibles comme le sont les personnes physiques³⁰.

A ce sujet, la doctrine opine que l'attribution de la responsabilité pénale ne s'est longtemps conçue qu'à propos des êtres humains dotés de chair et de sang³¹. De cette constatation se dégage la conclusion que l'action publique pour l'application d'une peine répressive n'est recevable que si elle est dirigée contre une personne physique vivante, principe qui a trouvé une expression quelque peu approximative dans l'adage « *societas delinquere non potest* ». Inspiré du courant individualiste qui s'est manifesté depuis J.J. Rousseau et qui limite l'exercice de l'action publique au cas où elle vise une personne physique vivante, les poursuites contre les personnes morales même impliquées dans la commission des crimes graves étaient butées à un problème de répression et cela a été justifié par les considérations suivantes³² :

➤ La responsabilité pénale suppose, dans le chef de l'auteur une volonté libre et conscience,

³⁰ Ministère de la Justice Belge, Sanctions pénales et personnes morales, in *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, Cinquante-sixième année, n°7, Bruxelles, 1976, p673

³¹ JC. Soyer, *Op.cit*, p140.

³² Ministère de la Justice Belge, *Op.cit*, p674

- Le principe de la personnalité pénale des peines s'oppose à l'application d'une sanction à une personne qui n'a pas individuellement commis l'acte délictueux,
- Le but ultime de la loi pénale serait mis en échec par l'impossibilité physique et juridique d'appliquer certaines peines à une catégorie déterminée de condamnés ;

Au vu de ces arguments, la responsabilité pénale de la personne morale n'a pas été facile à engager bien qu'elle ait commis des violations systématiques des droits de l'homme. En matière des crimes internationaux, cette idée d'irresponsabilité pénale des personnes morales est aussi affirmée par le Statut de Rome. Cela s'observe comme une limite à l'action répressive en matière des crimes internationaux menée par devers le juge pénal de la Cour pénale internationale et devant les cours et tribunaux congolais.

2- Une irresponsabilité consacrée par le Statut de Rome.

Adopté par la Conférence des pleins pouvoirs de Rome tenue en date du 17 Juillet 1998 et mis en vigueur en date du 1^{er} Juillet 2002 après le dépôt de l'instrument de ratification de la République Démocratique du Congo comme 60^{ème} Etat partie, le Statut de Rome³³ est l'instrument juridique international qui crée la Cour pénale internationale et un des dispositifs internationaux juridiques qui assurent la répression des crimes internationaux.

Bien que réprimant les crimes les plus odieux, le Statut de Rome contient une des failles la plus décriée. Pourtant, tant vanté par plusieurs organisations de la société civile, il semble s'être inspirée du vieil adage romain « *societas delinquere non potest* », en consacrant l'irresponsabilité pénale des personnes morales impliquées dans la commission des crimes graves. Aux termes de son article 25, « *la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut* ». Au regard de ces dispositions, la CPI est seulement compétente à l'égard des personnes physiques ayant commis les crimes relevant de sa compétence et incompétente à la fois à l'égard des personnes morales auteurs des mêmes faits infractionnels.

³³ Le Statut de Rome est l'instrument juridique international qui a créé la Cour pénale internationale comme la seule juridiction pénale internationale permanente, chargée de réprimer les crimes graves. Ce texte a été adopté par la Conférence des plénipotentiaires tenue à Rome en date du 17 Juillet 1998, amendé par les procès-verbaux en date des 10 Novembre 1998, 12 Juillet 1999, 30 Novembre 1999, 8 Mai 2000, 17 Janvier 2001 et 16 Janvier 2002, et a été mis en vigueur le 1^{er} Juillet 2002, Lire utilement le Statut de Rome sous la cote A/CONF.183/9

Cette idée du Statut de Rome semble s'inspirer de l'adage romain « *societas delinquere non potest* » qui militait pour l'irresponsabilité pénale des personnes morales alors qu'actuellement ces sujets de droit occupent la première place dans la commission des crimes graves. Pour Laurent Mutata, ce vieux brocard semble avoir influencé négativement tant le droit national que l'ordre normatif universel, en consacrant l'irresponsabilité pénale des personnes morales³⁴. En droit congolais, le principe reste à coup sûr l'irresponsabilité pénale des personnes morales comme on peut le constater dans la loi 2015 ayant modifié et complété le Code pénal.³⁵ Pour sa part, Hajer opine que concernant la compétence de la Cour, celle-ci juge des individus et non les personnes morales même si elles peuvent être auteurs de crimes laissés à sa compétence. Ainsi, sa compétence pénale s'étend à toutes les violations graves du droit international et des droits humains commises par les êtres humains en exclusion des personnes morales.³⁶

B- Une responsabilité pénale envisageable pour lutter contre l'impunité

Aujourd'hui, la responsabilité pénale des personnes morales ayant commis des crimes internationaux peut être possible suivant la doctrine de certains pénalistes (1), ou sur base du traité de Malabo qui milite plus pour la lutte contre l'impunité des crimes graves et la protection des droits de l'homme (2) dans le Continent africain.

1- Une responsabilité pénale soutenue par le courant doctrinal pénaliste

L'humanité a subi des atrocités qui ont heurté la conscience de tout le monde, qu'aujourd'hui tous les Pays du monde sont déterminés à mettre un terme à cette barbarie humaine en instituant des instances judiciaires internationales³⁷ chargées de poursuivre les auteurs des crimes graves. En R.D.Congo, ces crimes se sont commis en grand nombre, sans que leurs auteurs ne soient punis ni que ces graves violations des droits de l'homme soient empêchées. Le Rapport Mapping des Nations Unies le dit clairement lorsqu'il précise que la découverte par la Mission de l'Organisation des Nations Unies en RDC de trois fosses communes dans le Nord-Kivu à la fin de

³⁴ L. Mutata, *Traité de crimes internationaux*, 2^{ème} Edition du Service de documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice et Droits Humains, Kinshasa, 2016, p184

³⁵ *Ibidem*, p184

³⁶ H. Gueldich, « La Cour pénale internationale : Une justice trébuchante » ? In *Recueil d'études offert en l'honneur du Professeur Rafâa Ben ACHOUR*, *Mouvances du Droit*, Simpat, 2015, Tome III, p5

³⁷ Pour lutter contre l'impunité des auteurs de ces crimes graves, l'ONU avait créé deux tribunaux pénaux ad hoc dont le Tribunal Pénal International du Rwanda (TPIR) et le Tribunal Pénal International pour l'Ex Yougoslavie (TPIY), et depuis 2002, elle a créé un tribunal pénal international permanent appelé la Cour Pénale Internationale (CPI).

2005 s'est imposée comme un douloureux rappel que les graves violations des droits de l'homme commises dans le passé dans ce pays demeuraient largement impunies et fort peu enquêtées(...)³⁸.

De son côté, le Livre Blanc du Ministère de la Justice de la RDC décrit les graves violations des droits de l'homme que la population congolaise a subies. En effet, ce livre dit que le 2 Août 1998, les troupes régulières du Rwanda, de l'Ouganda et du Burundi ont envahi et occupé le territoire de la RDC, violant ainsi son territoire et sa souveraineté (...). Cette agression s'est accompagnée d'atteintes graves aux droits de l'homme, se distinguant dans la partie Est de la République par des massacres, meurtres, assassinats, et autres atrocités dont la cruauté, la similitude et l'efficacité des méthodes et techniques utilisées, ont fini par convaincre les observateurs impartiaux de la scène internationale du caractère prémédité et planifié de ces actes ainsi que de la finalité visée par la démarche.³⁹ Cette situation inquiète et mérite une répression sévère. C'est dans ce sens qu'abonde le préambule du Statut de Rome lorsqu'il dispose :

« Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération (...) »⁴⁰.

A l'heure actuelle pour lutter contre l'impunité des crimes graves et donner aux victimes la chance d'être indemnisées concernant les préjudices subis, une certaine doctrine confère une conscience aux personnes morales et soutient la réalité de leur responsabilité pénale.⁴¹ D'après

³⁸ Haut- Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Rapport Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre Mars 1993 et Juin 2003 sur le territoire de la République Démocratique du Congo, Août 2010, p3

³⁹ République Démocratique du Congo/Ministère des Droits Humains, Le Livre Blanc : La guerre d'agression en République Démocratique du Congo : Trois ans de massacres et de génocide « à huis clos », Numéro spécial, Kinshasa, Octobre 2001, p4

⁴⁰ §1, 2 et du Statut de Rome cité déjà

⁴¹ L. Mutata, *Op.cit*, p185

elle, « l'âme, l'esprit d'une personne morale constituent une réalité. Il n'est pas possible de confondre à moins de rester aux temps anciens, la responsabilité pénale des différentes personnes participant au Conseil d'Administration avec celle de la personne morale ».⁴² La personne qui agit au nom et pour le compte de l'entité morale, est une entité juridique différente de celle représentée. Il est alors aberrant de ne pas réprimer les actes infractionnels commis par la personne morale. La doctrine soutenant la thèse de la responsabilité pénale de la personne morale a évoqué certaines raisons⁴³dont :

- Les personnes morales, contrairement à une certaine doctrine, ne sont pas une fiction, mais une véritable réalité juridique et sociale,
- Quant à leur emprise sur autrui et le monde extérieur, on constate qu'elle était réelle car elles constituaient une force sociale dans la vie moderne dont le caractère dangereux se manifeste par la commission des infractions,
- La personne morale est capable de volonté, elle délibère à travers son assemblée générale, son conseil administration, son comité de gestion et cette volonté manifestée par elle, est loin d'être un mythe,
- En fin, il existe une série des peines parfaitement adaptées à la nature de la personne morale comme l'amende, la dissolution ou la fermeture, l'interdiction d'exercer une profession déterminée, ...

Au regard de ces atrocités commises par les personnes morales, une partie de la doctrine estime que leur responsabilité doit être engagée indistinctement de celle de ses organes.

2- Une responsabilité pénale à engager pour le respect des droits humains

L'Organisation des Nations Unies a créé la Cour pénale internationale comme l'unique juridiction pénale de portée internationale, permanente et chargée de poursuivre les auteurs de grands crimes. Créée par l'Acte Constitutif de Lomé de 11 Juillet 2000, l'Union Africaine de son côté, a institué la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme(CAJDH)⁴⁴ en adoptant pour

⁴² J. Leaute, « Le Nouveau Code pénal français : Enjeux et perspectives », sous la direction de Pierre Méhaignerie, Dalloz, Paris, 1994, pp 56-57

⁴³ N. mwene Song , *Op.cit*, p250

⁴⁴ Cette Cour a fusionné en une seule deux anciennes Cours de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) dont la Cour Africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union Africaine.

la première fois son protocole à Sharm-El-Sheikh en Egypte en date du 1^{er} Juillet 2008. Ce protocole a été amendé en Guinée Equatoriale en date du 27 Juin 2014 et par la même occasion, la Conférence des Chefs d'Etats et de gouvernement de l'UA lors de leur 23^{ème} Conférence, ont adopté formellement le Protocole de Malabo qui crée la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme.

Déjà l'article 1 du Protocole de Ouagadougou de 1998 organisait l'institution d'une Cour africaine chargée de régler les différends entre africains en disposant qu' « *il est créé , au sein de l'Organisation de l'Unité Africaine , une Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) pour renforcer et compléter la mission de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* »⁴⁵ et ensuite, l'article 5(1d) de l'Acte Constitutif de l'UA a prévu aussi la création de la Cour de justice au niveau africain comme étant l'un des organes de l'Union Africaine.⁴⁶

Au vu des crimes graves qui ont été commis en Afrique lors des rébellions et guerres de renversement des régimes des dirigeants africains, la population civile a enduré plusieurs maux liés aux crimes de guerre, de génocide et des crimes contre l'humanité. Cela exigeait que les auteurs de ces faits infractionnels, personnes physiques ou morales aient un châtiment issu des institutions chargées de dire le droit. En vue d'arrêter cette hémorragie, les Chefs d'Etats et des Gouvernements de l'UA réunis à Malabo, ont amendé le Protocole qui créait la Cour Africaine, et ont étendu sa compétence en insérant le titre relatif à la compétence pénale. C'est ce qui a donc créé la section pénale au sein de ladite Cour. Aux termes de l'article 28 A du Protocole de Malabo⁴⁷, la section du droit international pénal de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Hommes a compétence pour réprimer au moins 14 crimes les plus graves , dont 4 d'eux relevant du droit pénal international réprimés par le Statut de Rome, et 10 autres spécifiques presque à la législation régionale du Continent Africain .

⁴⁵ Article 1, Protocole relatif à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples, Adopté par la 34^{ème} Session Ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'Etats et de Gouvernement réuni à Ouagadougou, Burkina Faso du 8 au 10 Juin 1998 au cours de laquelle, 30 Etats membres ont signé ledit Protocole, Union Africaine, Addis Abeba, 1998. Ce Protocole est appelé Protocole de Ouagadougou.

⁴⁶ Article 5(point 1d) de l'Acte Constitutif de l'Union Africaine, adopté à Lomé le 11 Juillet 2000

⁴⁷ Article 28 A, Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour Africaine de Justice et des droits de l'homme,

Parmi eux, on cite les crimes de génocide⁴⁸, crimes contre l'humanité⁴⁹, crimes de guerre⁵⁰, crimes relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement⁵¹, piraterie⁵², terrorisme⁵³, mercenariat⁵⁴, corruption⁵⁵, blanchiment d'argent⁵⁶, traite des personnes⁵⁷, trafic illicite de stupéfiants⁵⁸, trafic illicite des déchets dangereux⁵⁹, exploitation des ressources naturelles⁶⁰ et le crime d'agression.⁶¹ En même temps, le Protocole de Malabo a établi deux modes de responsabilité pénale distincts, et c'est cela la particularité de cette législation régionale par rapport à celle de la CPI. D'un côté, il incrimine la responsabilité pénale des personnes physiques⁶² ayant commis les infractions réprimées par ledit Protocole, d'un autre côté, il prévoit la responsabilité pénale des entreprises⁶³, et cela indistinctement de celle des organes de gestion de la personne morale. Abordant la responsabilité pénale des personnes physiques, il prévoit que toute personne qui commet un crime prévu par le Statut en sera tenue responsable.⁶⁴

Quant à la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur de Malabo a plus évolué que celui de Rome. Il a milité pour l'abandon total de l'irresponsabilité pénale des personnes morales, en consacrant leur responsabilité. L'article 46 C dudit Protocole le dit mieux lorsqu'il dispose qu' « *aux fins du présent Statut, la Cour a compétence sur les personnes morales, à l'exception de l'Etat* ». Ainsi, la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme est compétente à l'égard des personnes physiques que morales impliquées dans la commission des crimes graves. Mais pour que la responsabilité pénale des personnes morales soit engagée devant cette Cour, il faut :

⁴⁸ Article 28B du Protocole de Malabo

⁴⁹ Article 28 C, Protocole précité

⁵⁰ Article 28 D, même Protocole

⁵¹ Article 28 F, *Idem*

⁵² Défini à l'article 28 F, même Protocole

⁵³ Défini à l'article 28 G

⁵⁴ Défini à l'article 28 H

⁵⁵ Article 28 I

⁵⁶ Article 28 I (bis)

⁵⁷ Article 28 J, Protocole de Malabo précité

⁵⁸ Article 28 K, même Protocole

⁵⁹ Article 28 L, *Idem*

⁶⁰ Article 28 L bis, *Idem*

⁶¹ Article 28 M, même Protocole.

⁶² Article 46 B même Protocole

⁶³ Article 46 point (C) du Protocole de Malabo

⁶⁴ Article 46 N, Protocole de Malabo précité.

➤ Que l'intention d'une entreprise de commettre une infraction soit établie sur la preuve que c'était sa politique de commettre des actes constitutifs de cette infraction,

➤ Une politique doit être attribuée à l'entreprise là où elle fournit l'explication la plus fondée relativement à la conduite de l'entreprise,

➤ La connaissance au sein de l'entreprise de la perpétration d'une infraction doit être établie par la preuve que l'information pertinente réelle ou présumée était connue dans l'entreprise,

➤ La connaissance existe au sein d'une entreprise même si l'information applicable divise le personnel de l'entreprise.

Aux fins du Statut de la CAJDH, pour que la responsabilité pénale de l'entreprise soit engagée, il faut qu'on prouve l'imputabilité du crime à l'entreprise impliquée dans la commission des crimes graves. Mais, dans le régime répressif des crimes graves, la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques qui ont agi en coreté ou en complicité avec l'auteur du crime poursuivi. Hormis le Protocole de Malabo qui organise la responsabilité pénale des personnes morales, la loi camerounaise consacre des peines comme la dissolution ou la fermeture contre les personnes morales auteurs des infractions.

A ce sujet, les articles 25(2) et 25(3) du Code pénal camerounais disposent respectivement que « la dissolution est la peine capitale susceptible d'être prononcée contre une personne morale(...). Cette décision comporte le renvoi de celle-ci devant la juridiction compétente pour procéder à sa liquidation à la diligence du Ministère public. La peine de fermeture de l'établissement consiste dans la fermeture temporaire ou définitive d'un établissement entendu au sens d'une personne morale. Elle emporte l'interdiction pour la personne morale en cause, d'exercer l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise(...) ».⁶⁵ Par ailleurs, ce législateur ne s'est pas limité à prévoir ces peines à l'encontre de la personne morale, il a aussi expressément organisé la responsabilité pénale de l'entreprise impliquée dans la commission des crimes en disposant que « *les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* »⁶⁶. On peut noter qu'avec ce

⁶⁵ Articles 25(2) et 25(3), Code pénal camerounais précité.

⁶⁶ Article 74(1), Code pénal camerounais précité.

droit, aujourd'hui la question sur la responsabilité pénale de la personne morale est réglée. Cependant, une fois que les crimes graves sont commis par une personne morale, il faut maintenant déterminer le juge compétent chargé de leur répression.

II- DU JUGE COMPETENT POUR POURSUIVRE LA PERSONNE MORALE

Page | 186

La plus grande innovation de l'Union Africaine en matière de protection des droits de l'homme, est celle d'avoir affirmé une compétence régionale sur les crimes internationaux commis en Afrique par les personnes morales et d'avoir institué une juridiction pénale africaine différente de la CPI.⁶⁷ Mais, cette justice revêtue de cette noble mission a connu des évolutions qu'elle est passée des chambres extraordinaires à une juridiction pénale internationale qu'on dirait stable. Au début, cette organisation panafricaine n'avait pas une juridiction pénale chargée de réprimer les crimes graves du droit international pénal qui seraient commis par les personnes physiques ni par les personnes morales. Ce sont les difficultés rencontrées par le Sénégal à faire juger Hissène Habré par ses propres juridictions qui ont conduit à la mise en place d'une juridiction hybride, les chambres extraordinaires africaines.⁶⁸

Désormais, l'Afrique dispose d'une Cour qui lui manquait ; à la suite de l'adoption formelle par les chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA du projet de Protocole de Malabo lors de leur 23^{ème} Conférence au sommet tenu le 27 Juin 2014. La particularité de cette juridiction instituée est qu'elle a pour finalité de juger tous les auteurs des crimes graves commis sur le territoire des Etats membres au Protocole. La question reste alors de savoir qui est le juge compétent chargé de poursuivre les personnes morales impliquées dans la commission des crimes graves en R.D. Congo (A) ? Par ailleurs, il s'observe qu'en Afrique l'institution de la CAJDH⁶⁹ n'a pas fait grand-chose pour le continent dans la lutte contre l'impunité des crimes graves commis par les personnes morales. Le juge pénal africain semble rester alors dans une situation à califourchon combinant impunité et impuissance(B).

⁶⁷ Sa première mise en œuvre fut la création des chambres extraordinaires africaines au sein du système judiciaire sénégalais, chargées de poursuivre et de juger les auteurs présumés des crimes commis au Tchad entre le 7 Juin 1982 et le 1^{er} Décembre 1990, période correspondant au régime de l'ancien président Hissène Habré, principal accusé, lire utilement M. Mubiala, « L'élargissement du mandat de la Cour Africaine de justice et des droits de l'homme aux affaires de droit international pénal », in *Revue internationale de droit pénal*, Vol.85, 2014, p1

⁶⁸ M. Mubiala, « Vers une justice pénale régionale en Afrique », In *Revue internationale de droit pénal*, Vol.83, 2012, pp547-557, S. Williams, « The Extraordinary African Chambers in the Senegales Courts : An African solution ton an African Problem » ? In *Journal of International Criminal Law*, Vol.11, 2013, pp1139-1160

⁶⁹ Ce sigle renvoie à la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme.

A- Les personnes morales ayant commis les crimes graves : Un monstre échappant à l'action de la justice pénale congolaise

En droit des droits de l'homme comme en droit international pénal aussi bien conventionnel que coutumier, il existe une obligation pour les Etats de réprimer les crimes, quel que soit le type de conflit armé en cause, peu importe la qualité officielle de leurs auteurs.⁷⁰

Page | 187

Ceci a une double signification en matière des droits de l'homme. D'abord, cette obligation relève du devoir des Etats de respecter et de protéger les droits de l'homme en enquêtant, en poursuivant et éventuellement en jugeant les auteurs présumés des violations graves ou massives des droits de l'homme, avec une possibilité d'accorder des réparations justes et équitables aux victimes⁷¹.

Ensuite, en se conformant à cette obligation, les Etats ne sont pas moins tenus d'agir en conformité avec les droits humains, essentiellement pour éviter une parodie de justice, contraire aux exigences d'un procès pénal juste et équitable⁷². De même à charge des entreprises, il pèse l'obligation de respecter, protéger les droits de l'homme et de diligence⁷³ dans l'exercice de leurs activités. Elles sont appelées à veiller sur le respect des droits humains, prévenir et empêcher toutes violations, malheureusement cela n'a pas été toujours le cas. Les personnes morales sont souvent citées comme étant les auteurs des graves violations des droits de l'homme. Faute pour elles de les respecter et protéger, leur responsabilité pénale que civile doit être mise en cause.

En République Démocratique du Congo, il faut signaler que les entreprises spécialement les sociétés commerciales du droit congolais ou constituées selon le droit des Pays de leur origine sont admises à fonctionner dans le Pays mais cela doit être fait suivant la réglementation en la matière. Ces personnes morales une fois admises à travailler, sont appelées à œuvrer en respectant les droits de l'homme et à fonctionner suivant les normes de l'Etat hôte. Elles ont donc l'obligation de protéger, empêcher et prévenir les violations massives des droits humains. En ce sens, la

⁷⁰ Lire utilement B. Kahombo, « Droits de l'homme et obligation de poursuivre les crimes de guerre : Revue critique de la décision de la commission africaine dans l'affaire Kilwa(RDC) », in *International Criminal Justice in Africa*, Konrad Adenauer Stiftung, 2018, pp74-98, Article 49(2), Convention de Genève I, 12 Août 1949, Article 129(2), Convention de Genève III, 12 Août 1949, Article 146(2), Convention de Genève IV, 12 Août 1949, Articles 86 et 88, Protocol additionnel I aux Conventions de Genève du 12 Août 1949, 8 Juin 1977, Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity : Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p271

⁷¹ B. Kahombo, Article précité.

⁷² Article 14, Pacte international relatif aux civils et politiques, 16 Décembre 1966

⁷³ Principes directeurs des Nations Unies sur la responsabilité pénale des entreprises multinationales et des droits de l'homme, 2011

Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) met à charge des entreprises l'obligation de diligence, de protéger, respecter les droits humains et de diminuer les risques causés aux personnes.⁷⁴ Mais, cet idéal n'a pas été toujours atteint. Point n'est besoin de rappeler que les violations massives des droits humains ont été commises par certaines personnes morales essentiellement ayant le statut de sociétés commerciales⁷⁵ ou par des personnes physiques⁷⁶ et sont restées impunies.

Ces violations massives des droits de l'homme se sont caractérisées par des viols collectifs⁷⁷, des incendies des villages⁷⁸, des exécutions sommaires et tueries⁷⁹, des pillages systématiques⁸⁰, des carnages et par des attaques et destructions menées contre les églises, écoles et tout autre bien à caractère civil⁸¹. Dans la plupart des cas, les auteurs de ces crimes graves sont

⁷⁴ Principes directeurs des Nations Unies précités.

⁷⁵ Lire utilement Cour Militaire du Katanga, RP n°010/2006, Affaire Auditeur Militaire Supérieur et PC c/ Adémar ILUNGA et crts, Arrêt du 28 Juin 2007, inédit et Haute Cour Militaire de la RDC, RPA n°017/2007, Affaire Auditeur Général des Forces Armées de la RDC et Parties civiles c/ Adémar ILUNGA et crts, Arrêt du 30 Octobre 2008, inédit

⁷⁶ Lire utilement les Affaires Germain Katanga, Jean-Pierre Bemba et du Mausolée de Tombouctou citées déjà

⁷⁷ RDC/ Tribunal Militaire de Garnison de Mbandaka, Affaire MP et PC c/ Lieutenant ELIWO NGOY et crts, Jugement du 12 Avril 2006, inédit. Dans cette affaire, 12 militaires de l'ex 9ème Bataillon basés à Songo Mboyo, un village situé à 600 Km de Mbandaka, ont violé collectivement des femmes, fait des crimes contre l'humanité, pillé, incité les militaires à s'armer (...) en date du 22 Décembre 2003, suite à une révolte militaire. Au total, plus de 200 victimes parmi lesquelles, 108 femmes auraient subi des viols collectifs, ont été à la barre pour solliciter les réparations pour les préjudices subis.

⁷⁸ TMG-BKV, Affaire N°270/09 et n°521/10/RMP n°581/07 et 1573/KMC/10, MP et PC c/ Jean Bosco Maniraguha et crts, Jugement du 16 Août 2011, inédit

⁷⁹ *Ibidem*, Affaire Jean Bosco précitée. Dans cette affaire, le TMG/BKV lors de ses audiences foraines à Kalehe en date du 08/08/2011 a été saisi contre Maniraguha pour crimes contre l'humanité par meurtre et viol. Dans les villages de Hungu, Rwamikundu et Kafunda, ce sujet rwandais et élément du FDLR avait occasionné la mort des populations civiles à Mbimbi, incendié 56 cases et causé la mort de 52 personnes.

⁸⁰ ICC-01/04-01/07, Affaire le Procureur contre Germain Katanga, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut de Rome, La Haye, 2017, inédit, ICC, Affaire le Procureur contre Jean-Pierre, Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, inédit

⁸¹ Cour pénale internationale, Situation en République du Mali, Affaire le Procureur c/ Ahmad Al Faqi, Ordonnance de réparation, n°ICC-01/12-01/15, La Haye, p108. Dans cette affaire, la CPI a été saisie le 13 Juillet 2012 par le Mali et ouvra les enquêtes sur les allégations des crimes commis depuis Janvier 2012 dans le contexte du conflit armé dans le Nord du Pays. Monsieur Ahmad est poursuivi par la Cour pour crime contre l'humanité pour avoir fait une attaque contre 10 monuments religieux et historiques importants et connus à Tombouctou.

des personnes physiques⁸² haut placées dans la société, ou ce sont des firmes internationales.⁸³ Sans être perpétrées par ces dernières, les violations massives des droits de l'homme en République Démocratique du Congo peuvent aussi être commises par des personnes morales de droit privé appelées « sociétés commerciales ». Une fois elles ont commis ces actes répréhensifs, la question intéressante devient alors celle de savoir qui est le juge compétent pour sanctionner leurs auteurs. En effet, lorsque les crimes internationaux sont commis par les personnes physiques, cela ne pose pas problème. Le juge compétent est connu en droit congolais. C'est la Cour d'Appel qui est la juridiction compétente, et elle siège au nombre de cinq membres pour les infractions prévues au Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁸⁴. L'article 91 Alinéa 1 point (1) de la Loi de 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire précise que *les Cours d'Appel connaissent au premier degré du crime de génocide, crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par les personnes relevant de leur compétence⁸⁵ et celle des tribunaux de grande instance⁸⁶*.

Au regard de la loi citée, seules les personnes physiques impliquées dans la commission des crimes graves sont justiciables de la Cour d'Appel. Tel est aussi le sens des prescrits de l'article 25 du Statut de Rome qui disposent que « *la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut* ». Conformément à cet article 91 cité, la Cour d'Appel n'est pas compétente à juger les personnes morales auteurs des crimes internationaux, elle l'est uniquement pour les personnes physiques, justiciables par état de cette Cour et du Tribunal de Grande Instance qui ont commis les crimes prévus dans le Statut de Rome. Mais, ça peut arriver

⁸² Pour les crimes graves commis par les personnes physiques en RDC, lire utilement République Démocratique du Congo/Ministère des Droits Humains, Le Livre Blanc : La guerre d'agression en République Démocratique du Congo : Trois ans de massacres et de génocide « à huis clos », Numéro spécial, Kinshasa, Octobre 2001, Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Rapport Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre Mars 1993 et Juin 2003 sur le territoire de la République Démocratique du Congo, Août 2010,

⁸³ Lire utilement Cour Militaire du Katanga, Affaire MP et Partie civile c/ Adémar Ilunga et crts, Arrêt du 28 Juin 2007, Haute Cour Militaire, Affaire MP et Partie civile c/ Adémar Ilunga et crts, Arrêt rendu en appel, 30 Octobre 2008, in J. Mbokani, *La Jurisprudence Congolaise en matière des crimes de droit international : Une Analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome*, Open Society Foundations, 2016, p115

⁸⁴ Article 22, Loi Organique n°13/011-B du 11 Avril 2013 portant Organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, In *JORDC*, Kinshasa, 2013

⁸⁵ S'agissant de la compétence personnelle de la Cour d'Appel, y sont justiciables les membres de l'Assemblée provinciale, les Magistrats, les Maires, les Maires adjoints, les Présidents des Conseils urbains et les fonctionnaires des services publics de l'Etat et les dirigeants des établissements ou entreprise publique revêtus au moins du grade de directeur ou du grade équivalent

⁸⁶ Article 91 Alinéa 1 (point 1), loi citée

aussi que ces crimes soient commis par les sociétés commerciales. Dans l'hypothèse où ils ont été perpétrés par les personnes morales, qui sera alors le juge compétent ?

En Droit Congolais, les personnes morales sont irresponsables devant le juge pénal congolais en matière des crimes internationaux. La législation congolaise est restée obsolète, désuète, inadaptée et caractérisée par un retard excessif. Engager la responsabilité pénale des entreprises envisagée séparément de celle de leurs organes dirigeants n'est pas encore organisée en RDCongo. C'est seulement la responsabilité pénale des dirigeants qui est toujours mise en cause lorsqu'ils ont agi au nom et pour le compte des personnes morales⁸⁷. Par ailleurs, s'agissant des personnes morales constituées en sociétés commerciales impliquées dans la commission des infractions à la législation économique et commerciale, leur responsabilité pénale doit être engagée devant le juge du tribunal de commerce. C'est dans ce sens qu'abonde l'article 17 alinéa 2 de la Loi du 03 Juillet 2001 sur les tribunaux de commerce qui dispose que « *le Tribunal de commerce connaît en matière de droit pénal, des infractions à la législation économique et commerciale*⁸⁸, *quel que soit le taux de la peine ou la hauteur de l'amende* ». ⁸⁹Par infractions à la législation économique et commerciale, il faut entendre celles ayant lien à l'abus de confiance, escroquerie, abus des biens sociaux, banqueroute, les infractions de fraude douanière et minière commises par un commerçant dans l'exercice de ses fonctions.

Le constat est que la législation congolaise est obsolète dans le domaine de la répression des crimes graves commis par les personnes morales. Par ailleurs, elle prévoit que les justiciables de la Cour d'appel et du Tribunal de Grande Instance qui ont commis les crimes prévus par le Statut de Rome, c'est-à-dire les crimes de guerre, de guerre et contre l'humanité doivent être jugés par devers cette Cour. De même, en consacrant la compétence pénale du Tribunal de commerce à l'égard des commerçants qui ont commis les infractions à la législation économique et commerciale, la loi a exclu expressément en même temps la compétence pénale du juge du tribunal de commerce à l'égard des commerçants personnes morales ayant commis les crimes graves. De ce fait, les personnes morales ayant commis les violations massives des droits de l'homme restent des êtres juridiques qui échappent à l'action de la justice pénale congolaise. Au vu des crimes graves dont les personnes morales sont auteurs, la loi congolaise doit évoluer en consacrant la

⁸⁷ C'est l'application du principe *societas delinquere non potest*.

⁸⁹ Article 17 alinéa 2, Loi n°002/2001 du 03 Juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce, in *JORDC*, 42^{ème} Année, n°14, 15 Juillet 2001, Kinshasa, 2001.

responsabilité pénale des personnes morales séparément de celle de leurs dirigeants comme cela est déjà organisé en droit pénal camerounais. Cela peut contribuer à protéger les droits humains et à lutter contre l'impunité.

B- Le juge pénal africain entre impunité et répression des crimes graves ?

Page | 191

L'extension de la compétence de la CAJDH et la création de la section de droit pénal international en son sein a été considérée par plusieurs défenseurs des droits humains comme étant une avancée significative dans la répression des violations massives des droits de l'homme en Afrique. Pourtant, il faut préciser qu'elles restent récurrentes car la juridiction tant vantée depuis sa création, n'a jamais été fonctionnelle. Ce qui ne permet pas de lutter contre l'impunité sur ce continent. A cet effet, note Mutoy que la CAJDH n'est pas encore une juridiction opérationnelle, car le Protocole l'ayant créée et adopté à Sham-el-Sheik (Egypte) en 2008, n'est pas encore entré en vigueur⁹⁰ faute d'un nombre suffisant de ratifications.⁹¹ Cela demande qu'on brosse un peu l'historique de la création de cette juridiction(1), puis aborder les vicissitudes rencontrées par celle-ci dans la lutte contre l'impunité des crimes graves (2).

1- Le chemin vers Malabo

En 2014, la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'UA à Malabo en Guinée équatoriale a adopté le Protocole portant amendements à celui organisant le Statut de la Cour Africaine de Justice et des droits de l'homme et a invité les Etats membres de l'Union de le signer et de le ratifier⁹².

L'adoption dudit Protocole en Juin 2014, est l'aboutissement d'une démarche complexe et interminable. Ce processus officiel visant à élargir la compétence de la CAJDH pour qu'elle couvre les crimes de droit international et les crimes transnationaux a débuté en 2009. Néanmoins, cette idée a été proposée et débattue dans différents contextes et forums bien avant février 2009. Il est donc le fruit d'évolutions au sein du continent qui remontent dès les années 1980 et d'événements externes, lesquels sont à l'origine de la détermination de l'UA à envisager sérieusement l'idée d'une cour pénale régionale. Ainsi, la création d'une cour pour juger des crimes graves n'est pas

⁹⁰ Amnesty International, *Protocole de Malabo : Incidences juridiques et institutionnelles de la Cour Africaine issue d'une fusion et à compétence élargie*, Edition Amnesty International, Royaume-Uni, 2016, p4

⁹¹ M. Mubiala, *Op.cit*, p750

⁹² Décision sur les projets d'instruments juridiques, Assembly/AU/Dec.529(XXIII)

un projet récent, il a été proposé pour la première fois au début des années 1980 lors de l'élaboration de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples.⁹³

La Guinée avait suggéré la création d'une Cour Africaine pour juger des violations des droits de l'homme de même que les crimes au regard du droit international.⁹⁴ Toutefois, sa création demeurait une possibilité dans la mesure où ceci apparaissait comme une idée bonne et utile que l'on pourrait intégrer dans l'avenir grâce à l'ajout d'un protocole à la Charte.⁹⁵ Toutefois, cette idée a refait surface en Juillet 2004 lorsque la question de l'élection des juges au niveau de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a été portée devant la Conférence de l'UA⁹⁶.

A ce moment, l'UA a connu deux importantes évolutions institutionnelles. Tout d'abord, elle a adopté environ un an plus tôt le Protocole de la Cour de Justice de l'Union fixant le cadre juridique pour l'opérationnalisation de la Cour en tant que « principal organe judiciaire de l'Union ».⁹⁷ Ensuite, en Janvier de la même année 2004, le Protocole de la Charte Africaine pour l'établissement d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est entré en vigueur, ouvrant la voie pour l'élection des juges. La Cour avait et a encore comme fonction principale de compléter le mandat de protection de la Commission africaine en examinant des affaires et en émettant des jugements contraignants au regard de violations des droits humains.⁹⁸ L'élection des juges à la Cour africaine des droits de l'homme n'a pas eu lieu en Juillet 2004 en raison du faible nombre des candidats nommés. A la Conférence, le Président Olusengun, alors président de la Conférence, a proposé que la Cour Africaine de justice et la Cour africaine des droits de l'homme fusionnent en une seule instance.

Il a suggéré d'attribuer une compétence en matière pénale à la Cour qui résulterait de la fusion en déclarant : « *pourquoi la Cour de justice ne pourrait pas s'associer avec la Cour des droits de l'homme et des peuples pour déboucher sur une Cour de justice qui aura une section, si vous voulez, responsable des questions frontalières, une Section responsable des questions des*

⁹³ OUA CAB/LEG/67/3 rev 5, 21 ILM 58, entrée en vigueur le 21 Octobre 1986

⁹⁴ Réunion des ministres du 07-09 Janvier 1981 citée par F. OUGUERGOUZ, *La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, p72

⁹⁵ Le Projet de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, préparée pour la réunion des experts à Dakar, Sénégal, 28 Novembre-8 Décembre 1979

⁹⁶ Amnesty International, *Op.cit*, p7

⁹⁷ Article 2(2) du Protocole de la Cour de justice de l'Union Africaine

⁹⁸ Amnesty International, *Op.cit*, p9

droits humains , une autre sur les questions pénales transfrontalières ». ⁹⁹ Suite à cela, la Conférence décida de fusionner les deux cours. Mais le Conseil exécutif avait décidé en Juillet 2003 que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples devrait rester une institution distincte et séparée de la Cour de justice de l'Union Africaine. ¹⁰⁰

En Janvier 2006, la Conférence de l'UA a mis en place un comité de juristes afin que celui-ci conseille l'UA sur les options disponibles pour traduire en justice l'ancien Président tchadien Hissène Habré et a préparé un rapport qui porte non seulement sur la façon de gérer l'affaire Habré mais aussi sur la façon dont l'UA devrait faire face dans l'avenir aux crimes relevant du droit international. Il a recommandé que la Cour qui résulterait d'une fusion, soit habilitée à juger des crimes relevant du droit international ¹⁰¹ , et que munie des compétences élargies, elle devrait fonctionner comme une institution indépendante, libre de toutes formes de pressions afin qu'elle soit impartiale et perçue comme telle. On devrait mettre en place un mécanisme d'intervention rapide qui lui permette de s'assurer que l'Afrique agisse promptement aux violations flagrantes des droits humains et donner du poids à l'indépendance et impartialité des institutions tant sur le plan théorique que dans les faits.

Ce suivi renforcerait la crédibilité des institutions régionales et pourrait ainsi offrir des options crédibles sur le plan régional ¹⁰². En Juillet 2008, la Conférence de l'Union africaine a adopté le Protocole portant Statut de la Cour Africaine de justice et des droits de l'homme. Environ une année avant, en Janvier 2007, la Conférence de l'UA avait adopté la Charte africaine sur la démocratie, les élections et bonne gouvernance évoqua la création d'une Cour pénale régionale africaine. Son article 25 (5) disposait déjà que « *les auteurs de changement anticonstitutionnel du gouvernement peuvent être traduits devant la juridiction compétente de l'Union* », sans qu'elle ne soit précisée. Ces balbutiements sur la création d'une Cour pénale régionale et plusieurs autres événements particuliers ont poussé les Etats Africains à songer sérieusement à la création de cette juridiction si importante.

⁹⁹ Rapport sur la décision de la Conférence africaine de fusionner la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples avec la Cour de justice de l'Union Africaine, Conseil exécutif, Sixième session ordinaire, 24-28 Janvier 2005, Abuja, Nigeria, EX.CL/162, p1-2

¹⁰⁰ Conseil Exécutif, EX/CL/59(III), Décision sur le projet du Protocole de la Cour de justice

¹⁰¹ § 35 et 39, Rapport du Comité d'éminents juristes africains sur l'affaire Hissène HABRE, disponible sur <https://www.hrw.org/legacy/french/themes/CEJA-Report0506fr.pdf> , consulté le 10 Février 2023

¹⁰² Rapport sur l'affaire Hissène Habre, §40-42

Parmi ces événements on note : l'inculpation ou les mandats d'arrêts émis par certains Pays européens à l'encontre de hauts responsables africains pour des crimes relevant du droit international¹⁰³, l'inculpation et le mandat d'arrêt de la CPI à l'encontre du Président El-Béchir du Soudan¹⁰⁴, et l'accusation et le procès devant la CPI du Président Uhuru Kenyatta et son vice-président William Ruto¹⁰⁵. L'UA a estimé que ces événements mettaient en évidence d'une part l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par les pays européens concernés et d'autre part le fait que les Etats africains soient pris pour cible de façon biaisée et injuste par la CPI ; ce qui leur a poussé à créer une Cour Africaine qui va remplacer la CPI et qui fonctionnera de façon parallèle à celle-ci.

En Février 2009, la Conférence de l'UA a demandé à la Commission de l'Union en consultation avec la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples d'examiner les conséquences de l'octroi de la compétence à la Cour de juger les crimes internationaux et d'en faire un rapport auprès de la Conférence en 2010. C'est ainsi que la Commission de l'Union a engagé le Secrétariat de l'Union panafricaine des Avocats (UPA) pour qu'il fasse une étude sur un instrument juridique qui modifierait le Protocole sur la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et qu'il formule les recommandations en conséquence.¹⁰⁶

L'UPA a soumis ses rapports à la Commission de l'UA en Août 2010 et le premier projet du Protocole y a été annexé. Pour l'analyser, il s'est tenu en Afrique du Sud en Août et en Novembre 2010 des ateliers de validation coordonnés par le Parlement panafricain et impliquant des représentants des organes de l'UA et des communautés économiques régionales, et en Novembre 2011, il s'est tenu à Addis-Abeba des réunions d'experts gouvernementaux au cours

¹⁰³ UA-UE, Rapport du groupe d'experts sur le principe de compétence universelle, Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles 16 Avril 2009, 867/2/1/09.REV 1, disponible sur www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/rapport-expert-ua-ue-competence-universelle-en-0.pdf, consulté le 12 Mars 2023

¹⁰⁴ Soupçonné d'avoir commis des actes apparentant les crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et à un génocide dans la région du Darfour, la CPI émit le premier mandat contre lui le 4 Mars 2009, puis le second en date du 12 Juillet 2010. Le CSONU avait déféré cette situation devant la CPI en date du 31 Mars 2005 qui prit la décision d'ouvrir une enquête le 6 Juin 2005.

¹⁰⁵ La CPI a donné l'autorisation au Procureur d'ouvrir une enquête au Kenya le 31 Mars 2010, qui a conduit à l'inculpation de 6 ressortissants kenyans pour leur rôle présumé dans les violences post-électorales de 2007/2008 ; finalement des poursuites ont été engagées contre 3 personnes initialement inculpées dont Muigai Uhuru Kenyatta, William Ruto et Josua Sang.

¹⁰⁶ Amnesty International, *Op.cit*, p11

desquelles le Projet du Protocole a été examiné. Une réunion finale d'experts régionaux sur les questions juridiques a été convoquée entre le 7 et le 11 Mai 2012 pour réviser le projet de Novembre 2011. Avant cette réunion, 47 organisations de la société civile et d'organisations internationales ayant une antenne en Afrique ont envoyé une lettre ouverte aux ministres de la Justice et aux Procureurs généraux des Etats africains parties au Statut de Rome en les invitant à étudier un certain nombre des préoccupations.¹⁰⁷

Lors de la 19^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'UA tenue en Juillet 2012, le projet de Protocole a été déposé aux fins d'adoption, mais la conférence ne l'a pas fait, elle a seulement demandé à la Commission de l'UA en collaboration avec la Cour africaine des droits humains de préparer une étude sur les incidences financières et structurelles de l'élargissement de la compétence de la CADHP et de proposer une définition du crime relatif au changement anticonstitutionnel du gouvernement¹⁰⁸. Cette Commission a convoqué une réunion en décembre 2012 à Arusha afin d'examiner ces deux questions. Lors de la 23^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'UA, qui s'est tenue à Malabo, ledit Protocole a été adopté malgré les critiques¹⁰⁹ d'un grand nombre des parties prenantes au sujet des révisions, notamment sur la question des immunités, qui ont été insérées dans le document final.¹¹⁰

Les modifications du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ont été annexées au Protocole de Malabo. Il devrait entrer en vigueur 30 jours après le dépôt des instruments de ratification par 15 Etats membres. En Janvier 2015, la Conférence de l'UA a proposé que la ratification dudit Protocole soit accélérée.¹¹¹ Alors que le juge africain de la CAJDH a reçu mandat de réprimer les crimes graves commis dans sa juridiction, il reste à cheval entre impunité et répression desdits crimes. Impunité car les crimes se commettent à son vu et su et est sensé les réprimer, mais le fait que la Cour ne soit pas fonctionnelle, l'empêche d'accomplir sa mission. D'où, c'est plus qu'important que les Etats parties de l'Union Africaine ratifient dans

¹⁰⁷ Lettre adressée conjointement aux ministres de la Justice et aux Procureurs généraux des Etats africains parties de la Cour pénale internationale au sujet de la proposition d'extension du champ de la compétence de la Cour africaine de justice et des droits humains, disponible sur <https://www.hrw.org/fr/news/2014/05/12/lettre-jointe-de-la-societe-civile-sur-un-projet-de-protocole-additionnel-visant>, consulté le 18 Mars 2023.

¹⁰⁸ §2, Décision concernant le Protocole portant amendements au Protocole relatif au statut de la Cour africaine de justice et des droits humains, Assembly/AU/Dec.427(XIX),

¹⁰⁹ Décision sur les projets d'instruments juridiques, Assembly/AUD/Dec.529(XXIII)

¹¹⁰ Amnesty International, Lettre ouverte aux Chefs d'Etats et de gouvernement de l'Union Africaine, Ref.AFR 01/01/2014

¹¹¹ En 2016, seuls 4 Pays dont les Kenya, Bénin, Guinée-Bissau et Mauritanie avaient déjà signé le Protocole et le Kenya qui s'engagea à verser 1 million des dollars américains pour contribuer à la mise en œuvre de la CAJDH

l'urgence le Protocole qui crée cette juridiction afin de lutter contre l'impunité des crimes graves en rendant justice aux victimes.

2- Les vicissitudes rencontrées dans la lutte contre l'impunité

La CAJDH comme vu, résulte d'une fusion de la Cour de Justice de l'Union africaine¹¹², créée par le Protocole de Maputo de 2002 et de la Cour africaine des droits de l'homme¹¹³, établie par le Protocole de Ouagadougou de 1998.¹¹⁴ Selon ce Protocole, la Cour qui n'est pas encore effective, aura des compétences étendues afin de couvrir les crimes relevant du droit international et les crimes transnationaux.¹¹⁵ La fusion de ces deux Cours, en réponse au défi de la prolifération des institutions panafricaines et aux coûts exorbitants subséquents, a donné lieu à la création de deux sections : la Section des affaires générales correspondant à la Cour de Justice de l'Union africaine et la Section des Droits de l'homme reprenant les attributions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.¹¹⁶

La première Section est chargée, d'une part, de régler les différends internationaux entre Etats africains (comme la Cour Internationale de Justice) et, d'autre part, du contentieux de l'Union africaine avec son personnel¹¹⁷. Quant à la deuxième section, elle constitue une juridiction régionale des droits de l'homme. Le Protocole de Malabo établit une troisième section, celle du droit international pénal.¹¹⁸ Malgré les innovations apportées par l'adoption du Statut de la CAJDH, et les missions dévolues à cette juridiction, il faut préciser qu'elle a connu plusieurs difficultés

¹¹² Créée par le Protocole de Maputo de 2002, lequel protocole n'est pas encore mis en vigueur car le nombre des ratifications exigées par le Statut l'ayant créé n'a jamais été atteint. Il a été signé par 49 pays de l'UA, mais pour être en vigueur, il fallait qu'il soit ratifié par 15 Etats parties et la date limite pour la ratification fut fixée au 31 Décembre 2020

¹¹³ Créée par le Protocole de Ouagadougou de 1998 et qui a été opérationnelle en 2006. 34 Etats de l'UA l'ont ratifié dont: Afrique du Sud, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Côte d'Ivoire, Comores, République Démocratique du Congo, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée-Bissau, Kenya, Libye, Lesotho, Mali, Malawi, Madagascar, Mozambique, Mauritanie, Maurice, Nigeria, Niger, Ouganda, Rwanda, République arabe Sahraouie démocratique, Sénégal, Tanzanie, Tchad, Togo, Tunisie et la Zambie. Cependant, 8 Etats de ces 34 ont déjà reconnu par déclaration la compétence de la Cour. Il s'agit du Burkina Faso, Gambie, Ghana, Guinée Bissau, Mali, Malawi, Niger et Tunisie

¹¹⁴ Voir O. Fatsah, « La Cour africaine de Justice et des droits de l'homme » in Yusuf, Abdulquawi et O. Fatsah (éds), *L'Union africaine : Cadre juridique et institutionnel*, Paris, Pédone, 2013, pp113-131

¹¹⁵ Amnesty International, *Protocole de Malabo : Incidences juridiques et institutionnelles de la Cour Africaine issue d'une fusion et à compétence élargie*, Edition Amnesty International, Royaume-Uni, 2016, p4

¹¹⁶ M. Mubiala, *Op.cit*, p750

¹¹⁷ A l'instar de la Cour de justice des communautés européennes basée au Luxembourg.

¹¹⁸ *Ibidem*, p750, African Union, « Rapport de l'étude sur les implications de l'élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme pour juger les crimes graves de portée internationale », Préparé par l'Union Panafricaine des Avocats, Doc. Legal/ACHPR-PAP/2, 2010, pp33-34

dans sa mise en œuvre effective et c'est ce qui l'empêche de lutter contre l'impunité des auteurs des crimes graves. Parmi les obstacles rencontrés par elle, on note :

➤ **Le problème de ratification du texte créateur de la CAJDH**

Comme la Cour de Justice de l'Union Africaine créée par le Protocole de Maputo de 2002 mais qui n'a jamais fonctionné, la CAJDH, n'est pas aussi fonctionnelle à cause du manque de volonté de certains Etats de ratifier le Protocole de Malabo l'ayant créée.

Page | 197

Aux termes de l'article 11 du texte amendé, ledit Protocole et le Statut de la Cour y annexé devraient entrer en vigueur 30 jours après le dépôt des instruments de ratification de 15 Etats membres. A en croire Amnesty International, jusqu'en 2016, seuls quatre pays dont le Kenya, Bénin, Guinée-Bissau et Mauritanie l'avaient déjà signé et le Kenya qui s'est engagé à verser 1 million des dollars américains pour contribuer à sa mise en œuvre ne l'a pas fait.¹¹⁹ C'est cette absence de ratification de cet instrument juridique qui a empêché la mise en œuvre effective de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme et qui met le juge dans l'impossibilité de sanctionner les auteurs, personnes physiques ou morales des crimes graves commis en Afrique. Adopté depuis le 1^{er} Juillet 2008, plus de 15 ans après, ledit Protocole n'est jamais entré en vigueur alors qu'il devrait l'être en date du 1 Août 2008. C'est qui crée un obstacle à la Cour d'être mise en place en vue d'exercer les missions lui dévolues.

➤ **Immunité totale consacrée en faveur chefs d'Etats africains.**

Tout en militant pour la lutte contre l'impunité, le Protocole de Malabo l'a de même consacrée en instituant l'immunité totale en faveur des chefs d'Etats et de gouvernement des Etats africains en exercice. A en croire Amnesty International, la clause d'immunité prévue par le Protocole de Malabo est considérée comme la disposition la plus controversée du Statut amendé de la CAJDH. La disposition relative à cette immunité a été adoptée malgré les inquiétudes soulevées lors des débats à la réunion ministérielle par des délégations au sujet de sa conformité avec le droit international. Les délégués ont également souligné les défis inhérents à cet élargissement des immunités, l'absence de définition précise des hauts fonctionnaires et la difficulté d'établir une liste exhaustive des personnes qui pourraient être incluses dans cette catégorie.¹²⁰

¹¹⁹ Amnesty International, *Op.cit*, p34

¹²⁰ Amnesty International, *Op.cit*, p28

En effet, l'article 46 A bis du Protocole amendé portant Statut de la CAJDH dispose qu' :
« aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'Etat ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut responsable public en raison de ses fonctions ». Ces dispositions créent donc une limite à l'action répressive de la CAJDH en faveur uniquement des hauts gradés de la société africaine. Elles sont en même temps en contradiction avec les prescrits des articles 46 A (1) et 46 B du même Protocole qui disposent respectivement que *« tous les accusés sont égaux devant la Cour. Toute personne qui commet un crime prévu par le présent Statut en sera tenue personnellement responsable »*.¹²¹

Aux fins de ces 2 dispositions, tous les auteurs des crimes graves doivent être traités de la même façon devant la justice. Cela peut être donc une stratégie de lutter contre l'impunité. C'est dans ce sens qu'abonde l'article 27 du Statut de Rome lorsqu'il dispose que *« le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle ; en particulier , la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement , de membre d'un gouvernement ou d'un parlement , de représentant élu ou d'agent d'un Etat n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut , pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine »*.¹²²

L'alinéa 2 du même article renchérit en disposant que les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne , en vertu du droit interne ou du droit international , n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.¹²³ Le Statut de Rome par cette disposition institue le défaut de pertinence de la qualité officielle de la personne poursuivie.¹²⁴ A ce sujet, deux hauts gradés du gouvernement Kenyan ont été poursuivis par la Cour pénale internationale tout en étant en fonction, dont l'ancien président Uhuru Kenyatta et de son vice-président William Ruto, actuel président en exercice au Kenya.¹²⁵

¹²¹ Article 46 A bis et 46 B du Protocole de Malabo amendé, cité déjà

¹²² Article 27(1), Statut de Rome cité

¹²³ Alinéa 2 de l'article du Statut de Rome cité

¹²⁴ A ce sujet, deux hauts gradés du gouvernement Kenyan ont été poursuivis par la Cour pénale internationale tout en étant en fonction. Il s'agit de l'ancien président Uhuru Kenyatta et de son vice-président William Ruto

¹²⁵ Lire utilement CPI, Situation en République du Kenya, Affaire le Procureur c/ William RUTO, Henry Kiprono et Joshua Arap, N°ICC-01/09-01/11, Situation en République du Kenya, Affaire le Procureur c/ Francis Kimi, Uhuru Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, n°ICC-01/09-02 /11

Ainsi donc, le Statut de Rome semble assurer mieux la répression des crimes graves commis par les personnes physiques bénéficiant d'une haute protection au sein de la société que le Protocole de Malabo, en ce sens qu'il institue le défaut de pertinence de la qualité officielle à l'égard de tout haut représentant de l'Etat, alors qu'en Afrique, le législateur de Malabo institue une immunité totale en faveur de tous les hauts représentants d'un Etat. Les Etats africains doivent réviser ce texte en supprimant les immunités en faveur des hauts gradés des Etats qui constitue une limite à la répression des crimes graves devant cette juridiction.

➤ **L'insuffisance en personnel et expertise**

L'autre difficulté qui peut affecter le fonctionnement de la Cour, est l'insuffisance du nombre des juges prévus pour animer cette haute juridiction continentale. La Cour n'a pas notamment assez des juges pour gérer ses différentes sections. On peut clairement le voir si on compare la composition des cours régionales d'autres continents à celle proposée par la CAJDH. En effet, la Cour des droits de l'homme compte 11 juges bien que son mandat soit limité seulement aux questions des droits humains.¹²⁶ Elle ne traite pas des questions de droit international en général ni de celles relatives au droit pénal international en particulier.

Pourtant le Protocole de Malabo prévoit ironiquement de réduire à 5 le nombre de juges de cette Cour, ce qui aura un impact négatif sur la capacité de la Cour à traiter les décisions et à les rendre dans un délai raisonnable sans connaître un retard excessif.¹²⁷ Selon Amnesty International, la section des crimes internationaux sera peut-être celle qui souffrira le plus du manque des juges. Il semble que le Statut amendé de la CAJDH prévoit que la section de droit pénal international aura 6 juges, ce qui risque de créer un dysfonctionnement dans l'administration de la justice, car celle-ci est sensée avoir deux chambres : la chambre de première instance qui siégera à juge unique et la chambre d'appels qui aura 5 juges.¹²⁸ La section pénale chargée de réprimer les crimes graves, aura des difficultés énormes dans son fonctionnement.

Les matières pénales du droit pénal international exigeant beaucoup d'enquêtes, et un nombre accru des juges qui doivent y siéger. Les Etats parties au Statut amendé portant création de la CAJDH doivent le modifier en augmentant le nombre de juges qui doivent diriger la section pénale. L'autre difficulté est celle liée à l'expertise des juges et des enquêteurs qui doivent

¹²⁶ Amnesty International, *Op.cit*, p28

¹²⁷ Amnesty International, *Op.cit*, p28

¹²⁸ Article 21 (3) du Statut amendé de la CAJDH précité.

travailler à cette Cour. En effet, l'article 22 (4) du Statut amendé de la CAJDH prévoit des situations dans lesquelles les juges siégeront en assemblée plénière. Malheureusement, celles-ci ne sont pas spécifiées et devront être précisées dans les Règles de procédure et de preuve de la Cour. Les juges et enquêteurs étant affectés sur base des compétences et expériences à l'égard de 14 crimes graves réprimés par le Statut de la Cour, il y aura un déficit de taille à trouver les juges spécialisés et les enquêteurs rodés dans toutes ces matières. Des ressources importantes devront être consacrées à la formation des juges et des enquêteurs dans des domaines qui exigent des connaissances et des compétences spécialisées.¹²⁹

Recommandations

Pour lutter contre l'impunité des crimes graves commis par les personnes morales, la RDCongo doit réviser son code pénal en y insérant des dispositions légales expresses consacrant la responsabilité pénale des personnes morales impliquées dans la commission des crimes graves et cela indistinctement de la responsabilité pénale de leurs dirigeants tout en consacrant l'abandon total de l'adage « *societas delinquere non potest* ». Il doit donc évoluer en dépassant le fait d'engager uniquement la responsabilité pénale des personnes physiques ayant agi au nom et pour le compte de la personne morale comme cela est organisé par la législation camerounaise. Il faut donc admettre que l'état actuel de la législation congolaise est obsolète, méritant une certaine adaptation issue des influences du droit pénal international et de la volonté de réprimer énergiquement les crimes graves. D'où, une révision du Code pénal congolais s'impose. Du côté du droit pénal africain, il faut que les Etats membres de l'Union Africaine dépassent leur égo, en faisant la lutte contre l'impunité des crimes graves une priorité et en ratifiant le Protocole amendé portant création de la CAJDH. A ces causes, ils doivent :

- Ratifier en urgence le Protocole amendé portant Statut de la CAJDH en vue de rendre cette juridiction de portée continentale effective,
- Réviser les dispositions dudit Protocole qui instituent l'immunité pénale absolue des Chefs d'Etats, de Gouvernement ou tout autre haut gradé de la société, en consacrant le défaut de pertinence de la qualité officielle des auteurs des crimes graves comme cela est prévu dans le Statut de Rome,

¹²⁹ Article 21 (3) du Statut amendé de la CAJDH

➤ Accroître le nombre des juges qui doivent siéger dans la section de droit pénal international de la CAJDH et des enquêteurs chargés d'aider les juges de cette Cour dans la réalisation de son ministère,

➤ Allouer un budget propre et conséquent à la Cour pour assurer son bon fonctionnement, indépendance et l'impartialité de ses juges.

Conclusion

Au début, le droit pénal classique comme celui international n'a pas consacré la possibilité d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise séparément de celle de ses organes dirigeants même quand elle aurait violé systématiquement les droits humains. Aujourd'hui, en vue d'assurer le respect des droits humains, la législation du continent africain pose les jalons d'une probabilité de l'engager en cas de la commission des violations massives des droits de l'homme et des crimes graves même si la juridiction instituée pour cette fin n'est pas encore effective.

Par ailleurs, en droit camerounais la responsabilité pénale des individus est envisagée indistinctement de celle des personnes morales. Ces dernières peuvent engager individuellement leur responsabilité pénale en cas de commission des crimes. Malheureusement, en R.D. Congo on constate que le droit pénal réprime exclusivement les crimes graves et ceux relatifs à la législation économique et commerciale commis par les personnes physiques ayant la qualité de commerçant sans que la possibilité de poursuivre les personnes morales impliquées dans la commission des crimes internationaux ne soit prévue.

En effet, pour les crimes graves commis par les entreprises, la loi ne les réprime, ni n'indique le juge compétent pour les réprimer. Ce qui crée une situation d'impunité en faveur des auteurs de ces crimes. De son côté, l'Afrique a prévu une législation qui assurera la répression des crimes graves commis par les personnes morales. Cependant, la juridiction chargée de cette mission, n'est pas encore effective. D'où, c'est plus qu'urgent que les Etats de l'Union Africaine ratifient le Protocole de Malabo amendé afin de permettre à la juridiction pénale régionale de s'acquitter de ses nobles missions lui confiées par le Statut.

L'apport des procédures civiles d'exécution des États parties de l'OHADA dans la régularisation du référé arbitral

The contribution of civil enforcement procedures in OHADA member states to the regularisation
of summary arbitration proceedings

Page | 202

Par:

Moktar ADAMOU

Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Université de Parakou (Bénin)

bamoktar@yahoo.fr

Julien Eymard KOUAHO

Doctorant en droit privé, Université Alassane Ouattara, Bouaké (Côte d'Ivoire)

eymardjulien746@gmail.com

Résumé :

Le référé est une question relevant par essence du droit judiciaire privé. Il a toujours conservé ses liens avec cette discipline quand bien même qu'il est mis en œuvre dans une procédure d'arbitrage. Dans cette hypothèse, le juge étatique en tant que juge des référés exerce certaines prérogatives qui lui sont exclusivement dévolues par la loi. En plus, la loi précisément les procédures civiles de certains États-Parties se sont expressément prononcées sur certains aspects du référé dans lesquels le codificateur communautaire a observé un véritable silence. Par ailleurs, en scrutant avec plus d'attention le contenu de l'art. 24 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, on se rend compte que le codificateur « communautaire » a omis une importante partie de la procédure de référé arbitral, entraînant ainsi un vide juridique assez conséquent en la matière. Dès lors, face à cette incomplétude des dispositions uniformes régissant ce cas spécifique, les procédures civiles de certains États parties ont apporté une importante touche consistant à parachever, mieux à parfaire le domaine juridique du référé en droit de l'OHADA.

Mots-clés : arbitrage – exécution – juge- procédure civile – référé arbitral – régularisation -
voies de recours

Abstract:

Proceedings are inherently a matter of private judicial law. They have always maintained their ties to this discipline even when implemented in arbitration proceedings. In this case, the state judge, as the interim relief judge, exercises certain prerogatives exclusively vested in them by law. Moreover, the law governing civil proceedings in certain Contracting States has expressly ruled on certain aspects of summary proceedings, in which the Community codifier has remained virtually silent. Moreover, upon closer examination of the content of Article 24 of the Uniform Act on Arbitration, we realize that the "Community" codifier has omitted a significant portion of the summary proceedings procedure, thus creating a significant legal vacuum in this area. Therefore, in the face of this incompleteness of the uniform provisions governing this specific case, the civil procedures of certain State Parties have provided an important step in completing, or rather perfecting, the legal domain of summary proceedings in OHADA law.

Keywords: arbitration – enforcement – judge – civil procedure – summary proceedings – regularization – remedies

Introduction

« Le voyageur revient à son point de départ, mais il a vieilli entre-temps (...). L'irréversible, ce n'est pas que l'exilé ait quitté sa terre natale : l'irréversible c'est que l'exilé ait quitté cette terre, il y a vingt ans »¹. C'est bien pour relever le caractère irréversible du temps, qui lorsque perdu, ne peut plus se rattraper, que l'on peut être conduit dès l'entame à appliquer cette réalité à la procédure d'urgence². Laquelle peut se présenter comme l'ultime secours face au péril que connaît le recouvrement d'une créance. Si l'on peut s'autoriser à transposer dans un langage juridique, l'assertion ci-dessus soutenue par cette plume experte, cela peut nous amener à retenir que « l'irréversible, pour le créancier, dans la procédure d'urgence, ce n'est pas le rejet de la requête par le juge ou le prononcé d'une décision rétractive de l'ordonnance, mais l'irréversible c'est qu'après l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance, le bénéficiaire d'une telle décision ne puisse pas recourir à une exécution immédiate ou provisoire de cette dernière »³. Même s'il est soutenu que le temps du recouvrement est plus important que la décision qui permet le recouvrement⁴, cela n'est pas toujours avéré surtout dans le cadre de l'exécution provisoire où la décision et le temps revêtent à la fois un intérêt assez important. Certes, la décision est l'élément catalyseur de l'exécution mais cette dernière pourrait être plus efficace, doit se réaliser dans un bref délai pour permettre au créancier d'obtenir le plus rapidement possible satisfaction ou recouvrement effectif de sa créance. C'est pour cette raison qu'en se fondant sur l'une des fables de la Fontaine, une opinion a pu noter ceci : « recouvrer une créance n'a rien d'une fable. Ainsi de la rapidité de la procédure dépend sa fiabilité et même sa finalité »⁵. C'est bien cette rapidité qui caractérise cette procédure urgente de recouvrement connu le plus souvent sous l'appellation de référé, qui lorsqu'il est prononcé par une juridiction arbitrale est dénommé référé arbitral. Avant tout développement sur cette question, il faut tout de même relever qu'à l'origine le référé était d'abord judiciaire. Ce référé judiciaire communément appelé référé civil est apparu en France au XVII^e siècle avec la célèbre jurisprudence Châtelet de Paris en date du 22 janvier 1685⁶. Ces

¹ V. JANKÉLÉVITCH, *L'irréversible et la nostalgie*, éd. Flammarion, 1983, p. 300.

² M. GNOOUMBA, « Le dilatoire à l'ère de l'injonction de payer OHADA et les tribunaux de commerce en Côte d'Ivoire », p. 1.

³ *Idem*.

⁴ M. GNOOUMBA, « Le dilatoire à l'ère de l'injonction de payer OHADA et les tribunaux de commerce en Côte d'Ivoire », *Loc. cit*, p. 2.

⁵ *Idem*.

⁶ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2013, p.546. ; E.-M. MEIJERS, « Le développement des ordonnances sur référé en France », *Revue de l'histoire de droit français et étranger*, 1984, n° 1, p.259.

mesures de référés ont été plus tard développées par DE BELLEYME, Président du Tribunal civil de la Seine de 1829 à 1856⁷. Les procédures de référés civils ont par la suite été confiées aux pouvoirs propres du Président du Tribunal civil⁸, puis déléguées à certains Présidents. Par exemple, le Président du Tribunal paritaire des baux ruraux était amené à intervenir pour les procédures de référés en matière commerciale⁹, en vertu de l'ordonnance du 4 décembre 1944 modifiée par la loi du 13 avril 1946¹⁰. À cette époque, la consécration jurisprudentielle qui en a été faite, a permis à la doctrine de dégager une définition de cette procédure. Ainsi, elle a appréhendé comme une « *procédure simplifiée et accélérée, soumise au principe du contradictoire, grâce à laquelle une partie peut, dans certains cas définis par la loi, obtenir immédiatement une décision provisoire auprès d'une juridiction dédiée à cet effet, statuant généralement à juge unique* »¹¹. Ainsi, la procédure de référé civil se distingue notamment du référé administratif¹², pénal¹³ ou fiscal¹⁴, ou même de la « *procédure accélérée au fond* »¹⁵. C'est la raison qui justifie le fait que ces derniers ne seront pas pris en compte dans le cadre du traitement de la question dans la présente étude.

Si ces différents types de référés sont écartés du champ de réflexion de la présente étude, il n'en demeure pas moins que le référé civil le sera, lorsque l'on envisagera le référé sous l'angle de l'arbitrage. Cette mise à l'écart bien que pouvant se justifier à travers les spécificités de ce type de référé qui requiert que l'on l'étudie séparément du référé civil, n'est pas absolue puisque l'effectivité de la mise en œuvre de cette procédure de référé arbitral, commande souvent la convocation des règles issues des procédures civiles en matière de référé. Dans cette hypothèse, il est clair que les procédures civiles vont contribuer d'une manière ou d'une autre et même significativement à l'édification du corpus normatif du référé arbitral. En droit de l'OHADA et plus précisément en matière d'arbitrage *ad'hoc* l'art. 24 de l'AUA dispose que le tribunal arbitral

⁷ N. CAYROL, « Réalisme et prudence du juge des référés », Dalloz 2011. 904, nos 7,8 et 9.

⁸ Y. STRICKLER, « Le juge des référés, juge du provisoire », Thèse de Doctorat, Droit, Strasbourg, 1993, p.13.

⁹ Ph. GRANDJEAN, « L'évolution du référé commercial », *Revue de Jurisprudence commerciale*, 1993, p.177.

¹⁰ Y. STRICKLER, « Le juge des référés, juge du provisoire », op. cit., p. 13.

¹¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016, p. 915.

¹² Le référé administratif est une « *procédure mettant au juge administratif en cas d'urgence, d'ordonner toute mesure utile, à la demande de l'Administration ou d'un administré, sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative* ». v. en ce sens, S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., 914.

¹³ Le référé pénal est une « *procédure permettant à une personne qui vient d'être placée en détention provisoire de demander sa liberté auprès du président de la chambre d'instruction* ». v. en ce sens : R. CABRILLAC, (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2019, p.434.

¹⁴ Il s'agit d'une procédure d'urgence qui est « *exercée par le contribuable devant le juge administratif en vue d'éviter d'avoir à payer sommes litigieuses* ». À cet égard : R. CABRILLAC, (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, op. cit., p. 436.

¹⁵ Il s'agit d'une procédure qui suit généralement la forme procédurale des référés civils mais qui conduit à une décision au principal, v. en ce sens Y. STRICKLER, « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », 2019, *JCP G*, n° 38, doct. 928.

peut, si l'exécution provisoire de la sentence arbitrale a été sollicitée, l'accorder ou la refuser par décision motivée. L'AUA prévoit dans la teneur de son art. 24, la possibilité reconnue au tribunal arbitral ayant son siège dans l'OHADA d'octroyer l'exécution provisoire de la sentence qu'il a prononcé. Il est stipulé que « les arbitres peuvent accorder l'exécution provisoire de la sentence arbitrale, si cette exécution a été sollicitée, ou la refuser, par une décision motivée »¹⁶. C'est une institution particulière qui, comme le relève HASCHER, offre la possibilité de « *poursuivre l'exécution d'une décision qui aurait autrement dû être suspendue par l'exercice des voies de recours à son encontre* »¹⁷. En droit comparé, nombreuses sont les législations sur l'arbitrage international, qui admettent que cette institution ne déroge pas à la mise en œuvre de l'*exequatur* mais vise simplement à rendre inopérant l'effet suspensif des voies de recours dirigés contre la sentence prononcée en matière de procédure d'exécution dans l'OHADA¹⁸.

La spécificité du droit OHADA de l'arbitrage, tient au fait que l'AUA confère, du point de vue de la compétence, une tel pouvoir au tribunal arbitral¹⁹. Cependant la possibilité pour le juge étatique d'être saisi d'une telle requête est *a priori* exclue dans l'AUA, mais reconnue par certaines législations étrangères²⁰. Nous admettons bien la reconnaissance d'une telle compétence au tribunal arbitral en droit de l'OHADA ; dans la mesure où il est de principe qu'en procédure civile, il appartient au juge d'ordonner l'exécution provisoire de la sentence qu'il a lui-même prononcé. Sur ce fondement, il n'existe donc pas de motif valable à partir duquel l'on pourrait dans l'arbitrage international, priver l'arbitre de cette prérogative. Cela dit en effet, cette compétence du tribunal arbitral pourrait être justifié à condition que le recours contre la sentence arbitrale (le recours en annulation) aurait de plein droit un effet suspensif. Faisons remarquer que dans le droit de l'OHADA, une telle décision visant à exécuter provisoirement la sentence arbitrale prononcée, ne

¹⁶ Art. 24 de l'AUA

¹⁷ D. HASCHER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2005, ad chap. 10.3, p. 403..

¹⁸ D. HASCHER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Loc.cit.*, p. 404.

¹⁹ J. SOSSOU, « L'Acte Uniforme OHADA relatif à l'Arbitrage (AUA) à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale : approche comparée de droit international privé », *op.cit.*, n°101, p. 437. Cet auteur retient que : « *dans le même ordre d'idée, les droits belge et néerlandais accordent aussi, sous certaines conditions uniquement, au tribunal arbitral international le pouvoir d'ordonner l'exécution provisoire de la sentence arbitrale. La sentence doit pouvoir faire l'objet d'un appel devant une instance arbitrale supérieure, selon les arts. 1055 WBR et 1710 al. 2 CJB, pour que l'exécution provisoire permette au juge de l'exequatur de procéder à l'exécution de la première sentence nonobstant la procédure pendante devant l'instance arbitrale de recours* »

²⁰ Dans les législations où une telle institution est légalement consacrée, c'est au juge que la loi donne compétence à cet effet. C'est l'hypothèse avec l'Allemagne où le juge de l'*exequatur* est compétent pour accorder l'exécution provisoire, v. § 1064 al. 2 et § 1064 al. 3 ZPO. En France, la possibilité de faire exécuter provisoirement la sentence arbitrale relève de la compétence du juge saisi de l'appel ou du recours en annulation contre la sentence, et non du juge de l'*exequatur*, v. art. 1479 al. 2 NCPCF.

peut être rendue *ex officio* par la juridiction arbitrale. Laquelle malgré tout, ne doit « l'ordonner que sur demande expresse de l'une des parties au litige ou la refuser par décision motivée »²¹. Cela résulte du recours à l'expression "si cette exécution a été sollicitée" de l'art. 24 de l'AUA. Toutefois, le régime de l'exécution provisoire des sentences arbitrales n'est pas toujours aisé à mettre en œuvre dans la mesure où il peut être confronté à des obstacles le plus souvent levés par le juge étatique.

En observant le libellé de l'art. 24 de l'AUA, on comprend aisément que le tribunal arbitral peut être compétent pour ordonner l'exécution provisoire de sa sentence qu'il a lui-même rendu. Or l'exécution provisoire est généralement ordonnée dans le cadre de la prise des mesures provisoires et conservatoires. Certes, ces dernières ne possèdent pas la force de chose jugée, mais elles sont néanmoins soumises au principe opposé dit « *exécution immédiate au provisoire* »²², même avant d'acquiescer la force de chose jugée. En se référant à la première proposition de cette procédure faite en 1990 par la CCI Paris, laquelle avait introduit le référé pré-arbitral dans une disposition distincte du Règlement d'arbitrage, on remarquait que les mesures provisoires étaient ordonnées en cas d'urgence. À titre d'illustration, on peut citer le point a) de l'art. 2.1 dudit Règlement qui dispose que : « le tiers statuant en référé à pouvoir : (a) d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence, afin de prévenir soit un dommage imminent soit un préjudice irréparable et ainsi de sauvegarder tout droit ou bien d'une partie »²³. De plus, l'art. 29 de ce Règlement offre en effet une sorte de référé propre à l'arbitrage appelé « *arbitre d'urgence* ». Cet arbitre d'urgence est un arbitre unique, statuant en cas d'urgence à la demande d'une des parties avant la constitution du tribunal arbitral. Il a donc le pouvoir d'ordonner toutes mesures provisoires et conservatoires. De même, il a aussi le pouvoir de régler les demandes relatives à l'exécution²⁴. Au vu de cette prérogative que détient l'arbitre d'urgence, nous constatons que le référé arbitral peut porter sur des contestations préalables au démarrage de la procédure d'arbitrage proprement dite

Si ce Règlement arbitral reconnaît la mise en œuvre de l'exécution provisoire des sentences arbitrales uniquement dans le cadre du prononcé des mesures provisoires, il n'en demeure pas

²¹ J. SOSSOU, « L'Acte Uniforme OHADA relatif à l'Arbitrage (AUA) à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale : approche comparée de droit international privé », op.cit., n°101, p. 438.

²² E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », Thèse de Doctorat, Droit, Laval (Canada) 2016, p. 278.

²³ Art. 2.1 du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI entré en vigueur le 1 janvier 1990

²⁴ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », Thèse de Doctorat, Droit, 2022, Lyon, n°527, p. 272.

moins que d'autres législations internes et en particulier celles issues de certains États parties de l'OHADA l'admettent aussi. En effet, ce sont donc les articles 54 du Code de procédure civile du Cameroun et 86 du code de procédure du Sénégal qui énoncent que : « ... *l'exécution provisoire des jugements définitifs ou avant dire droit, contradictoires ou par défaut, peut être ordonnée si elle est demandée et seulement pour le cas d'urgence* ». L'art. 389 du Code de Procédure Civile du Gabon plus pointu et précis que les deux précédents, reconnaît le caractère exécutoire à titre provisoire, aux ordonnances de référé, aux décisions qui ordonnent des mesures provisoires en cours d'instance ainsi que celles qui ordonnent des mesures conservatoires. Ainsi, il est clairement défini à travers ce texte, le champ d'application matériel de l'exécution provisoire qui ne prend en compte qu'un certain nombre de décisions juridictionnelles au rang desquelles, figurent les ordonnances de référé. Dès lors, nous comprenons que ne peuvent être exécutées de droit et à titre provisoire, certaines décisions dont le caractère urgent ne fait l'ombre d'aucun doute. Ce critère est perçu comme « *la condition nécessaire et suffisante de la compétence du juge des référés* »²⁵, lequel juge en pareilles circonstances, « statue au provisoire »²⁶. Si l'admission du référé à travers les dispositions précitées est nettement consacrée en matière de procédure judiciaire par ces codes de procédure civile, l'on peut se demander si les mêmes instruments juridiques ou des lois spécifiques nationales en matière d'arbitrage prévoient des dispositions qui règlementent la question du référé arbitral. À cette interrogation, les articles 597 du Code de procédure civile du Cameroun, 816 du code de procédure du Sénégal et 990 du Code de Procédure Civile Gabonais apportent une réponse beaucoup plus évocatrice et précise. En effet, selon ces articles précités, les règles sur l'exécution provisoire des jugements des tribunaux sont applicables aux décisions arbitrales.

Ces articles traduisent la volonté manifeste et même décidée de ces législateurs nationaux à travers le fait d'avoir transposé les règles applicables à l'exécution provisoire d'une décision judiciaire à l'exécution provisoire d'une sentence arbitrale. Fondamentalement, cela démontre la ferme volonté de ces législateurs à vouloir étendre le dispositif normatif du référé judiciaire ou civil au référé arbitral. Ainsi en droit camerounais, sénégalais et gabonais, le cadre juridique du référé judiciaire est aussi le même qui est applicable au référé arbitral. Dès lors, les dispositions consacrant toutes les différentes étapes de la procédure de référé judiciaire peuvent valablement régir le déroulement d'une procédure de référé qui a lieu devant une juridiction arbitrale.

²⁵ G. de LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. Dr.*, 1992, p. 865, n° 14.

²⁶ J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », p. 25.

Concrètement, cela revient à dire que le cheminement d'une action en référé judiciaire sera le même qui sera aussi suivi devant une juridiction arbitrale avec simplement une nette différence au niveau organique. Si tel est le cas tout tribunal arbitral intervenant dans le cadre d'un arbitrage *ad'hoc* peut valablement assortir sa sentence d'une exécution provisoire sur le fondement de l'art. 24 de l'AUA. Cependant dans le déroulement proprement dit de cette procédure qui se fait suivant la loi du siège de l'arbitrage plus précisément celle du lieu d'exécution de la sentence arbitrale, ce sont donc les prévisions de cette dernière qui seront appliquées par ce tribunal arbitral à cette procédure. Le recours aux lois nationales en vue de s'enquérir du contenu et des implications du référé arbitral se justifie à bien des égards par l'incomplétude des dispositions de l'art. 24 de l'AUA, lequel texte était censé régir l'entière de cette procédure. Cependant, le codificateur "communautaire" s'est simplement contenté de reconnaître au tribunal arbitral, la compétence d'ordonner l'exécution provisoire de sa sentence sans toutefois fournir les informations afférentes au contenu de la procédure depuis son entame jusqu'à son aboutissement. Ce silence du codificateur allait sans doute entraîner une insécurité à la fois juridique et judiciaire si les législateurs camerounais, sénégalais et gabonais n'avaient pas pris le soin d'élargir le champ application des règles régissant le référé judiciaire. L'extension du champ d'application de ces règles a eu pour conséquence de déterminer toute la procédure qui doit être suivie dans l'hypothèse du référé arbitral. Dès lors, nous constatons que la carence normative observée au niveau du libellé de ce texte uniforme en l'occurrence l'art. 24 a été corrigée par des dispositions issues de ces législations nationales (codes de procédure civile) sus indiquées.

De plus, il faut préciser que cette action normative à caractère correctif peut être appréhendée comme un rôle palliatif joué par les procédures civiles dans le cadre de la mise en œuvre des mécanismes visant à contester une ordonnance du tribunal arbitral rendue à l'issue d'un référé arbitral. L'intérêt que les législateurs nationaux ont porté sur ces mécanismes de recours se perçoit à travers le fait pour eux d'avoir régulé totalement et entièrement toute la procédure de ces voies de recours. Ce faisant, ils ont à nouveau pallié au vide juridique laissé par le normateur communautaire de l'AUA. En compensant ce "déficit" normatif constaté au niveau des dispositions juridiques de l'AUA qui sont applicables à la question du recours en annulation dirigé contre l'ordonnance de référé, ces législateurs nationaux l'ont non seulement défini mais aussi dégagé les implications qui en découlent. À cet effet, cela nous permet de jauger au mieux la portée ou l'importance de la mise en œuvre des voies de recours dans une procédure et spécifiquement celle liée à l'arbitrage. Ils permettent de réexaminer quelques aspects formels d'une affaire pour

que cette dernière soit définitivement résolue ou tranchée. Concrètement, il est question de protéger les parties contre le risque d'erreur judiciaire en s'assurant par une bonne vérification que l'arbitre, s'est convenablement prononcé sur le ou les chefs de saisine qui lui ont été soumis par les parties litigantes. Or, pour apprécier la pertinence du raisonnement produit par une juridiction arbitrale et permettre le règlement définitif du différend sur lequel elle a statué, le juge saisi sur voie de recours n'a pas besoin de prendre en considération les données nouvelles. Ce faisant, il peut valablement assurer sa fonction en se prononçant dans des conditions similaires à celles dans lesquelles se trouvait le tribunal arbitral dont la sentence est remise en question²⁷. S'il est reconnu à la juridiction étatique un tel privilège dans le cadre d'un arbitrage *ad'hoc*, on peut toute suite se poser la question de savoir le moyen par lequel cette autorité judiciaire serait saisie en vue d'examiner à nouveau ou bien contrôler certains aspects de la sentence arbitrale permettant de vérifier leur bien-fondé de manière juridique. En droit français, il existe une dualité formelle en matière d'arbitrage, ce mécanisme de saisine qui est en principe l'appel, est admis en arbitrage interne mais par contre il ne l'est pas nécessairement dans le cadre de l'arbitrage international²⁸. Cependant puisqu'en droit OHADA, le codificateur a opté pour un système moniste en fusionnant de ce fait les deux formes de l'arbitrage, le mécanisme procédural par lequel peut se dérouler une procédure de recours en annulation est laissé à la libre appréciation des droits nationaux des États parties. Quoiqu'il en soit dans la majeure partie de ces législations²⁹ c'est le juge d'appel qui demeure compétent pour connaître de ce recours. C'est ce que soutient une partie de la doctrine lorsqu'elle affirme que : « *l'application au recours en annulation des règles procédurales de l'appel impose, pour la partie qui souhaite engager un recours en annulation, de saisir la Cour d'appel afin qu'une instance soit introduite...* »³⁰.

En outre, il est aussi important de relever que la consécration de cette compétence du juge d'appel dans le cadre du référé n'a pas été le seul domaine qui a inspiré l'œuvre des législateurs nationaux. S'inscrivant pleinement dans la politique d'intégrative normative du codificateur

²⁷ A. ALAIN, « La distinction entre recours en annulation et *exequatur* en droit français de l'arbitrage international », op.cit., n°449, p. 405.

²⁸ La jurisprudence en déduit qu'un recours en annulation qualifié à tort d'« appel » est irrecevable dans le cadre de l'arbitrage international. v. Cass. Civ., 1^{ère} 11 mai 2016, n° 14-29.767, Soc. *Système U centrale régionale sud c/ LéopoldG* et a., *Rev. arb.* 2016.648 ; *RTD com.* 2016.698, obs. É. Loquin.

²⁹ Loi ivoirienne n°2023-418 du 22 mai 2023 relative à l'intervention des juridictions nationales en matière d'arbitrage, le Décret sénégalais n° 2016-1192 portant désignation de la juridiction nationale compétente en matière de coopération étatique dans le cadre de l'arbitrage pris en application de l'AUA de même que la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'AUA et fixant leur mode de saisine

³⁰ A. ALAIN, « La distinction entre recours en annulation et *exequatur* en droit français de l'arbitrage international », op.cit., n°362, p. 340.

OHADA, les législateurs de certains États parties ont également étendu leurs actions au domaine du “référé exécution” afin de combler à ce niveau le vide juridique qu’a observé le codificateur en la matière. Le “référé exécution” considéré comme un “néologisme” selon nous est perçu comme toute décision d’urgence prise par une juridiction étatique, afin de procéder à une exécution contraignante d’une sentence arbitrale. Cependant, le constat est que les implications de ce mécanisme processuel particulièrement l’hypothèse de la juridiction compétente, n’ont pas été expressément définies dans le texte uniforme bien qu’étant un maillon essentiel dans le succès de la procédure d’arbitrage. Ce vide juridique de l’AUA n’est pas de nature à faciliter la désignation du juge matériellement compétent concernant le prononcé d’une telle mesure dans l’espace OHADA, ou hors OHADA³¹. Fort heureusement que l’art. 49 al. 1 de l’AUPSRVE³² a rattrapé le tir en indiquant partiellement ce juge compétent. Mais malheureusement, cet article n’a pas pu combler les attentes de la communauté scientifique dans la mesure où il s’est contenté de mentionner simplement que le juge compétent *est le président de la juridiction statuant en matière d’urgence ou le magistrat délégué par lui*. Pour nous, le fait pour le texte uniforme de n’avoir pas indiqué avec précision le statut de cette juridiction *statuant en matière d’urgence* et compétente pour connaître du contentieux de l’exécution, prouve qu’il n’est pas complet concernant ce cas spécifique. D’où l’intérêt de convoquer les procédures civiles pour combler ce vide laissé par le codificateur en déterminant expressément ou implicitement la juridiction compétente. C’est donc cette intervention des procédures civiles visant à régler cette procédure de référé en matière d’exécution que nous qualifions d’apport normatif.

Par ailleurs, notons qu’en scrutant avec plus d’attention le contenu de l’art. 24 de l’AUA on se rend compte que le codificateur “communautaire” a omis une importante partie de la procédure de référé arbitral, entraînant ainsi un vide juridique assez conséquent en la matière. Dès lors, la contribution des règles nationales que nous avons qualifié d’apport normatif, sera aussi significatif, puisqu’il s’agira à cet effet de fournir un contenu juridique assez dense pour colmater cette brèche, mieux pour corriger cette grande lacune laissée par le codificateur “communautaire”. Si un apport normatif doit être réalisée en la matière, cela est donc la preuve que le référé observé dans le cadre de la procédure arbitrale demeure l’une des matières dont l’encadrement juridique

³¹ J. SOSSOU, « L’Acte Uniforme OHADA relatif à l’Arbitrage (AUA) à l’épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale : approche comparée de droit international privé », op.cit., n°130, p. 313.

³² Art. 49 de l’AUPSRVE dispose que : « *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* »

demeure inachevé. Cet inachèvement concerne d'une part le cadre juridique applicable à certains aspects considérés comme des préalables au déroulement proprement dit du référé, lesquels sont notamment le domaine matériel de cette procédure y compris les conditions de recevabilité de toute action en référé en matière arbitrale. D'autre part, l'apport normatif des procédures civiles des États parties, de même que celui de certaines règles internationales ne sont pas du tout négligeable surtout dans le cadre de la réglementation (I) régissant l'aboutissement de la procédure et les éventuelles contestations susceptibles de s'élever dans la phase de l'exécution provisoire de la sentence arbitrale. Face à cette incomplétude des dispositions uniformes régissant ce cas spécifique, les procédures civiles de certains États parties ont apporté une importante touche consistant à parachever, mieux à parfaire le domaine juridique du référé en droit de l'OHADA (II).

I- UN APPORT SIGNIFICATIF DANS LE DEROULEMENT DU REFERE ARBITRAL

Le référé étant une question relevant par essence du droit judiciaire privé, a toujours conservé ses liens avec cette discipline quand bien même qu'il est mis en œuvre dans une procédure d'arbitrage. Dans cette hypothèse, le juge étatique en tant que juge des référés exerce certaines prérogatives qui lui sont exclusivement dévolues par la loi. En plus de cela, la loi précisément les procédures civiles de certains États-Parties se sont expressément prononcées sur certains aspects du référé dans lesquels le codificateur communautaire a observé un véritable silence. Ce sont les questions relevant de la détermination du domaine *rationae materiae* du référé (A) et celles qui visent principalement les conditions de recevabilité de toute action en référé (B).

A- La détermination du champ d'application matériel du référé par les procédures civiles

Après la mise en place du tribunal arbitral, la probabilité de la mise en œuvre d'un référé en cours d'arbitrage et devant la juridiction étatique demeure possible³³. Toutefois, il faudrait que les parties aient convenu à travers la clause d'arbitrage que cette faculté reconnue au juge des référés sera exercée par le juge étatique dans le cadre des mesures conservatoires ou provisoires. Cependant, ce mécanisme procédural d'urgence n'ayant pas fait l'objet d'une appréhension normative de façon spécifique, les procédures civiles de certains États-parties régissant la question du référé vont être significativement convoquées. La convocation des règles internes en la matière

³³ A. ALKHUHAIR, « La saisine du juge des référés en matière civile. Étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien », Thèse de Doctorat, Droit, Strasbourg, 2019, p. 180.

se fondent sur le motif selon lequel ce sont ces dernières qui reflètent au mieux tout l'encadrement du système processuel du référé depuis l'introduction de son instance jusqu'à l'aboutissement de celle-ci. Avant de passer en revue ces règles applicables en la matière, il est important d'étudier certaines de ces implications en droit comparé. Ainsi, selon une ancienne jurisprudence de la Cour d'appel de Douai, le référé était possible en matière d'arbitrage en ces termes : « *en cas d'urgence, le juge des référés est compétent pour statuer au provisoire, même sur des difficultés concernant des matières, dont le principal appartient à des juges d'exception, tels que des arbitrages forcés* »³⁴. Il ressort de cette jurisprudence que cette compétence pouvait exister alors même qu'un « tribunal arbitral avait déjà été constitué entre les parties »³⁵. Si en vertu de cette jurisprudence, le référé reste possible malgré l'existence d'une procédure d'arbitrage, il est aussi nécessaire de savoir comment celui-ci est enclenché devant le juge étatique. Pour ce faire, il est nécessaire d'analyser un certain nombre de dispositions traitant le domaine matériel du référé (1) tel que défini par les procédures civiles de certains États parties et la question de l'octroi d'une provision (2) considéré comme une condition d'admissibilité de ladite procédure.

1- La nature des décisions arbitrales composant le domaine matériel du référé arbitral

En droit africain, ce sont les articles les articles 54 du Code de procédure civile du Cameroun, 86 du code de procédure du Sénégal et l'art. 389 du Code de Procédure Civile du Gabon qui fixent le cadre matériel du référé en déterminant les décisions susceptibles de faire l'objet d'une exécution provisoire. Ces décisions sont visées et répertoriées de manière précise à l'art. 389 du Code de Procédure Civile du Gabon qui dispose que : « *L'exécution provisoire ne peut être poursuivie sans avoir été ordonnée si ce n'est pour les décisions qui en bénéficient de plein droit. Sont exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui ordonnent des mesures provisoires en cours de l'instance ainsi que celles qui ordonnent des mesures conservatoires* ». Pour le législateur gabonais, les décisions qui sont susceptibles d'être assorties d'une exécution provisoire par l'autorité juridictionnelle qui l'a rendu sont bien évidemment les ordonnances de référé, les décisions qui ordonnent des mesures provisoires en cours de l'instance ainsi que celles qui ordonnent des mesures conservatoires. Selon l'art. 484 du Nouveau Code de procédure civile français, l'ordonnance de référé est « *une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un*

³⁴ CA Douai, 20 Janvier 1852., Dalloz. 1853, 2^e partie, p. 54.

³⁵ G. OUDINET, « De la compétence du juge des référés dans les matières qui ne relèvent pas de la compétence du tribunal civil », Thèse de Doctorat, Droit, Paris, 1912, p. 28.

juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ». De cette définition légale transparaît clairement le caractère transitoire de cette décision qui a été ordonnée par l'autorité qui l'a rendu. Outre, les ordonnances de référé qui sont inscrites au rang de décisions susceptibles d'exécution provisoire, on peut aussi citer selon les énonciations du texte les mesures provisoires et conservatoires comme faisant partie de ce grand ensemble.

La doctrine spécialisée dans le domaine des matières civiles, commerciales et arbitrales, confirme qu'il est difficile de s'entendre sur une définition unique des mesures provisoires et conservatoires³⁶. En effet c'est ce qu'affirme Stephen BOND en admettant que « la notion de "mesure conservatoire" est l'une des plus obscures qui soit »³⁷. Dans le même contexte, Gérard PLUYETTE affirme que « la pratique judiciaire, en droit commun comme en matière d'arbitrage international, montre, à l'évidence, la très grande diversité des mesures et l'ambiguïté de la notion, le caractère conservatoire et même provisoire ne reflétant pas toujours la situation réelle. Cette question a fait l'objet d'analyses et de débats très approfondis (...) »³⁸. Claude GOLDMAN estime qu'« il n'est pas possible, dans le cadre de l'arbitrage international, de donner une définition unique des mesures provisoires »³⁹. En droit français, la notion de mesures provisoires et conservatoires conserve effectivement un aspect flou et ambigu. Cela se justifie dans la mesure où ces dernières traitant des situations multiples et variées, sont naturellement difficiles à identifier exclusivement⁴⁰. Malgré les difficultés éprouvées par la doctrine à lui fournir une définition adéquate, la jurisprudence quant à elle, est parvenue à réaliser un exploit en la matière. Ainsi, sur le plan jurisprudentiel, ces mesures ont été définies par la Cour de Justice des Communautés européennes en confirmant qu'elles sont « *destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond* »⁴¹. À notre avis, nous estimons que cette difficulté d'une définition claire et unique s'explique par

³⁶ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », op. cit., p. 5.

³⁷ S. BOND, « La nature des mesures conservatoires et provisoires » in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage, IXe Colloque conjoint, I. SHIHATA et R. COULSON (dir.), CCI, AAA et CIRDI, Paris, Publ. ICC, 1992, p. 8.

³⁸ G. PLUYETTE in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage, IXe Colloque conjoint, op. cit., p. 74.

³⁹ C. GOLDMAN, « Mesures provisoires et arbitrage international », (1993) 1 *RDAI*. 3, p. 4.

⁴⁰ M-A. BAHMAEI, « L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : droits français, anglais et suisse, Thèse de doctorat, Droit, Paris I (Panthéon-Sorbonne), Paris, LGDJ, 2002, pp. 4-20.

⁴¹ Cour de Justice des Communautés Européennes, Arrêt Reichert II, 26 mars 1992, affaire C-261/90, Recueil 1992, Chapitre 34, p. 2175, cité par Sébastien BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1^{ère} éd., 1998, p. 23.

une panoplie de raisons bien différentes⁴². Soulignons que les mesures conservatoires sont très divergentes et disséminées dans différentes lois, de sorte qu'une classification identificatoire unique se révèle nécessairement compliquée⁴³. La disparité de ces mesures dans diverses lois nationales n'a pas empêché des auteurs qui se sont sans doute inspirés de la définition jurisprudentielle mentionnée ci-dessus pour fournir à leur tour une approche définitionnelle de la question concernée. Ainsi, ces mesures seraient perçues par BOND comme « l'ensemble des mesures qui peuvent être ordonnées préalablement à la solution d'un litige au fond, et qui ne préjugent pas du fond. C'est en raison de ce dernier caractère (et non du fait qu'elles seraient réversibles, ce qui n'est pas nécessairement le cas) que ces mesures peuvent être qualifiées de provisoires »⁴⁴. En plus pour DOUAJNI, Elles « sont des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un ou plusieurs chefs de demandes qui nécessitent une solution urgente »⁴⁵. Dans la pratique, il est généralement admis la répartition de ces mesures en deux catégories à savoir : les mesures bilatérales et les mesures unilatérales ou (*ex-part*). Ces dites mesures renvoient au mécanisme par lequel la théorie d'urgence peut être appliquée. Bien que ces mesures soient perçues comme des décisions faisant parti du domaine matériel du référé, il est important de souligner qu'elles ne sont pas les seules à constituer le champ matériel de cette procédure. D'autres par contre, n'ayant pas le caractère de décision en tant que tel se présente plutôt comme une condition d'admissibilité du référé

2- L'octroi d'une provision au créancier : une condition d'admission du référé

Ce sont les articles 491 al. 2 du CPCSM, 459 al. 3 du CPCN, 507 al. 3 du CPCTch, 448 du CPCCen, 492 du CPCCo, 850 al. 3 du CPCEAGC et 438 al. 3 du CPCG qui prévoient que le président de la juridiction compétente en matière de référé peut accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Ces dispositions issues de différents codes de procédure civile peuvent être complétés par l'art. 835 al. 2 du Nouveau de Code de Procédure Civile Français, qui définit la question d'octroi de provision en matière de référé en ces termes : « *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection, peuvent*

⁴² E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », op. cit., p. 6.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ S. BOND, « La nature des mesures conservatoires et provisoires », *Loc. cit.*, p. 9.

⁴⁵ K. DOUAJNI, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », (2000) 110, fascicule 833, R.D.P.A 137, 137.

accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Ainsi, il est clairement démontré qu'aussi bien dans les procédures civiles des États-Parties sus indiquées que dans le droit français le référé-provision, vise à octroyer une provision au créancier ou à exécuter une obligation⁴⁶. En droit français, lorsqu'une partie demande au juge des référés d'ordonner une mesure de référé-provision, ce juge appréciera l'existence ou l'absence de la condition établie pour la mise en œuvre de ce référé. Par ailleurs, l'appréciation faite par le juge des référés concernant l'existence de cette condition n'échappera pas au contrôle de la Cour de cassation française. Cette condition qui est la seule d'ailleurs dans le *for* français permet d'octroyer un référé-provision et donc d'obtenir l'injonction d'établir la provision demandée⁴⁷. Cette condition est expressément prévue à l'article 835 al. 2 du Nouveau Code de Procédure Civile Français qui prévoit la possibilité d'un référé-provision « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ». La notion de l'obligation non sérieusement contestable est définie comme « l'obligation qui ne peut raisonnablement faire de doute dans l'esprit du juge »⁴⁸ pour qu'il ordonne la mesure concernée. Si cette condition est remplie, la mesure demandée sera simplement prononcée.

Concernant la mesure de référé-provision, comme la mesure de référé préventif, sa portée est plus grave que celle des mesures provisoires et/ou conservatoires demandées sur le fondement de l'article 834 du CPCF, car cette mesure peut porter atteinte au principal⁴⁹. En l'espèce, une partie de la doctrine française considère que la mesure de référé-provision excède le pouvoir du juge des référés en ce qu'elle prend déjà avance sur la décision du juge de fond⁴⁹. Cependant, selon le professeur Nicolas CAYROL, si le juge des référés accorde une provision au créancier, ou exécute une obligation, « il est plutôt saisi d'un incident de paiement »⁵⁰, qui est en réalité considéré comme relevant de ses pouvoirs juridictionnels⁵¹. Or, les mesures ordonnées dans le cadre du référé-provision de l'article 835 alinéa 2 du CPCF ont une portée plus grave que celles ordonnées au sens de l'article 834 du CPCF, c'est-à-dire dans le cadre du référé classique lorsque les

⁴⁶ X. VUITTON, *J. Cl. civil*, Fasc. 1300-15, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur, Référé-provision, Référé-injonction de faire, Référé « secret des affaires », Référé « fausse information », 2019 n° 63 s.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cass. Civ. 3^e, 19 février 2003, n° 01-16991, Bulletin III, p.41.

⁴⁹ R. PERROT, « La compétence du juge des référés », *Gaz. pal.*, 1974, 2^e sem., Doct., p.900.

⁵⁰ N. CAYROL, « référé civil », préc., n° 382.

⁵¹ A. ALKHUHAIR, La saisine du juge des référés. Étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien », *op.cit.*, p.356.

conditions du référé provision ne sont pas remplies. Par conséquent, la mesure de référé-provision n'excède pas en général le pouvoir du juge des référés.

Ainsi, au regard de la position jurisprudentielle du droit français sur la question, nous comprenons que les articles précités définissent bien cette condition de provision dans le cadre du référé par son objet. Ce critère qui n'a pas été expressément défini par le texte uniforme comme l'un des éléments de validité de l'action en référé n'est pas le seul domaine du référé qui a été ignoré par cette norme communautaire, il y a aussi le domaine visant les conditions de recevabilité de l'action en référé.

B- La contribution du droit étranger dans les conditions de recevabilité de l'action en référé

Dans cette hypothèse, le droit étranger en l'occurrence le droit français et les autres normes internationales se présentent comme des instruments, visant à contribuer significativement à l'édification, mieux à l'achèvement du corpus juridique encadrant les conditions de recevabilité du référé arbitral consacré à l'art. 24 de l'AUA. Ces conditions qui sont dégagées par le droit étranger sont notamment celles qui sont liées à la demande des parties, au dommage irréparable (1) et à l'absence de préjudice au principal (2).

1- La consécration des conditions liées à la demande des parties et au dommage irréparable

En pratique, il existe trois procédures possibles pour introduire une demande aux fins de mesures bilatérales devant une juridiction arbitrale. Ces procédures, ainsi répertoriées et visées sont les suivantes :

La première procédure consiste à former la demande de mesures provisoires comme une demande connexe à une autre principale portant sur le litige au fond dans la même requête introductive d'arbitrage⁵². Il s'agit en pratique de la procédure la plus usitée. Dans cette hypothèse, l'introduction de la requête, la notification, la réponse à la demande, la désignation des arbitres et leur récusation de même que les délais régissant ces questions, sont soumis à la procédure arbitrale habituelle⁵³ et non pas à celle extraordinaire d'urgence à laquelle est soumise la même demande

⁵² E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », op. cit., p. 128.

⁵³ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », *ibid.*, p. 129.

dans le cas de son introduction avant la constitution du tribunal arbitral. Dans la seconde procédure, le demandeur peut introduire la demande de ces mesures au tribunal du fond par une requête indépendante. Dans cette hypothèse, cette requête est soumise à toute la procédure étatique extraordinaire régissant la matière d'urgence⁵⁴. En effet, cela peut ne pas être le cas si la demande relative aux mesures provisoires est déposée devant le tribunal arbitral par une requête indépendante. Enfin, le fait de déposer une demande incidente s'avère être la troisième procédure possible pour solliciter d'un tribunal arbitral des mesures bilatérales. À ce niveau, l'introduction de cette demande se décline sous trois différents aspects. Le premier est celui qui provient de l'art. 46 de la Convention du CIRDI. Il dispose que « *sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre* ». Une attention particulière accordée à la lecture de ce texte nous révèle explicitement que celui-ci autorise les parties à présenter des demandes incidentes devant le tribunal arbitral saisi du litige principal. Le deuxième aspect consacré par la loi type du CNUDCI et en majeure partie par les règlements d'arbitrage⁵⁵, est prévu par l'art. 23.2 de la loi type du CNUDCI. Ce texte dispose que « *sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé* ». De plus, il est aussi important de préciser que l'art. 34 de la même loi confère au tribunal arbitral, le pouvoir de rendre des sentences séparées au cours du déroulement de l'instance arbitrale

Si le tribunal saisi refuse l'introduction de la demande incidente des mesures provisoires, le demandeur ne peut jamais l'introduire devant un arbitre d'urgence à cause de la présence d'un tribunal arbitral déjà constitué⁵⁶. Dans de telles hypothèses, le recours à la juridiction étatique d'urgence peut constituer l'unique solution procédurale possible⁵⁷. D'une part, cela conduit à proroger le temps nécessaire pour faire une telle demande, et par conséquent, les mesures sollicitées ne pourraient être accordées en temps opportun, ce qui constitue un risque

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ P. MAYER, La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet : le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, 129, 133 et 134.

⁵⁶ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », op.cit., p. 132.

⁵⁷ B. GOLDMAN, E. GAILLARD et Ph. FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 675.

supplémentaire menaçant les intérêts à conserver⁵⁸. D'autre part, il s'agit d'une indication de l'inefficacité de l'arbitrage par rapport à la juridiction étatique qui reconnaît le droit d'accès à la justice en tout temps. Toutes ces déclinaisons résultant de la question de l'introduction de la requête, indiquent la possibilité offerte ou reconnue aux parties de solliciter le tribunal arbitral dans le cadre de l'octroi des mesures provisoires en formulant, mieux, en introduisant une requête devant ledit tribunal. Encore faut-il que ces parties parviennent à convaincre le tribunal arbitral qu'elles ont effectivement subi un préjudice irréparable.

C'est bien ce que prévoit l'art. 17.A. de la loi-type de la CNUDCI lorsqu'il énonce que la partie qui demande une mesure provisoire doit convaincre le tribunal arbitral que son préjudice ne pourra être réparé « de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts » si la mesure provisoire n'est pas ordonnée. De même, l'art. 26.3 du Règlement de la CNUDCI de 2010 prévoit la même condition⁵⁹. À cet égard, deux questions peuvent être posées concernant la signification de la notion de préjudice irréparable et la mise en œuvre de cette condition d'octroi des mesures provisoires par l'arbitre⁶⁰. Notons que dans les articles précités, la gravité du préjudice subi par la partie qui sollicite une mesure provisoire est encore minorée puisqu'il est fait référence à un préjudice qui ne peut être réparé de façon adéquate que « par l'octroi de dommages-intérêts »⁶¹ et qui sera « probablement causé » dans le cas où la mesure ne serait pas octroyée par l'arbitre.⁶² L'arbitre est conduit à se poser la question de l'irréparabilité du préjudice de manière prospective notamment celle renvoyant au risque d'aggravation du dommage sérieux ou même irréparable pour ainsi prévenir la survenance de cette aggravation⁶³. En effet, certains auteurs en France estiment que « les arbitres conditionnent souvent le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires »⁶⁴ pour prévenir la survenance et l'aggravation du dommage sérieux ou irréparable. Au regard de cette pratique provenant des prétoires arbitraux, on comprend aisément

⁵⁸ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires », op.cit., p. 133.

⁵⁹ v. l'art. 26.3 du Règlement de la CNUDCI de 2010.

⁶⁰ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op. cit., n°494, p. 259.

⁶¹ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », ibid., n°495, p. 260.

⁶² A. CARLEVARIS, « Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », *Gaz. pal.*, 2001, n° 319, p.27.

⁶³ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op.cit., n°496, p. 261.

⁶⁴ A. MOURRE, A. VAGENHEIM, *J. Cl. International*, Fasc. 780, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n°41. ; Des mêmes auteurs, *J. Cl. Civil*, Fasc. 1075, « Arbitrage commercial international, instance arbitrale, intervention... », préc., n° 41.

que le principe de l'irréparabilité du préjudice combiné avec les implications liées à l'introduction de la requête, peuvent valablement fonder toute action en référé arbitral. Cependant, il faudrait aussi adjoindre à ces conditions une autre qui se résume en la nécessité d'une absence de contestation sérieuse dans le cadre du référé arbitral.

2- La nécessité de l'absence de contestation sérieuse dans le cadre du référé arbitral

Selon SOLUS et PERROT, « *la contestation sérieuse n'était que l'un des aspects de l'interdiction de faire préjudice au principal* »⁶⁵. Pour renchérir, HÉBRAUD souligne que « *la contestation sérieuse n'est pas une règle essentielle du référé, mais seulement un procédé commode pour décaler le préjudice au principal, dont le juge doit s'abstenir* »⁶⁶. Cette absence de contestation sérieuse est aussi valable dans le cadre du référé-provision. Dans cette procédure spécifiquement au sujet de la nature de l'obligation consistant en l'obtention d'une mesure de référé-provision, il a été jugé par la Cour de cassation que l'existence de la condition d'absence de contestation sérieuse est suffisante pour que la provision ou l'injonction soient ordonnées⁶⁷, « *quelle que soit l'obligation qui les cause* »⁶⁸. Ainsi, cette obligation peut être quasi Selon le professeur CAYROL, « *en référé, contester l'obligation dont le demandeur exige l'exécution, ce n'est donc pas opposer une défense au fond (art. 71 du CPCF), c'est contester la saisine du juge des référés* »⁶⁹. Ainsi, en raison de la nature de la condition d'absence de contestation sérieuse, le moyen le moyen tiré de l'absence d'une telle contestation est destiné être sanctionné le cas échéant par une fin de non-recevoir⁷⁰.

Par ailleurs, le professeur STRICKLER quant à lui, retient l'idée que l'interdiction de porter atteinte au principal est de nos jours, intégrée implicitement au caractère provisoire de l'ordonnance de référé à l'art. 484 du Nouveau de Code de Procédure Civile Français⁷¹. En droit français, l'art. 1456 al. 2 du Nouveau de Code de Procédure Civile Français prévoit qu'«*il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* ». En effet, il existe plusieurs circonstances

⁶⁵ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome III, Sirey, 1991, p.1075.

⁶⁶ Ph. HÉBRAUD, « Rôle du juge des référés, saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant », *RTD civ.*, 1951, p.413.

⁶⁷ Cass. Civ. 3^e, 19 février 2003, no 01-16991, *Bull. civ.*, III, p.41.

⁶⁸ X. VUITTON, « Référés spéciaux, Référé aux fins d'obtention... », *Loc.cit.*, p. 3.

⁶⁹ N. CAYROL, « référé civil », *Loc. cit.*, n° 385.

⁷⁰ A. ALKHUDHAIR, « La saisine du juge des référés. Étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien », *op.cit.*, p.357.

⁷¹ Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op.cit.*, p.13.

pouvant affecter l'impartialité de l'arbitre. Comme le disent les professeurs SERAGLINI et ORTSCHIEDT, « l'impartialité présente plusieurs facettes »⁷². Ainsi, l'une des facettes qui nous concerne ici, est la situation de l'arbitre relative à la sentence qui sera rendue au fond, affectant alors l'impartialité de l'arbitre, jugeant l'affaire deux fois⁷³. Dans cette hypothèse, nous pouvons justifier par certains arguments, la nécessité de l'absence d'une contestation sérieuse dans le cadre de référé arbitral pour l'octroi des mesures provisoires et conservatoires. La Cour de cassation française a considéré dans un arrêt d'Assemblée Plénière en date du 6 novembre 1998 que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »⁷⁴. Cette solution garantit non seulement l'impartialité de l'arbitre, mais aussi l'obligation de l'arbitre de ne pas ordonner des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une contestation sérieuse relative au droit des parties⁷⁵. Cette interdiction faite à l'arbitre de ne pas prononcer de mesures conservatoires en cas d'existence d'une contestation sérieuse vise à restreindre d'une certaine manière le domaine de compétence de l'arbitre en matière de référé. Pour nous le fait qu'une telle restriction soit fixée par le législateur français, est une preuve que ce dernier a pris le soin réglementer dans les moindres détails, toutes les implications liées au domaine du référé arbitral. Cette attitude du législateur français dénote clairement de la contribution effective du droit étranger dans l'édification du dispositif normatif régissant la question du référé arbitral. Par ailleurs, notons que cet apport normatif est aussi perceptible dans le cadre de l'aboutissement de l'instance en référé mais cette fois-ci, il sera réalisé en grande partie par les procédures civiles des États parties de l'OHADA.

II-UN APPORT CONSIDERABLE DANS LE DENOUEMENT DU REFERE ARBITRAL

Une procédure d'arbitrage s'achève généralement par le prononcé d'une sentence dessaisissant le tribunal arbitral. Même si une telle sentence permet à la partie qui a triomphé de bénéficier de mesures provisoires et conservatoires, son prononcé est inscrit dans un cadre juridique bien défini par les procédures civiles (A). Si la prise de ces mesures est encadrée par des textes, il n'en demeure pas moins que son mécanisme de contestation le soit également (B).

⁷² Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éd., 2013, p.328.

⁷³ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op.cit., n°562, p. 289.

⁷⁴ Cass. Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 94-17.709, Bull. A.P., n° 5.

⁷⁵ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op.cit., n°563, p. 290.

A- La régulation de l'aboutissement de la procédure

La procédure peut aboutir par le prononcé d'un référé qui est susceptible de revêtir le caractère d'une décision juridictionnelle (1) octroyant des mesures. Une fois qu'elles ont été ordonnées, elles produiront en principe leurs effets (2).

Page | 222

1- Le prononcé du jugement de référé

Selon le droit congolais, la juridiction présidentielle est compétente en vertu de l'art. 207 du Code de Procédure Civile du Congo Brazzaville pour ordonner en référé toute mesure provisoire ne préjudiciant pas le fond du litige lorsqu'il y a urgence péril en la demeure, difficulté sérieuse d'exécution d'un arrêt ou d'un jugement. Les décisions prises par le juge des référés lors du prononcé du jugement diffèrent selon le type et la nature des mesures d'urgence octroyées. Cette différenciation est fonction de la caractéristique générale ou spécifique distinguant les décisions rendues en matière de mesures d'urgence. Concernant le critère général, il faut noter qu'il est étroitement lié à la nature provisoire de ladite décision, laquelle s'avère indéniable puisque les décisions ayant un tel caractère ne tranchent pas définitivement le fond du litige. Bien qu'elles soient provisoires, elles revêtent une certaine autorité quand elles sont prononcées en tant que mesures bilatérales⁷⁶. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur le fait que « le jugement de référé (décision rendue en matière de mesures bilatérales) n'acquière pas l'autorité de la chose jugée selon le sens connu de ce terme procédural »⁷⁷. Cependant, il possède une autorité d'une nature spécifique dénommée « autorité provisoire ». C'est pour cette raison que M. ESTOUP soutient que « les ordonnances de référé ont une autorité de chose jugée (au provisoire) »⁷⁸. L'autorité de la chose jugée au provisoire obtenu du jugement de référé renvoie au fait qu'il serait irrecevable de déposer à nouveau la même demande de référé, devant la même instance juridictionnelle qui avait au préalable statué, surtout en cas d'inexistence de nouvelles situations

⁷⁶ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », *ibid.*, p. 256. D'après, cet auteur, « Dans le domaine des mesures provisoires et conservatoires, l'expression « bilatérale » indique particulièrement la procédure d'urgence qui n'est prise qu'en présence de toutes les parties (demanderesse et défenderesse). Pour cette raison, ces mesures sont souvent décrites comme bilatérales et, par conséquent, elles sont toujours soumises au principe du contradictoire qui leur donne une telle caractéristique »

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides, référés, ordonnances sur requêtes, procédures d'injonction*, Paris, Litec, 1990, p. 20. v. aussi le jugement rendu par la Cour de cassation française ; Cass. 2^e civ., 9 novembre 2000, pourvoi No 98-15128, non publié au Bull., en ligne : <http://www.lextenso.fr/acces.bibl.ulaval.ca/weblextenso/article/afficher?id=C010IXCXCX2000X11X02X0015orcon> sulté le 2 décembre 2024.

la justifiant⁷⁹. En outre, concernant la caractéristique particulière de la décision rendue en matière de mesures bilatérales, celle-ci vise l'impact du principe du contradictoire en tant que caractéristique procédurale sur les droits fondamentaux des parties litigantes. En matière de mesures bilatérales, la mise en œuvre du principe du contradictoire (par le juge ou par l'arbitre) accorde une certaine garantie aux parties leur reconnaissant le bénéfice d'un ensemble de droits. Qu'elles aient un caractère particulier ou général, notons que le jugement en référé ne peut être prononcé à condition que l'affaire qu'il tranche a fait bien avant l'objet d'une instruction par l'autorité judiciaire habilitée en la matière. C'est ce qui stipule l'art. 225 du Code de Procédure Civile ivoirien en ces termes : « *l'affaire est instruite et jugée en audience publique sauf le cas où le juge statue en son hôtel* ». Cette phase d'instruction qui précède celle du jugement, est fixée au même titre que le jugement au jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée (Art. 209 du Code de Procédure Civile du Congo Brazzaville). À la suite de cette étape processuelle, la décision de référé est rendue. Elle peut prendre soit la forme d'un référé sur ordonnance comme c'est cela est prévu en droits ivoirien et togolais à travers les articles 160 du Code de Procédure Civile Togolais et 226 al. 1 et 2 du Code de Procédure Civile ivoirien, ou soit la forme d'un référé sur procès-verbaux tel qu'institué par l'art. 226 al. 3 du Code de Procédure Civile ivoirien. L'ordonnance de référé peut prendre la forme d'une mesure d'instruction *in futurum* en matière de référé ou « *sur requête exige de faire état à la fois de circonstances exigeant que soit empruntée la voie unilatérale et d'un motif légitime de conserver ou d'établir des preuves en vue d'un procès futur* »⁸⁰. Si le contrôle de qualification visant le premier de ces griefs ou chefs de saisine a déjà été exposé⁸¹, il est donc nécessaire de fournir plus de précisions au sujet du second. Au lendemain de la consécration de l'art. 145 du NCPCF, une controverse était née entre les différentes chambres de la Cour de cassation. Tandis que le contrôle effectué par la Chambre commerciale visait plutôt la caractérisation du motif légitime⁸², les autres chambres de la Cour « abandonnaient par contre cette notion au pouvoir souverain des juges du fond »⁸³. Finalement, toutes ces positions se sont conciliées et même unifiées dans l'objectif d'un abandon total d'un tel contrôle de qualification⁸⁴. L'expression en vertu de laquelle « *la Cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de*

⁷⁹ Cass. Civ., Le Caire, 13 janvier 2004, pourvoi 497/72, en ligne : <http://www.eastlaws.com/Ahkam/AhkamSearch.aspx>, consulté le 11 décembre 2024.

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 2010, p. 111.

⁸² Cass. Com., 25 octobre 1983, *Bull. civ.* V n° 275.

⁸³ Cass. 2^e Civ., 14 mars 1984, *Bull. II*, n° 49.

⁸⁴ Cass. Com. 17 mars 1987, *Bull. V.* n° 73 ; Cass. 2^e Civ., 25 octobre 1995, *Bull. II* n° 258 ; V. M-A. Batut, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Rapport de la Cour de cassation 1999, p. 99, spéc. p. 108.

l'art. 145 »⁸⁵ est spécifiquement révélatrice de cette thèse. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur le motif qui sous-tend une telle idée d'abandon puisque qu'apparemment, le concept de motif légitime répond aux conditions d'exercice du contrôle de qualification. C'est ce qui justifie le fait qu'on lui reconnaisse qu'il soit pleinement factuel pour favoriser une appréciation objective et induit un souci d'uniformisation des solutions. Selon nous, il semble que la réponse ne figure pas aussi bien dans la stricte orthodoxie juridique que dans une politique d'opportunité de la part de la Cour de cassation⁸⁶. Elle est certainement à rechercher ailleurs sans doute dans des dispositifs jurisprudentiels s'inspirant sûrement du contenu des règles applicables en la matière. L'ordonnance de référé une fois prononcée, va entraîner un certain nombre de conséquences juridiques qui vont déterminer la suite de l'affaire et particulièrement la mesure qui en sera issue.

2- Les effets résultant de l'ordonnance de référé

Concernant les effets que l'ordonnance de référé est susceptible de produire, il faut de prime abord signifier qu'ils visent les modalités d'exécution de ladite ordonnance. Lesquelles sont d'une part, l'exécution provisoire ou sur provision et l'exécution sur minute. S'agissant de la première hypothèse à savoir l'exécution provisoire ou immédiate en matière d'urgence, celle-ci a la plus souvent un caractère provisoire. Toutefois, une partie de la doctrine estime que : « cette caractéristique provisoire qu'est la force immédiate et provisoire confère à une telle décision la capacité et l'efficacité contraignante nécessaires pour imposer, d'une manière contraignante, la conservation des droits qui sont menacés d'un péril en la demeure »⁸⁷. Selon cette thèse, l'ordonnance de référé est une mesure revêtue d'un caractère d'exécution au même titre que les décisions issues des procédures ordinaires tout comme celles d'exception. En droit de l'OHADA, plusieurs États membres ont prévu à travers diverses dispositions cette possibilité offerte au juge de prononcer des ordonnances de référé exécutoire sur provision. Ce sont donc les articles 227 du Code de Procédure Civile ivoirien, 185 al. 1 du Code de Procédure Civile du Cameroun, 463 al. 1 du Code de Procédure Civile Nigérien et 495 al. 2 du Code de Procédure Civile Malien qui prévoient que l'ordonnance de référé peut être exécutoire par provision. Dans ce cas, le juge aura la possibilité de conditionner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie. La nature

⁸⁵ Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, *Bull. civ.* II, n° 4 p. 3 ; Cass. Com. 17 mars 1987, précité ; sur le sens à donner à cette expression, V. X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation*, op. cit., p. 99.

⁸⁶ A. VARNEK, « Le juge des requêtes, juge du provisoire », op.cit., n° 406, p. 271.

⁸⁷ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », op.cit., p. 256 ; v. aussi A. MELIGI, *L'encyclopédie complète sur l'exécution : selon les dispositions du Code de procédure civile, la jurisprudence et la doctrine*, Le Caire, Bibliothèque du Club des juges, 3^e éd, 2005, Volume 1, p. 362.

provisionnelle qui est intrinsèquement liée à l'immédiateté de l'exécution en matière d'urgence est explicitement consacrée en droit français par l'article 514 du Nouveau Code de Procédure Civile Français comme suit « les décisions (...) qui ordonnent des mesures conservatoires de même que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier, sont exécutoires à titre provisoire ». En outre, au sujet de la seconde hypothèse à savoir celle concernant l'ordonnance de référé exécutoire sur minute, elle est prévue à l'art. 227 al. 2 du Code de Procédure Civile ivoirien et 463 al. 2 du Code de Procédure Civile Nigérien qui mentionne qu'en cas de nécessité, ou d'extrême urgence le président peut ordonner l'exécution de son ordonnance sur minute et avant enregistrement. Si l'ordonnance de référé est capable de produire de tels effets, n'empêche que par ce fait, elle s'expose également aux contestations dont elle peut faire l'objet de la part de la partie insatisfaite et qui a succombé à ladite décision.

- *L'octroi des mesures provisoires et conservatoires découlant de l'ordonnance de référé conformément au droit comparé*

En droit français, les mesures provisoires et conservatoires rendues par le juge des référés ou par le juge des requêtes, prennent la forme d'une simple ordonnance. Et cela en vertu de l'art. 484 du Nouveau Code de Procédure Civile Français qui prévoit expressément que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »⁸⁸. Conformément à l'ensemble des dispositions contenues dans les articles 484 à 492 du même code, les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le juge des référés prennent impérativement la forme de l'ordonnance⁸⁹. En effet, la doctrine française soutient que lesdites mesures revêtent la forme d'une simple ordonnance en raison du fait qu'elle est un jugement qui ne traite pas du fond de l'affaire et qui statue « sur un chef urgent de demande »⁹⁰. En outre, il faut relever que l'ordonnance est modifiable dans le temps⁹¹. En clair, afin d'éviter toute confusion avec les décisions provisoires et les autres types de jugements tels que les jugements avant-dire droit, les professeurs CADIET et JEULAND affirment que « la qualification de décision provisoire doit être réservée aux seules

⁸⁸ Concernant l'art. 484 du NCPCF v. : Cass. Civ. 3^e, 10 janv. 2012, n° 10-28.271, Inédit.

⁸⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, Hyper Cours Dalloz, 33^e éd., p.804 suiv. ; X. VUITTON, « Référé civils », préc., n° 33 suiv.

⁹⁰ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op.cit., n°804, p. 400.

⁹¹ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., tome III, p.631.

décisions provisoires par nature, c'est-à-dire l'ordonnance de référé et l'ordonnance sur requête », telles qu'elles ont été organisées avec un objectif de simplification par le Nouveau de Code de Procédure Civile Français⁹².

Notons qu'en matière judiciaire, l'ordonnance de référé prononcée par le juge des référés ou par le juge des requêtes bénéficie d'un régime de célérité et d'efficacité qui permet de sécuriser les parties⁹³. Selon les articles 484 à 492 du Nouveau de Code de Procédure Civile Français, l'ordonnance est le plus souvent rendue de façon plus rapide que le jugement définitif. De plus, tant que l'ordonnance sera considérée *stricto sensu* comme un jugement, elle aura la force exécutoire⁹⁴. Par conséquent, nous pouvons constater que deux éléments substantiels voire essentiels figurent dans ladite ordonnance. Il s'agit entre autres de la célérité de ce type de jugement et de l'efficacité résidant dans son exécution. Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que l'ordonnance de référé est susceptible de recours en France. Dès lors, il est important de se poser la question de savoir si le recours contre ce jugement provisoire peut entraîner une perturbation de l'objectif de célérité et d'efficacité de la procédure de référé.

- *La détermination de la juridiction compétente pour prononcer les mesures résultant de l'ordonnance de référé : Une identification faite par les procédures civiles des États parties*

Certains États parties par le biais des règles juridiques n'ont pas hésité dès les premières heures à assainir ce domaine, à travers la mise en place de législations spécifiques ou de dispositions issues de leurs règles procédurales en matière civile. Ils ont donc identifié clairement et sans ambiguïté le statut de la juridiction compétente pour prononcer le référé exécution dans le cadre d'un arbitrage en fin de procédure.

Au Bénin. Il faut signifier que dans cet État, il y a eu une évolution, l'art. 806 du CPCCSACB qui autrefois disposait « *qu'il sera statué en référé sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement* » a été plus affiné et précisé à travers l'art. 854⁹⁵ qui reprend presque les mêmes dispositions de l'art. 49 AUPRSVE, mais avec des précisions d'une

⁹² L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2013, p.92.

⁹³ A. ALENZI, « L'efficacité des mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage interne : étude du droit français et koweïtien », op.cit., n°805, p. 401.

⁹⁴ Cass. Civ. 3^e, F., 8 déc. 2010, n° 09-71.124, Bull. Civ., III, n° 216. ; Cass. Com. K., 14 novembre 1994, no 133/1993.

⁹⁵ Art 854 du CPCCSAB stipule que : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de première instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

part, au niveau de l'identité du juge compétent en la matière. Et d'autre part, au niveau des conditions de validité de l'ordonnance de référé qui ont été exposées plus haut. De plus, la compétence du juge des référés⁹⁶ est désormais mise en évidence pendant l'exercice d'une action en distraction d'objets saisis. Cependant, il existe une restriction concernant les pouvoirs du juge des référés en raison de son intervention qui n'a qu'un caractère provisoire. Cela se justifie en ce sens que le pouvoir présidentiel exercé dans le cadre de la résolution des différends liés à l'exécution forcée n'est point absolu, mais relatif. Il y a à cet effet, une limite provenant de l'interprétation du mécanisme de résolution des litiges tenant à l'exécution forcée ou à la saisie conservatoire, et qui concerne l'examen du principal car l'interprétation du principal est réservée au tribunal⁹⁷. C'est fort de cela que le 16 octobre 2008, la loi n° 2008-07 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, et administratif béninois⁹⁸ fut adoptée. Ce texte instituait *un juge de l'exécution à l'art. 586*⁹⁹ qui était notamment le *Président du TPI statuant en urgence*. Il fut réformé avec l'entrée en vigueur du décret n°2020-198 du 11 mars 2020 portant transmission à l'Assemblée nationale du projet de loi portant modernisation de la justice. Les alinéas 1, 2 et 3 dudit décret reconnaissent désormais la fonction de juge de l'exécution non seulement au Président du TPI comme c'était le cas sous l'empire de loi de 2008 mais aussi au Président du Tribunal de commerce.

Au Gabon. Le législateur gabonais a mis en place un dispositif qui consacre tout un livre à l'exécution forcée notamment le livre IV relatif à « *l'exécution des jugements et des actes* », et un « *juge de l'exécution* ». Tout en demeurant dans l'esprit des dispositions classiques, le TPI de même que le juge de l'exécution demeurent, et l'art. 596 du CPCG attribue à celui-ci « *tout ce qui a trait à l'exécution forcée des décisions de justice et des actes, y compris les demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers, ainsi que des sentences arbitrales gabonaises ou étrangères* ». En restant dans la logique de l'art. 49 de

⁹⁶ TPI Cotonou (Bénin) 1ère civ., ord. réf. n° 211/02 I C C I V, 12-8-2002 ; O. K. c./ Sté LUSTIMA STRICKE REIGESMBH.

⁹⁷ A. N'GUESSAN : « La collaboration entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation dans le cadre du droit OHADA », op. cit., p. 161.

⁹⁸ Par la loi n°2008-07 du 16 octobre 2008 portant Code de Procédure Civile, Commerciale, Sociale et Administrative en République du Bénin. Ce texte qui prévoit un juge de l'exécution (Art. 579-588) a été promulgué le 28 février 2011 et est entré en vigueur le 1^{er} mars 2012 selon l'art 1227 de ladite loi. Cf. Commentaire de l'art 49 dans la version numérique du Code OHADA, Éd Francis LEFEBVRE, 2019.

⁹⁹ Art 586 CPCCSACB : « *Les fonctions du juge de l'exécution sont exercées par le Président du Tribunal de première instance statuant en urgence. Le Président du tribunal peut déléguer ces fonctions à un ou plusieurs juges de ce tribunal. Il fixe la durée et l'étendue de cette délégation* ».

l'AUPSRVE, le législateur gabonais reconnaît expressément compétence au juge de l'exécution pour statuer sur le différend qui résulte de l'exécution forcée lors de la condamnation d'une tierce personne¹⁰⁰. Ainsi, l'art 597 du CPCG désigne le *Président du Tribunal ou le juge qu'il délègue* comme étant le juge d'exécution en ces termes : « *Le président du tribunal ou le juge qu'il délègue, connaît de toutes les difficultés d'exécution des jugements et des actes qui ne soulèvent aucune contestation de fond. Il est juge de l'exécution et statue comme en matière de référé* ». Les contentieux nécessitant l'application des mesures d'exécution forcée selon la jurisprudence gabonaise¹⁰¹ sont déferés à la censure du JEX en sa qualité de Président du Tribunal statuant en matière d'urgence¹⁰². Ce qui peut d'ailleurs être le cas d'autres législations nationales.

Au Cameroun. Avant l'instauration du juge de l'exécution dans l'ordonnancement juridique camerounais, le juge qui était compétent dans cet État pour se prononcer sur les litiges qui relèvent de l'exécution forcée était le juge des référés, qui est notamment le Président du TPI¹⁰³. À titre d'illustration et en se fondant sur la reconnaissance de l'exécution au juge des référés ou de l'urgence, le TPI de Bafang (Cameroun) avait déclaré par Ordonnance n°45/Ord/TPI/03-04, 21-9-2004 : H. M. c/ T. E., et autres, OHADATA J-05-148, au sujet d'une saisie conservatoire que : « *La juridiction compétente pour statuer sur tout litige relatif à une mesure d'exécution forcée ou à une mesure conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ». Mais bien avant l'avènement de l'art. 49 de l'AUPSRVE, le droit communautaire des affaires stipulait que « *que le contentieux de l'exécution forcée relève du juge national des référés dont l'urgence constitue une des conditions de son intervention* ».

Depuis l'instauration du juge de l'exécution, avec l'entrée en vigueur de la loi n°2007/001 du 19 avril 2007¹⁰⁴, le Cameroun a institué un juge du contentieux de l'exécution de même que les

¹⁰⁰ CCJA, 1er ch., n° 29, 29-4-2010 : A. c. / B. I. C. I. G., Le Juris-Ohada, n° 3/2010, juil.-sept., p. 43, OHADATA J-12-49.

¹⁰¹ CA Port Gentil, ch. Civ. et com., Arrêt Mme KANDJE C/ Tchana KWEZE www.ohada.com/ohadata.J-02-125

¹⁰² M. ADJAKA, « L'identification de la juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution », *Loc.cit.*, p. 12. Selon cet auteur : « *Les difficultés auxquelles donne lieu une mesure d'exécution forcée selon le juge gabonais sont portées devant le juge de l'exécution dont les fonctions sont exercées par le Président du Tribunal ou son délégataire et dont la saisine emprunte les formes procédurales de référé* ».

¹⁰³ TPI Bafang, Ord. n° 45/Ord/TPI/03-04, 21-9-2004 : H. M. c/ T. E., et autres, OHADATA J-05-148 ; v. dans le même sens et à propos d'une saisie conservatoire : CA Littoral, n° 55/ REF, 9-4-2003 : C. P. A c. / T., OHADATA J-07-50.

¹⁰⁴ Loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères précise en son art 1 que : « La présente loi institue le juge du contentieux de l'exécution et fixe les conditions de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales »

conditions de l'exécution des décisions judiciaires et des actes publics étrangers y compris les sentences arbitrales. Par conséquent, le Cameroun, grâce à l'art. 3 de sa loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 a identifié le juge en charge de l'exécution des décisions de judiciaires¹⁰⁵. Dans l'affaire TPI de Douala Bonanjo¹⁰⁶ il ressort que « *l'acte de saisine était intimé à son engagement d'action devant le président du tribunal de première instance* ». Cette espèce a confirmé que le juge du TPI est bien le juge du contentieux de l'exécution au Cameroun. Mais cette décision n'a pas clarifié l'identité réel de ce juge. Pour nous en parlant simplement de juge du TPI sans indiquer s'il s'agit du Président du TPI ou d'un juge ordinaire, le législateur a employé des termes sujette à interprétations diverses et même aussi à confusion. Il aurait pu éviter un tel amalgame s'il se rapportait fidèlement au contenu des alinéas 1 et 4 de l'art. 3 de la loi de 2007 qui disposent que : « *Le juge du contentieux de l'exécution des décisions judiciaires nationales est le Président de la juridiction dont émane la décision contestée, statuant en matière d'urgence ou le magistrat de la juridiction qu'il délègue à cet effet* ». Quant à l'alinéa 4, il vient pour préciser que ce président peut être le *Président du TPI ou Président du Tribunal de Grande Instance* en énonçant que : « *Lorsque le juge du contentieux de l'exécution est le Président du Tribunal de Première Instance ou le Président du Tribunal de Grande Instance ou le juge délégué à cet effet.....* »

B- La consécration des mécanismes de contestation après le prononcé de l'ordonnance de référé

Une fois rendue, l'ordonnance de référé peut valablement produire ses effets si elle n'est pas contestée (1) ou si son exécution n'est pas confrontée à des obstacles l'empêchant d'être

Art 2 : « Le juge du contentieux de l'exécution connaît : de tout ce qui a trait à l'exécution forcée des décisions de justice et autres actes ; des demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers ; des demandes en reconnaissance et en exequatur des sentences arbitrales nationales et étrangères ».

Art 3 al.1 « Le juge du contentieux de l'exécution des décisions judiciaires nationales est le *Président de la juridiction dont émane la décision contestée, statuant en matière d'urgence ou le magistrat de sa juridiction qu'il délègue à cet effet* ».

Art 3 al. 4 « Lorsque le juge du contentieux de l'exécution est le *Président du tribunal de première instance ou le président du tribunal de grande instance ou le magistrat délégué à cet effet*, sa décision est susceptible d'appel dans un délai de quinze (15) 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 Cour d'appel »

¹⁰⁵ Cour d'Appel Littoral (Cameroun), n°200/REF, 24-11-2008 : SGBC c./ Sté Élevage Promotion Afrique, OHADATA J-09-140.

¹⁰⁶ TPI Douala Bonanjo (Cameroun), n° 133, 10-8-2010 : AMITY BANK CAMEROUN SA, V.N.N. (mandataire de al COBAC) c./ S.C., FUTE R., N.M., La Compagnie Professionnelle d'Assurance, Bante Atlantique Cameroun, Le Ministère des Finances, T.L.L., Me K. G., OHADATA J-12-08 ; TGI Douala Cameroun, n° 421, 15-3-2011 : Ets HASSAN ZOUHAIR c./ SICMA SA, Me M. P. B., TRANICAM SARL, M. G., OHADATA J-12-217.

appliquée. Ces derniers à caractère général et spécifique (2) sont essentiellement prévus par le droit étranger. D'où l'intérêt ou l'enjeu de l'apport normatif réalisé par ce dernier en la matière.

1- Les voies de recours prescrits par les procédures civiles en matière de référé arbitral

La mise en œuvre de la voie d'appel en cas de contestation de l'ordonnance de référé prise au TPI par le juge compétent

Page | 230

L'article 2 de la loi ivoirienne du 22 mai 2023 relative à l'intervention des juridictions nationales en matière d'arbitrage de même que l'art. 1 du décret sénégalais du 03 août 2016 et la loi camerounaise du 10 juillet 2003, prévoient qu'en matière de référé arbitral figurant aux articles 13 al 4 de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage et 10-1 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA, la compétence revient soit au Président du tribunal en charge des affaires commerciales ou au Président du Tribunal de Grande Instance. Ce faisant, ces autorités étant reconnues comme des juges de premier degré, leurs décisions en matière de provisoire revêtant le caractère de référé seront certainement frappées d'appel tout en observant la procédure d'appel règlementée par les différents codes de procédure de ces États sus indiqués. Et cela en considérant que l'ordonnance de référé qui même devenue définitive¹⁰⁷, est appréhendée comme « une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée au provisoire dès son prononcé »¹⁰⁸. C'est donc son caractère provisoire qui la rend à bien des égards, vulnérable en ce sens qu'elle est peut-être fréquemment remise en cause par les parties ; surtout la partie qui étant de mauvaise foi peut utiliser cette "faiblesse" pour pratiquer délibérément des manœuvres dilatoires visant à allonger la procédure. Quand bien qu'elle se présente une telle "faiblesse", sa procédure d'appel qui est bien élaborée en droit ivoirien, sénégalais et camerounais demande à être passé en revue. En Côte d'Ivoire, c'est l'al. 5 de l'art. 225 du Code Procédure Civile ivoirien qui élabore cette procédure en disposant que : « les recours contre les ordonnances prises en matière de référé par les présidents des juridictions des TPI sont portés dans un délai de huit (8) jours à compter de la notification devant le premier président de la Cour d'appel dont ils dépendent, par requête déposée au Greffe ». Si ces recours intentés dans le cadre du référé portent sur les décisions des présidents des juridictions de premier degré, c'est tout à fait évident que le tribunal en charge des affaires commerciales considéré comme un TPI et donc une juridiction de premier degré, est aussi soumise à cette exigence. Ainsi, nous comprenons que les juridictions dont font allusion les articles 13 al. 4 de l'AUA et 10-1 du Règlement d'Arbitrage

¹⁰⁷ Cass. Civ, 2^e ch, 23 Juillet 2017, n° 15-27174, Bull., II, n°33, p. 38.

¹⁰⁸ Cass. Soc., 12 juillet 2016, n°15-23433 ;

de la CCJA correspondent dans le *for* ivoirien aux tribunaux en charge des affaires commerciales. Si les ordonnances de référé prononcées par ces tribunaux doivent faire l'objet de contestation devant une instance supérieure, ce serait notamment la devant Cour d'Appel de Commerce d'Abidjan, juridiction de second degré spécialisée pour connaître des contestations en matière arbitrale dans cet État¹⁰⁹. Cependant, même si elle estime que l'appel d'une telle ordonnance de référé doit être interjetée devant cette Cour, sa mise en œuvre va obéir aux exigences de l'art. 221 du Code Procédure Civile ivoirien qui sert de base légale à toute action intentée contre une ordonnance de référé devant une quelconque juridiction de second degré.

La portée d'une procédure d'appel se matérialise par une remise en cause de la décision que la partie insatisfaite estime mal fondée en droit. Dans un contexte juridique, elle conduit donc à « s'interroger sur la validité, la conformité au droit de ce qui produit les effets de l'ordonnance rendue ». Pour la doctrine ce n'est rien d'autre qu'« *une vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes au vu de la demande qui lui est présentée. Le juge statuant sur la voie de recours exerce alors la censure en vertu d'une règle qui lui est propre, celle qui très précisément institue la voie de recours mise en œuvre, et dont les conditions d'application doivent tout d'abord être vérifiées* »¹¹⁰. L'efficacité d'une voie de recours comme l'appel renferme la possibilité, pour le juge qui se prononcera sur son bien-fondé, de réexaminer la décision querellée. S'il bénéficie d'un tel pouvoir, c'est justement parce qu'il existe une règle de droit indépendante. Laquelle est de nature à fonder sa compétence et légitimer son pouvoir en la matière, mais surtout à encadrer considérablement cette procédure d'appel comme l'ont fait les législateurs camerounais et sénégalais. Ces derniers ont prévu respectivement à travers leurs articles 250 du Code de Procédure Civile du Sénégal et 185 al. 3 du Code de Procédure Civile du Cameroun¹¹¹, la possibilité qu'à toute personne partie à une procédure de quelle que nature que ce soit, (qui peut être l'arbitrage) d'interjeter appel contre une ordonnance de référé rendue par la juridiction étatique du siège de

¹⁰⁹ CACA Abidjan, Aff. Société SAHAM Assurance Côte d'Ivoire anciennement COLINA SA (SCPA Paris Village) c/ SAFMARINE container Lines SA (SCPA CLKA), op.cit Dans cette espèce, il a été signifié qu'en droit processuel, poursuit-elle, les juridictions de droit commun sont les juridictions de fond, les juridictions de référé étant des juridictions particulières de l'urgence et de l'évidence, ainsi qu'il ressort des dispositions des articles 221 et suivants du code de procédure civile, commerciale et administrative.

¹¹⁰ A. VARNEK, « Le juge des requêtes, juge du provisoire », op.cit., n° 281, p. 204.

¹¹¹ Les articles 250 du CPCs et 185 al. 3 du CPCCam ayant à peu près le même contenu disposent que : « Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal ; elles seront exécutoires par provision, sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une.

Elles ne seront pas susceptibles d'opposition.

Dans les cas où la loi autorise l'appel, cet appel pourra être interjeté même avant le délai de huitaine, à dater de l'ordonnance ; et il ne sera point recevable s'il a été interjeté après la quinzaine, à dater du jour de la signification de l'ordonnance ».

l'arbitrage devant l'instance supérieure à cette dernière. Bien qu'étant impliqué dans une procédure d'arbitrage mais vu qu'elle (partie) se retrouve devant la juridiction étatique, elle sera tenue d'observer les règles juridiques de ces États précités mais aussi de d'autres États¹¹² qui régissent la procédure et traitent de la question dans cet ordre interne. Ce faisant, son action serait aussi examinée selon les prévisions des règles afférentes à la situation. Si tel est le cas c'est sûr que l'ordonnance aussi qui sera prononcée à l'issue d'une procédure d'appel, subira aussi le même sort ou traitement juridique en cas de pourvoi en cassation formé toujours par une partie non satisfaite de la teneur de l'ordonnance.

Le pourvoi en cassation : recours ouvert contre l'ordonnance de référé de la Cour d'appel en matière arbitrale

Cette option procédurale ouverte à tout plaideur visant à contester l'ordonnance de référé rendue par le Président de la Cour d'appel matériellement ou territorialement compétent, est consacré en droit ivoirien par l'al. 6 de l'art. 221 du Code Procédure Civile ivoirien. Cet article concentre entre les mains du Président de la Cour de cassation le contentieux naissant à la suite du prononcé de l'ordonnance de référé rendue par les premiers présidents des Cours d'appel. Ceci étant la procédure va suivre son cours selon les dispositions applicables à toute action qui a lieu devant cette juridiction en vertu du Règlement intérieur de la Cour de cassation dérivé de la loi organique n°2018 - 967 du 27 décembre 2018 déterminant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême. Cependant, l'art. 43 du Règlement intérieur de cette Cour affirme que : « sous réserves des matières dévolues à d'autres juridictions, la Cour de cassation a compétence pour statuer sur les recours en cassation... ». Autrement dit, les matières relevant du domaine d'attribution de certaines juridictions spécialisées ne sont pas de la compétence de cette haute Cour. Or, la matière commerciale et plus précisément les contentieux qui en découlent, font le plus souvent l'objet de procédure d'arbitrage au cours de laquelle toute situation conflictuelle est réglée par des juridictions spécialisées en droit ivoirien et en dernier ressort par la CCJA. Si tel est le cas, toutes les actions dirigées contre les ordonnances de référé des premiers présidents des

¹¹² Ces États sont le Niger, le Tchad, la Centrafrique et le Comores dont les articles 465 du CPCN, 509 et 513 du CPCTch, 449 du CPCCen, 493 du CPCCo disposent que : « *Le président de la Cour d'Appel est compétent pour connaître des appels interjetés contre les ordonnances rendues par les juridictions de référé de premier degré ; à cet égard, il peut ordonner pour les cas d'urgence, toutes mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse et que justifie l'existence d'un différend, sans que ces mesures puissent préjudicier au fond du litige principal* ».

Cours d'appel ivoiriennes seront portées devant la CCJA en tant que juridiction compétente à cet effet.

En droit comparé, l'analyse du pourvoi en cassation concernant les ordonnances de référé revêt une importance capitale, non pas seulement au niveau de sa portée, qui ne présente pas en tant que tel de particularités, mais bien plus au sujet du contrôle exercé par le juge de cassation. Le pourvoi tend en effet à « *faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* »¹¹³. L'impact du contrôle exercé par la Cour de cassation sur le régime de l'ordonnance en référé vise de manière directe à circonscrire les notions autour desquelles gravite la procédure unilatérale. En terme technique, il sera question d'évaluer par le biais des exigences de motivation, l'impact du contrôle de qualification qui est exercé dans le cadre des ordonnances de référé¹¹⁴.

2- La prévision des obstacles généraux et particuliers par le droit étranger

L'un des motifs concernant le refus de l'exécution d'une sentence est l'invalidité de la convention d'arbitrage, laquelle peut être due à l'incapacité des parties à la convention d'arbitrage en vertu de l'une des dispositions de la Convention de New York¹¹⁵. À cet effet, l'art. V.1.a de la Convention de New York précise la loi étatique en vertu de laquelle l'autorité judiciaire a compétence pour examiner la question de l'incapacité des parties à la convention d'arbitrage, question qui est considéré comme l'un des motifs au regard desquelles il peut décider de l'invalidité de cette convention¹¹⁶. En vertu du même article précité, la capacité d'une partie est déterminée conformément à la loi applicable à la convention d'arbitrage. Dans telles circonstances, il est entendu que l'application de la *lex fori* contenue dans la règle de conflit, sera celle qui sera appliquée par le juge d'*exequatur* dans le cadre de la détermination de la loi applicable à la question de l'incapacité. Dans certains ordres juridiques, cette capacité sera déterminée ou régie par la loi du domicile de la partie concernée (*lex domicilii*).

Par ailleurs, s'agissant de la convention d'arbitrage elle-même, il est bien connu que la convention d'arbitrage est toujours indépendante ou autonome par rapport au contrat principal¹¹⁷.

¹¹³ Art. 604 du NCPCF

¹¹⁴ A. VARNEK, « Le juge des requêtes, juge du provisoire », op.cit., n° 386, p. 281.

¹¹⁵ Art. V.1.a de la Convention de New York

¹¹⁶ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », op.cit., p. 307.

¹¹⁷ B. GOLDMAN, E. GAILLARD et Ph. FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 215.

Cette possible détachabilité pouvant exister entre le contrat principal et la convention d'arbitrage peut aussi amener les parties à ladite convention à opérer une sorte de dépeçage dans le choix du droit applicable. Elles peuvent décider de soumettre en toute liberté, la convention d'arbitrage à une loi qui la gouverne et décider aussi de choisir une autre loi pour régir le fond du litige (contrat de fond). Si c'est le cas, le juge d'*exequatur* doit « *examiner la validité de la convention d'arbitrage selon les dispositions de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée* »¹¹⁸. Concernant la question de l'inarbitrabilité, laquelle peut être considérée comme un élément empêchant l'exécution de l'ordonnance de référé, elle est juridiquement fondée par certaines normes internationales. En effet, c'est l'art. V. 2 de la Convention qui confirme cette inarbitrabilité en disposant que « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage* ». Selon ce texte, l'inarbitrabilité dépend de la loi du pays dans lequel la reconnaissance ou l'exécution de l'ordonnance de référé est requise ou demandée. Bien que cette inarbitrabilité soit perçue comme un obstacle d'ordre général à l'application de la sentence arbitrale, elle ne constitue pas le seul motif de refus de l'exécution. D'autres écueils à caractère spécifique peuvent constituer de véritables freins à l'application de ladite sentence.

Par ailleurs, s'agissant des obstacles à caractère spécifique, notons qu'ils sont au nombre de trois.

Le premier motif porte sur le non-respect de la garantie (caution) constituée par l'arbitre.

Bien que la constitution d'une garantie ne soit pas une condition pour que l'arbitre prenne des mesures provisoires, il faut noter malgré tout que le respect de cette dernière constitue une condition pour exécuter ces mesures. Autrement dit, « *si la partie bénéficiant de ces mesures ne fournit pas cette garantie, le juge étatique pourra sur le fondement du motif concerné, refuser de faire droit à la demande d'exécution* »¹¹⁹. Dès lors, il faut préciser que le fait pour le tribunal arbitral d'avoir ordonné une mesure provisoire en l'absence de constitution d'une garantie devrait être un motif conséquent de refus pour la juridiction étatique de faire exécuter ladite mesure¹²⁰. Et

¹¹⁸ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », op.cit., p. 308.

¹¹⁹ J-B. RACINE, in Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international : évaluations et innovations, op. cit., p. 129.

¹²⁰ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », op.cit., p. 324.

cela, dans la mesure où l'exécution d'une telle mesure pourrait nuire aux intérêts et aux droits légitimes de l'autre partie.

Le deuxième motif est relatif à la rétraction ou suspension des mesures provisoires par le tribunal arbitral.

Page | 235

Ce motif spécifique découle de la nature provisoire qui détermine les décisions prononcées en matière de mesures conservatoires¹²¹. La sentence arbitrale prononcée en cette matière n'a aucune autorité devant le tribunal du fond. Or, le tribunal (étatique ou arbitral) du fond n'est jamais lié ou restreint par une telle décision provisoire¹²². Cela renvoie au fait que les mesures provisoires octroyées par le tribunal arbitral ou par l'arbitre d'urgence sont susceptibles de faire l'objet de modification, suspension ou rétractation soit par un tribunal arbitral, soit par un tribunal étatique, et cela, après que ces mesures aient été prononcées¹²³. Il est logique que le juge refuse d'office d'exécuter des mesures déjà modifiées, suspendues ou rétractées. L'article (17.I.1a.iii) de la Loi type de la CNUDCI confirme que : « *La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que : (a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction : [...] (iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée* ». Il est évidemment constaté lors de la lecture de cet article que celui-ci limite les motifs de refus d'exécution aux cas de la rétraction, de l'annulation et de la suspension des mesures¹²⁴. En raison du caractère explicite de l'article, nous comprenons selon les propos de Jean-Baptiste Racine que « la modification des mesures n'est pas l'un des motifs de refus de l'exécution »¹²⁵

Le troisième est afférent à l'incompatibilité des mesures provisoires avec les pouvoirs du juge d'exequatur.

Il y a incompatibilité lorsque la mesure ordonnée par le tribunal arbitral à la suite d'une procédure en référé n'est pas reconnue dans le *for* du juge étatique devant lequel, la partie

¹²¹ J-B. RACINE, *in* Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international : évaluations et innovations, op. cit., p. 130.

¹²² M. KAMEL et F. RATTEB, *La juridiction des référés* (Trad), 7^e éd., Beyrouth, Monde des livres, 1985, volume 1, p.122.

¹²³ L'art. 17.D de la loi type de la CNUDCI et l'art. 29.3 du Règlement de la CCI

¹²⁴ E. EMARA, « L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires : étude analytique et comparative », op.cit., p. 329.

¹²⁵ J-B. RACINE, *in* Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international : évaluations et innovations, op. cit., p. 131.

bénéficiaire de ladite mesure requiert l'exécution. À cet effet, le juge se trouverait dans une impossibilité d'apposer la formule exécutoire. C'est ce que soutient une opinion doctrinale en ces termes « le juge ne peut donner force exécutoire à une mesure qu'il ne peut lui-même ordonner »¹²⁶. Ce même auteur a estimé que si le tribunal arbitral octroyait une injonction de type *Mareva*¹²⁷, le juge français n'ordonnerait pas l'exécution de cette injonction accordée sous une telle forme sinon l'exécution serait susceptible d'une poursuite¹²⁸. Cet obstacle a préoccupé le groupe de travail des Nations unies sur l'arbitrage, lequel a finalement proposé comme solution le pouvoir reconnu au juge pour « reformuler la mesure incompatible avec son ordre juridique pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter, et cela, sans modifier le fond de cette mesure »¹²⁹. Une telle solution a tout le mérite de consolider l'arsenal juridique applicable à la question du référé qui a cours en pleine procédure d'arbitrage. En lui reconnaissant un tel avantage cela induit l'apport considérable que celle-ci réalise dans le but de parfaire cette procédure de référé ou de saisir toutes les éventualités qui pourraient survenir à l'occasion de cette dernière. Cet apport qui dans la quasi-totalité est réalisée par les procédures civiles des États-parties tel que démontré ci-dessus, n'est pas limité seulement à la complétude des mécanismes du référé intervenant en cours d'arbitrage, mais bien plus, il s'étend au domaine du référé qui a lieu en fin de procédure d'arbitrage.

¹²⁶ J-B. RACINE, in Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international : évaluations et innovations, op. cit., p. 130.

¹²⁷ Il est bien entendu que cette injonction a pris son nom célèbre de la cause d'appel *Mareva Compania Naviera S.A. c/ International Bulk Carriers S.A.*, (1975) 2 Ll. L.R. 509.

¹²⁸ J-B. RACINE, in Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage commercial international : évaluations et innovations, *Ibid.*, p. 130.

¹²⁹ A/CN.9/WG. II/WP.110, 22 septembre 2000, No 71, pp. 25 et 26.

Les remèdes à l'inefficacité persistante du contrôle des sociétés commerciales : contribution à l'amélioration du cadre normatif

Remedies for the persistent ineffectiveness of corporate control: contribution to improving the
regulatory framework

Page | 237

Par :

CHETIMA AMADA

Doctorant en droit privé des affaires à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de
l'Université de Maroua
Chetimaamada@Yahoo.com

Résumé :

L'OHADA s'est fixée pour objectif de garantir la sécurité des opérateurs économiques nationaux et internationaux en créant un cadre adapté à la conduite des affaires, essentiel pour le développement économique des États membres. Elle a doté les organes de contrôle que sont les associés et le commissaire aux comptes, des nouveaux moyens leur permettant de faire efficacement face aux dirigeants sociaux. Seulement, lors de la réforme du 30 janvier 2014, le législateur OHADA n'a véritablement pas pallier toutes les difficultés au vu de l'insignifiance des changements dans les procédures de contrôle sociétal. On aurait souhaité qu'en procédant à des modifications, les auteurs de la réforme s'assurent qu'elles offrent les garanties d'un meilleur contrôle de la gestion sociale. Ceci étant, la question principale qu'on s'est posée est celle de savoir, quels sont les remèdes adéquats à cette inefficacité persistante du contrôle sociétal ? Pour accroître l'efficacité de ces procédures, il est important de parachever l'œuvre entreprise en apportant d'autres changements. Pour cela, nous proposons alors des ajustements communs à toutes les procédures et des ajustements spécifiques à chaque procédure du contrôle. En clair, il s'agit des remèdes communs à toutes les procédures et des remèdes spécifiques à chaque procédure. La garantie de la sécurité étant une quête et une reconquête pour tous les chercheurs en droit des affaires, ce travail en constitue une modeste contribution.

Mots clés: Remèdes, inefficacité persistante, contrôle des sociétés commerciales.

Abstract:

OHADA has set itself the objective of guaranteeing the security of national and international economic operators by creating a framework adapted to the conduct of business, essential for the economic development of members states. It has provided control bodies, such as shareholders and auditors, with new means to effectively deal with corporate leaders. However, during the reform 30 January 2014, the OHADA legislator did not truly address the difficulties, given the insignificance of changes in the corporate control procedure. One would have wished that, in making modifications, the authors of the reform ensured that they offered guarantees of better control of social management. This being the case, the main question we asked ourselves is what are the adequate remedies for this persistent inefficiency of corporate control? To increase the effectiveness of these procedures, it is essential to complete the work undertaken by making further changes. To this end, we propose common adjustments to all procedures and essential adjustments to each control procedure. In other words, these are common remedies to all procedures and essential remedies to each procedure. Given that security is a quest and a reconquest for all business law researchers, this work constitutes a modest contribution.

Key words: Remedies, persistent inefficiency, control of commercial companies.

Introduction

À sa création¹, l'OHADA s'est fixée pour objectif² de garantir la sécurité des opérateurs économiques nationaux et internationaux en créant un cadre adapté à la conduite des affaires, essentiel pour le développement économique des États membres. Ces finalités n'ont pas toujours été atteintes du fait des nombreuses contraintes juridiques³ qui pénalisaient la création et le développement des entités commerciales⁴. Une marge d'abus glisse toujours sur les mains de l'homme. La confiance n'excluant pas le contrôle, le seul moyen de le contrecarrer réside dans la mise en place des techniques sophistiquées de contrôle. Quoique conscient de l'enjeu qu'il y a à doter les organes de contrôle que sont les associés et le commissaire aux comptes, des nouveaux moyens leur permettant de faire efficacement face aux dirigeants sociaux, le législateur OHADA n'a véritablement pas pallier toutes les difficultés au vu de l'insignifiance des changements dans les procédures de contrôle sociétal. Il n'a pas remédié à toutes les insuffisances de ces procédures dont l'usage tend à diminuer⁵. Il est clair qu'on puisse regretter ces nombreuses insuffisances de la réglementation⁶ de ces procédures. On aurait souhaité qu'en procédant à des modifications, les auteurs de la réforme s'assurent qu'elle offre les garanties d'un meilleur contrôle de la gestion sociale⁷. Mais il n'en est rien, car ces changements restent de faible portée au vu des attentes de la

¹ DE LAFOND (G.), « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », in *Gazette du Palais*, 20-21 septembre 1995, p. 2.

² M'BAYE (K.), « L'histoire et les objectifs de l'Ohada », in *Petites Affiches*, n° 25, 13 oct. 2004, p. 4 ; ISSA-SAYEGH (J.), « L'Ohada, instrument d'intégration juridique des pays africain de la zone franc », in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1999, p. 237.

³ Ces contraintes juridiques sont à l'origine de la simplification des règles d'organisation et de fonctionnement des entreprises. DJEDJE (P.-C.) et al., « Simplification des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales de la zone Ohada », in *Droit et Patrimoine*, sept. 2014, n° 239, pp. 60 et s.

⁴ C'est lorsqu'un texte présente des insuffisances criardes que le législateur envisage son retrait de l'ordonnancement juridique. Tel est le premier enseignement qui découle de l'abrogation de l'AUDSCGIE originel. YONDO BBLACK (V.-L.) et TIENMFOUTIEN TRAORE (A.), « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », in *Droit et Patrimoine*, sept. 2014, n° 239, p. 49.

⁵ TAKAFO – KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales : une entreprise inachevée ! », *Unif. L. Rev.* 2018, 13 Mars 2018, pp. 1 et 6.

⁶ TAKAFO-KENFACK (D.), « Libres propos sur la réglementation de l'alerte en Ohada », in *Revue des procédures collectives*, n° 2, mars-avril 2016, pp. 21-23.

⁷ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 5.

doctrine⁸ qui pense à raison que beaucoup reste à faire, du fait de la persistance de nombreuses insuffisances qui commandent de poursuivre l'œuvre entreprise à son terme⁹.

Ce faisant, on se rend compte que la réforme, relative au contrôle sociétal, a résolu un problème en créant d'autres. Nous sommes dans une situation qui vient réconforter les écrits de PLANIOL dans une formule prémonitoire où il affirme que « *dans bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle en suite la nature et l'étendue* »¹⁰. Il faudrait que la réforme, qu'on pense très prochaine, augure une nouvelle ère, notamment celle de la rationalisation du contrôle¹¹ sociétal qui s'étend aux nouveautés touchant toutes ses procédures. Il va sans dire que malgré les efforts consentis par le législateur, l'inefficacité du contrôle sociétal est persistante. La question principale qu'il y'a lieu de poser est celle de savoir quels sont les remèdes adéquats à cette inefficacité persistante du contrôle sociétal ?

Au demeurant, il faut dire que toute œuvre humaine, encore plus celle du législateur, est perfectible. En décidant d'apporter des modifications aux procédures du contrôle sociétal, le législateur africain visait un objectif : celui de redynamiser les moyens de contrôle de la gestion des affaires sociales afin de permettre aux associés qui en sont les titulaires de faire entendre leur cri de détresse. Cet objectif n'a pas été atteint dans les marges significatives du fait des profondes innovations qui n'ont pas suivi et de l'énormité des défis encore à relever¹². Pour accroître l'efficacité de ces procédures, il est important de parachever l'œuvre entreprise en apportant d'autres changements. Pour cela, nous proposons alors des ajustements communs à toutes les procédures et des ajustements spécifiques à chaque procédure du contrôle. En clair, notre analyse sera centrée d'une part sur les remèdes communs à toutes les procédures (I) et, d'autre part, sur les remèdes spécifiques à chaque procédure (II).

I- LES REMÈDES COMMUNS À TOUTES LES PROCÉDURES DU CONTRÔLE SOCIÉTAL

⁸ TOH (A.), *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit Ohada*, Thèse, Bordeaux, 2016, pp. 103 et s.

⁹ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 5.

¹⁰ PLANIOL (M.), in Albert Sorel (éd.), *Le Code civil, 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, ROUSSEAU (A.) 1904, T.2, p. 955.

¹¹ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 8.

¹² *Ibidem*.

C'est dans cette optique que nous souhaitons d'un côté l'élargissement du cercle des initiateurs (A) et, de l'autre, la clarification des certains critères de déclenchement (B).

A- L'élargissement souhaité du cercle des initiateurs

Le cercle d'initiateurs des procédures de contrôles des sociétés commerciales peut s'élargir à travers l'élargissement du cercle d'initiateurs de la procédure d'alerte (1) et l'élargissement du périmètre de l'accès à l'expertise de gestion (2).

1- L'élargissement du cercle d'initiateurs de la procédure d'alerte

Les carences inventoriées suffisent pour étendre le droit d'alerte à d'autres acteurs, notamment les représentants du personnel ou les salariés et le président de la juridiction compétente.

Créanciers de salaire et d'emploi, les salariés s'intéressent à la survie de l'entreprise qui les emploie et leur procure l'essentiel des moyens de survie. Plus qu'une simple force de travail, ils devraient pouvoir jouer un rôle dans la détection des difficultés pour que la structure revienne à meilleure fortune. D'où la nécessité d'un droit d'alerte qui doit leur permettre d'agir rapidement afin d'éviter une disparition de l'entreprise, qui entraînerait une perte d'emploi¹³. En s'inspirant du droit français, l'alerte peut se dérouler en deux phases sous la houlette du délégué du personnel, qui demandera au dirigeant des explications sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Si la réponse apaise les inquiétudes, l'alerte prend fin. Dans le cas contraire, le représentant du personnel devra établir un rapport qu'il communiquera au commissaire aux comptes, au conseil d'administration ou à l'assemblée des actionnaires. Rien n'empêche sa présence à cette séance, qui est l'occasion de faire la lumière sur la santé préoccupante de l'entreprise. La procédure d'alerte des salariés à la française s'arrête là puisqu'il leur est interdit de convoquer l'assemblée générale. Cette procédure semble expéditive car elle s'achève à un stade où elle devrait prendre plus d'ampleur. L'idée selon laquelle le délégué du personnel ne peut pas convoquer l'assemblée générale ne doit pas prévaloir dans les sociétés dépourvues des commissaires aux comptes. Sinon le rapport du délégué du personnel restera une lettre morte. Ce qui amène à proposer une troisième phase en cas d'absence de contrôleurs. L'alerte devra reposer

¹³ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 11.

sur des exigences de confidentialité. La même obligation vaudrait même si l'alerte provenait de l'initiative des autorités judiciaires.

Les associés entretiennent une méfiance originelle à l'égard des tiers qui s'immiscent dans leurs affaires. La méfiance est renforcée quand l'étranger peut se substituer à eux et prendre des décisions engageant la société. C'est peut-être pourquoi le législateur africain a exclu les autorités judiciaires de la liste des personnes habilitées à déclencher l'alerte. Cette éviction a de quoi surprendre quand il reconnaît des larges pouvoirs aux juges en temps de crise¹⁴. Un droit d'alerte sous la houlette du président du tribunal du lieu de situation de l'entreprise est d'autant plus attendu qu'il pourrait pallier les manquements des associés et du commissaire aux comptes. Cette proposition est justifiée non seulement par son autorité morale sur les chefs d'entreprises, mais aussi et surtout par son accès direct par l'entremise du greffe du tribunal à nombres d'informations pertinentes sur la situation de l'entreprise commerciale. Ces informations constituent un potentiel de renseignement qui permet en toute objectivité de faire du président de la juridiction compétente, « la véritable clé de voûte de la prévention »¹⁵. Il est nécessaire d'améliorer la qualité de son accès à l'information par une meilleure coordination des nombreuses sources de renseignements dont il dispose.

Il faut préciser qu'il ne s'agit pas de faire des juridictions compétentes en matière commerciale des superstructures administratives, chargées d'une mission de surveillance économique générale contraire au principe du secret des affaires¹⁶. L'amélioration de la procédure d'alerte pourrait se poursuivre utilement par le renforcement des pouvoirs du président de la juridiction compétente pour assurer pleinement le respect de l'obligation de déposer les comptes annuels en vertu de l'article 269 de l'AUDSCGIE. Cette obligation est globalement mal respectée et paradoxalement l'Acte Uniforme sus visé ne prévoit aucune mesure coercitive et ne renvoient pas non plus aux dispositions nationales pour les sanctions pénales. La consécration de l'alerte par le président de la juridiction compétente et corrélativement le renforcement de ses pouvoirs en matière de prévention, pose en arrière-plan un problème d'impartialité fonctionnelle¹⁷. Il convient

¹⁴KAMNANG (V.-I.), *Les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, Thèse, Université de Dschang, juillet 2017 ; MESTRE (J.), « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1985, n° 4, p. 81.

¹⁵HAEHL (J.-Ph.), « La consécration du droit de l'alerte du président », *LPA*, 30 sept. 1994, p. 13 ; DEEN GIBRILLA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso édition 2009, n° 101, p. 84.

¹⁶THERA (F.), *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, éd. L'Harmattan Mali, Octobre 2017, p. 292.

¹⁷ROUSSEL (G.Ph.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, LITEC 2ème éd., n° 65, p. 41 ; FRICERO (N.), *Dictionnaire de la justice*, ss dir. CADIET (L.) PUF, 2004, V. *Impartialité*, p. 607 : « L'impartialité du juge est un

alors d'éviter qu'un même juge intervienne dans le cadre de la procédure collective d'un même débiteur.

Pour la mise en œuvre de cette procédure, le président de la juridiction compétente pourrait intervenir lorsque l'entreprise connaît des difficultés de nature à mettre en péril l'exploitation. Au vu de la consistance des renseignements obtenus des actionnaires, le président convoquera les dirigeants pour demander des explications et des mesures à prendre pour remédier à la situation. Si les réponses sont insatisfaisantes, il devra exiger la convocation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale en vue de prendre d'utiles mesures de redressement. Il faut dire in fine que, l'extension des bénéficiaires du droit d'alerte ne va pas sans générer des conflits. Le législateur communautaire devrait prévoir une jonction des procédures en cas d'actions plures¹⁸. Pareille solution peut également prospérer en cas d'extension de la liste des personnes habilitées à demander l'expertise.

2- L'élargissement du périmètre de l'accès à l'expertise de gestion

En ce qui concerne l'expertise de gestion, nous proposons au législateur OHADA d'ouvrir sa demande au ministère public, aux autorités monétaires et financières¹⁹ et aux représentants du personnel. L'ouverture de la demande de l'expertise de gestion au ministère public contribue également à protéger les associés exclus par les conditions restrictives de la loi, en l'occurrence, les associés isolés qui ne sont pas en mesure de réunir le pourcentage de capital requis pour pouvoir assurer eux- même la défense de leurs intérêts²⁰. Quoique cette intervention n'est pas en adéquation avec le rôle que le législateur OHADA le confine même en cas de défaillance avérée de l'entreprise²¹.

Parlant de l'expertise initiée par les représentants du personnel, le Doyen Modi KOKO BEBEY fait de ce manquement en affirmant qu' « on peut néanmoins regretter que l'Acte Uniforme de l'OHADA n'ait attaché aucun intérêt au rôle des salariés dans les sociétés. Toutes les questions relatives à l'actionnariat des salariés, à leurs participations à la gestion, à

élément est un élément consubstantiel à toute notion de justice et l'un des attributs du procès équitable » ; « Tout tribunal doit se comporter de telle façon que la justice soit rendue avec une apparence d'impartialité ».

¹⁸ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 13.

¹⁹ Cf. Art. 81 à 96 et 823 à 853 AUDSCGIE relatifs aux sociétés faisant appel public à l'épargne.

²⁰ GUYON (Y.), « Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion », in *JCP*, éd. E, I, 14593.

²¹ V. note sous l'art. 47 AUPCAP, *Jurisclope* 2008, 3^{ème} éd. OHADA Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, pp. 933 et s. qui donne très peu de prérogatives au Ministère Public.

*l'intéressement aux résultats sont en effet absentes. Le niveau du développement socio-économique des pays concernés ne pourrait pas seul justifier ce choix législatif »*²². Une telle position pourrait davantage être maintenue puisqu'il n'y a pas de doute que les salariés sont des acteurs sociaux incontournables en raison du rôle important qu'ils jouent dans le fonctionnement de l'entreprise, la compétence et le savoir-faire qu'ils apportent étant de nature à assurer la compétitivité de la structure sociale²³.

Il faut retenir que nous proposons l'élargissement du cercle d'initiateurs d'alerte aux salariés et au président de la juridiction compétente vu l'importance du rôle qu'ils peuvent éventuellement jouer dans la prévention des difficultés. Nous proposons également l'élargissement du périmètre de l'accès à l'expertise de gestion en l'ouvrant au ministère public, aux autorités monétaires et financières, ainsi qu'aux représentants du personnel. L'amélioration du contrôle se poursuit par la clarification des certains critères du déclenchement.

B- La clarification de certains critères du déclenchement

Ici, nous faisons allusion à l'amélioration du cadre légal de l'alerte en clarifiant la notion du « *fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » (1) et la précision du cadre légal de l'expertise de gestion en clarifiant la notion d'« *opérations de gestion* » (2).

1- L'amélioration souhaitée du cadre légal de l'alerte en clarifiant la notion du « *fait de nature à compromettre l'exploitation* »

Il faut relever à la lecture des conditions du déclenchement de l'alerte, que le législateur OHADA n'apporte pas de précisions claires sur ce qu'il considère comme « *fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». S'il est vrai l'élément déclencheur de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes peut résulter d'un fait unique le législateur ne le définit pas précisément. Plusieurs auteurs²⁴ se sont aventurés à le faire. Il ressort de leurs écrits que le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation désigne un ensemble d'éléments susceptibles d'affecter l'entreprise avec une probabilité suffisante. Les suites de l'alerte sont si

²² MODI KOKO BEBEY (H.D.), « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », in *Rev. Sociétés* (2), avril-juin 2002, p. 266.

²³ ABDOURAHAMANE BEN (M.-T.), *L'intérêt de l'entreprise et le droit du travail français (contribution à l'étude de la notion et ses fonctions)*, Thèse Nantes, juin 2009, n° 8, p. 6.

²⁴ DJESSI DJEMBA (P.-G.), « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », in *Revue ERSUMA*, 2016, p. 383 ; TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 15.

importantes que ses critères de déclenchement gagneraient en précision. Une telle démarche aura le mérite d'aider les initiateurs dans la mise en œuvre de leur droit et permettra ainsi de canaliser en amont les alertes inopportunes. Le législateur africain pourrait prévoir que l'alerte doit être déclenchée en présence des faits significativement préoccupants, tels que la baisse anormale d'activité, les résultats déficitaires, les retards dans les livraisons de commandes entre autres²⁵. Même si la liste des faits ne peut être qu'indicative, elle aura le mérite de simplifier l'activité des initiateurs de l'alerte en indiquant avec précision des éléments d'appréciation de la situation de l'entreprise. Il est donc clair que, la définition légale est un palliatif idoine à cette difficulté conceptuelle, comme dans le cas de la clarification de la notion d'opérations de gestion

2- La précision du cadre légal de l'expertise de gestion en clarifiant la notion « d'opération de gestion »

Un auteur²⁶ suggère pour cerner la notion, de lui donner un sens susceptible d'obtenir un résultat satisfaisant tout en recherchant l'intérêt réelle et véritable du législateur. Pour y parvenir, il faut éviter de tomber dans l'excès en soumettant à l'expert de gestion l'ensemble de la gestion, ce qui contredirait une jurisprudence constante et étoffée²⁷ et de prendre en compte la transparence dans la gestion sociale, qui implique la recherche d'une meilleure protection des intérêts des acteurs sociaux, ce qui exclut toute conception restrictive de la notion en dépit de ce que pense la majorité des auteurs²⁸. AMEDEE-MANESME²⁹ indique que « l'expression opération de gestion ou décision de gestion contient l'idée des ceux qui ont le pouvoir par rapport à l'idée générale de gestion ». Dans la même perspective, la Cour d'Appel de Versailles³⁰ considère que la « gestion mentionnée à l'article 226³¹ doit être entendu au sens large ». Marteau PETIT définit l'opération de gestion comme « l'acte qui, ne ressortissant ni au contrôle, ni au fonctionnement social, permet l'accomplissement de l'activité sociale et dont le contenu est variable, selon que sont visés uniquement les pouvoirs des dirigeants sociaux ou que s'y ajoutent, de manière résiduelle, ceux

²⁵ Ibidem.

²⁶ THERA (F.), *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op.cit., p. 304.

²⁷ Douai 10 juillet 1970, Bull. Joly 1870, 578 ; Orléans 22 nov. 1971, Bull. Joly 1972, 289 ; Rennes 22 mai 1973, R.T.D. Com. 1973, 280 ; Cass. Com 29 déc. 1983, Rev. Soc. 1984, 317 ; Versailles 23 nov. 1988, Bull. Joly 1989, n° 45.

²⁸ FENEON (A.), « La mésentente entre associés de la société anonyme Ohada », in *Penant*, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 269.

²⁹ AMEDEE-MANESME (M.-G.), *L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966*, Thèse Clermont-Ferrand, 1976.

³⁰ CA Versailles, 19 déc. 1989, Bull. Joly 1990, 183, note Le CANNU.

³¹ Devenu L. 225-32.

de l'assemblée ». L'auteur considère la notion comme « un concept de nature à rassembler tous les actes relatifs à la vie des affaires »³². Malgré son imprécision, cette définition semble mieux traduire la réalité de la notion.

Il est permis de retenir globalement que l'opération de gestion qui nous préoccupe, est un concept ouvert, dans lequel l'accent est mis non pas sur la finalité de l'opération en cause, mais sur la procédure expertale envisagée en vue d'assurer la protection des intérêts des acteurs sociaux y compris ceux des associés ou actionnaires minoritaires et au-delà celle de l'entreprise. Quoique l'article 159 de l'AUDSCGIE ne permet pas de cerner véritablement l'intérêt précis que l'opération protège³³. Le professeur A. COURET³⁴ relève que la définition de l'intérêt est une œuvre délicate puisqu'il fait partie des notions cadres, des concepts mous que le juge remplit avec une certaine marge de liberté. La doctrine est partagée entre deux conceptions dominantes.

Pour le premier courant, l'intérêt social n'est pas autre chose que l'intérêt des actionnaires. Cette référence s'appuie sur l'article 1832 du code civil qui met en évidence la communauté d'intérêt qui lie les associés et qui s'opposent à ce que certains s'avantagent au détriment des autres. C'est pour cette raison que M. Thibaut définit l'intérêt social comme « l'optimisation de la valeur nette marchande »³⁵.

Pour le second courant de pensée, l'intérêt social exprime l'intérêt de la personne morale qui renvoi au concept de l'entreprise vu que la société est une technique juridique d'organisation de l'entreprise³⁶ et son intérêt s'identifie à celui de l'entreprise. Le rapport Vienot sur le conseil d'administration des sociétés cotées contient une description parfaite de cette approche : « *L'intérêt social peut...se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le seul souci de l'intérêt de la société concernée* »³⁷. Il ressort

³² MARTEAU PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, Thèse Paris II 1992, n° 412, 531 et s.

³³ FOKO (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », *Peinant*, 2009, *Doctrine*, n° 26, p. 185.

³⁴ COURET (A.), « L'intérêt social », in *Cah. Dr. Entr.* 1996, (n° 10, 11 et 59), pp. 1et s.

³⁵ THIBAUT (M.M.), *Le régime juridique de la notion de contrôle*, Thèse Paris II, t. III, p. 532.

³⁶ PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Sirey, Paris 1967.

³⁷ Le rapport Vienot est un rapport conjoint d'un groupe de travail du CNPF et de l'AFEP (Association Française des entreprises privées), *op.cit.*, p. 306.

plutôt du rapport Martini que « *la première raison d'être de toute société est l'enrichissement de ses actionnaires* »³⁸.

La notion de l'intérêt de l'entreprise dépasse le seul cadre du droit des sociétés, elle a aussi une grande importance en droit positif du travail où il apparaît comme un critère de décision et donc comme un instrument technique de protection de l'entreprise³⁹. Il y'a alors la nécessité de canaliser la « *concurrence indélicate* »⁴⁰ entre l'expertise de gestion et l'expertise dite préventive par le rejet de la confusion et la détermination de la place de chacune des procédures. C'est à bon droit que les juges de cassation française ont jugé irrecevable une demande d'expertise initiée⁴¹ à la suite d'une augmentation du capital social⁴² décidée par les associés en assemblée. On peut toutefois accuser les initiateurs de cette demande de s'être mal pris en l'absence des critères légaux qui font que la notion d'acte de gestion ait un champ élastique⁴³. Pour éviter ces confusions dans l'esprit des associés, il importe de compléter l'article 159 de l'AUDSCGIE en ces termes : « [...] *une ou plusieurs opérations de gestion décidées par les dirigeants* »⁴⁴. La précision souhaitée de l'acte susceptible de donner lieu à la procédure d'expertise est révélatrice des aménagements devant permettre à cette institution d'être pleinement attractive. Il va sans dire que l'amélioration de la procédure d'expertise de gestion passe par la définition légale de la notion d'opérations de gestion.

En tout état de cause, si le législateur OHADA procède à l'élargissement du cercle des initiateurs d'alerte, à l'élargissement du périmètre de l'accès à l'expertise de gestion, à la clarification du fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et à la précision du cadre légal de l'expertise en définissant la notion d'opération de gestion, le contrôle sociétal en sortira plus efficace et plus sécurisant. Il faudra tout simplement poursuivre l'entreprise de l'amélioration avec les remèdes indispensables à chaque procédure.

³⁸ La documentation française, Collection des rapports officiels, 1996.

³⁹ ABDOURAHAMANE BEN (M.-T.), *L'intérêt de l'entreprise et le droit du travail français (contribution à l'étude de la notion et ses fonctions)* », Thèse, *op.cit.*, n° 38 et 42.

⁴⁰ MOURY (J.), « L'expertise de gestion, la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », in *Mél. JEAUTIN*. 1999, p. 297.

⁴¹ Cass. Com., 25 septembre 2012, n°11-18312.

⁴² ZAKI (A.M.), *Le capital social dans les sociétés commerciales de l'Ohada*, Mémoire, Université Gaston Berger, Saint-Louis, 2007, pp. 1 et s.

⁴³ FOKO (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », *op.cit.*, n° 26, p. 193.

⁴⁴ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 15.

II-LES REMÈDES SPÉCIFIQUES À CHAQUE PROCÉDURE DU CONTRÔLE SOCIÉTAL

Des améliorations spécifiques varient selon qu'il s'agisse de l'alerte et de l'expertise. C'est pourquoi, nous souhaitons la rationalisation de la procédure d'alerte⁴⁵ (A) et la réorganisation de la procédure de l'expertise de gestion (B).

Page | 248

A- La rationalisation souhaitée de la procédure d'alerte

La loi française du 1er mars 1984 avait privilégié une procédure d'alerte en rapport avec la forme sociétaire. Le législateur OHADA a suivi ce raisonnement sans devoir remettre en cause la diversité procédurale. Ce qui est regrettable pour « *un droit adapté au particularisme des économies africaines* »⁴⁶. Il en résulte une variété de procédure auréolée d'une complexité, que l'on soit ou non dans les sociétés anonymes. Ici, l'alerte est le fait du commissaire aux comptes ou des associés. L'alerte du commissaire aux comptes est organisée par les articles 153 à 156 du texte révisé. Dans un premier temps, il saisit le président directeur général ou l'administrateur général qui doit répondre dans les quinze jours qui suivent. Dans le cas d'une absence de réponse ou d'une réponse insatisfaisante, le commissaire aux comptes doit passer à la seconde étape en invitant les dirigeants à faire délibérer le conseil sur les questions évoquées. Dans les quinze jours qui suivent la réception de la lettre, le dirigeant convoque le conseil qui doit délibérer sur les faits dans le mois qui suit la réception de la lettre. Un extrait du procès-verbal des délibérations fait l'objet d'une diffusion au commissaire aux comptes dans le mois suivant la réunion. Les choses peuvent en rester là s'il estime que les initiatives prises suffisent à écarter la menace⁴⁷. Au cas contraire, il établit un rapport spécial qu'il présentera aux associés à la prochaine assemblée : c'est le début de la troisième phase.

En cas d'extrême urgence, le commissaire aux comptes peut convoquer l'assemblée pour soumettre ses conclusions. À ce stade, la confidentialité est compromise, la situation ayant été portée à la connaissance des associés par le rapport spécial du commissaire aux comptes qui doit informer le Procureur de la République en lui communiquant les résultats. On saisit toute la complexité de la procédure de l'alerte dans les sociétés anonymes. En effet, l'acte uniforme ne dit

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ PAILLUSSEAU (J.), « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », in *Les Petites Affiches*, numéro spécial Ohada, 2004, n° 205, p. 19.

⁴⁷ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 16.

pas comment une alerte déclenchée concomitamment par les associés et le commissaire aux comptes devrait être gérée. Ne pouvait-on pas prévoir que toute l'alerte des associés doit être diligentée par le commissaire aux comptes, une fois qu'il est informé des explications des dirigeants ? Il apparaît qu'en échauffant une procédure d'alerte spécifique à d'autres sociétés, le législateur africain n'a pas non plus innové puisque le commissaire reste la cheville ouvrière de la procédure qui gagne en brièveté, mais entretient une certaine complexité. Il saisit le gérant tenu de répondre dans les quinze jours suivant la réception de la demande d'explication. À défaut, le commissaire aux comptes établit un « *un rapport spécial dont copie est transmise à la juridiction compétente* »⁴⁸. Le commissaire devait-il normalement informer les autorités judiciaires à cette étape de la procédure ? Mais alors, on se demande, pourquoi communiquer le dossier aux autorités judiciaires dans une démarche qui se veut confidentielle ? Est-ce une manière de les informer des difficultés que traverse l'entreprise ? À l'occasion, le commissaire aux comptes peut également demander au gérant de communiquer le rapport aux associés. En cas d'obstination, il peut convoquer l'assemblée pour présenter les conclusions de son rapport. L'issue de l'assemblée peut être illusoire quand il a la conviction que les mesures initiées ne permettront pas d'assurer la continuité de l'exploitation. Là n'est pas le grand problème qui se situe autour des diverses procédures susceptibles de jeter un doute dans l'esprit des bénéficiaires.

L'alerte dans toutes les sociétés poursuit le même : tirer la sonnette d'alarme. L'on se demande alors s'il était nécessaire de créer deux procédures à la finalité commune, mais différentes à bien d'égards⁴⁹. Le succès de l'alerte passe par l'institution d'une procédure beaucoup plus sommaire, indépendamment de la taille de l'entreprise et des initiateurs. Elle devra reposer sur une procédure unique en deux phases. Dans un premier temps, la personne habilitée demandera de explications au dirigeant ou gérant qui devra répondre sous huitaine en donnant une analyse objective de la situation et les mesures envisagées. Si le titulaire de l'action est insatisfait, il établit un rapport qui sera présenté à la prochaine assemblée. La société anonyme est principalement visée parce que la première et la troisième phase de la procédure sont souvent illusoires lorsque l'assemblée et le conseil sont acquis à la cause du dirigeant. En outre, il faudra réorganiser la procédure de l'expertise de gestion.

⁴⁸ Cf. Art. 152 al. 1 de l'AUDSCGIE révisé.

⁴⁹ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 16.

B- La réorganisation de la procédure de l'expertise de gestion

Ici, nous attendons du législateur qu'il renforce l'autonomie de la procédure de l'expertise de gestion (1), qu'il allège l'exigence procédurale en intégrant le juge dans le processus du traitement des résultats de l'expertise de gestion (2) et qu'il prévoit l'infraction d'entrave à l'expertise de gestion (3).

Page | 250

1- Le renforcement souhaité de l'autonomie de l'expertise de gestion

Le renforcement de l'autonomie de la procédure est une nécessité. La rigueur dans la procédure intervient pour écarter les demandes abusives ou des actions de nuisance ou encore parce qu'il réalise un équilibre satisfaisant entre les nécessités de l'information des actionnaires minoritaires et celles de la protection de la société contre un harcèlement judiciaire excessif⁵⁰. Ces arguments ont conduit certains auteurs⁵¹ à proposer la réécriture de l'article 159 de l'AUDSCGIE, dans le sens d'une « *graduation* » de la procédure comme on se situe dans une dynamique de prévention et de protection par le biais de l'information approfondie, qui implique un impératif de temps. Il faudra aussi que le législateur allège la procédure d'expertise de gestion en intégrant le juge dans le traitement des résultats.

2- L'allègement souhaité de l'exigence procédurale en intégrant le juge dans le processus du traitement des résultats de l'expertise de gestion

L'article 160 de l'AUDSCGIE prescrit que le rapport soit adressé au demandeur et aux organes de direction ou d'administration, or inclure le juge permet d'accélérer la procédure au cas où les associés déclenchent les hostilités après ce rapport de l'expert⁵². Pour couronner l'amélioration du contrôle sociétal, il va falloir prévoir l'infraction d'entrave aux travaux de l'expert.

3- La nécessaire incrimination de l'entrave à l'expertise de gestion

En vertu de l'article 160 de l'Acte Uniforme révisé, une fois la mission d'expertise achevée, l'expert commis établit un rapport qu'il communique aux demandeurs, aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes depuis la réforme du 30 janvier 2014. Cette nouveauté n'est pas dénuée d'intérêt parce que si les organes de gestion refusent de

⁵⁰ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, 11ème éd., t. 1, p. 480.

⁵¹ FOKO (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », *op.cit.*, n° 54 et s., pp. 198 et 199.

⁵² THERA (F.), *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op.cit.*, p. 320.

tirer toutes les conclusions du rapport, le commissaire aux comptes pourra le cas échéant, s'en servir pour déclencher la procédure d'alerte⁵³. En effet, lorsque le rapport de l'expert indique des irrégularités de gestion, les associés demandeurs pourront mettre en cause la responsabilité du dirigeant social. Nul doute des conséquences fâcheuses que les actions en responsabilité ont sur la carrière professionnelle des dirigeants d'entreprise. Certains peuvent en profiter pour empêcher l'expert d'accomplir sa mission en lui barrant l'accès aux locaux et aux documents sociaux⁵⁴.

De tels écarts de conduite étant condamnables, l'on saisit pourquoi le législateur français sanctionne depuis 1966, punit des peines d'amende et d'emprisonnement ou de l'une des deux peines, les présidents, directeurs et administrateurs qui font sciemment obstacle aux vérifications des experts en refusant de communiquer les pièces utiles à leurs missions. Il est donc regrettable que le législateur OHADA, résolument inscrit dans la modernité, n'ait pas jusqu'à l'heure actuelle incriminé de tels agissements. Le regret est d'autant plus profond quand on sait que le nouvel acte uniforme renforce la protection des opérations commerciales et des associés en incriminant de nouveaux actes ou omissions des dirigeants sociaux⁵⁵. Il s'agit d'un manquement auquel le législateur africain doit nécessairement remédier.

Conclusion

En somme, il est important de rappeler que les remèdes à l'inefficacité persistante du contrôle sociétal sont, d'un côté, communs à toutes les procédures et, d'un autre, spécifiques à chaque procédure de contrôle. Les remèdes communs à toutes les procédures consistent en l'élargissement du cercle d'initiateurs d'alerte, l'élargissement du périmètre de l'accès à l'expertise de gestion ainsi qu'à la clarification des certains critères de déclenchement en précisant le cadre légal de l'alerte et celui de l'expertise de gestion. Les remèdes spécifiques à chaque procédure pourraient se manifester par la rationalisation souhaitée de la procédure d'alerte et la réorganisation de la procédure de l'expertise de gestion. Cette réorganisation se fera par le renforcement de l'autonomie de la procédure, l'allègement de l'exigence procédurale en intégrant

⁵³ FÉNÉON (A.), *Droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 452.

⁵⁴ TAKAFO-KENFACK (D.), « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée », *op.cit.*, p. 17.

⁵⁵ Les nouvelles infractions consistent pour l'essentiel au défaut de dépôt des états financiers de synthèse, au défaut d'utilisation des identifiants de la société, au manquement à l'obligation de filialisation de succursale après 2 ans, au défaut d'établissement des procès-verbaux des assemblées générales.

le juge dans le processus du traitement des résultats de l'expertise, ainsi que par la nécessaire incrimination de l'entrave à l'expertise de gestion.

In fine, il faut dire que le chantier d'uniformisation du droit est fastidieux. C'est fort de ce constat qu'un auteur affirme opportunément que : « *Je crois que c'est une utopie de penser que l'on puisse arriver sur le plan mondial à une uniformisation du droit. En tout cas, si cela devait se réaliser un jour, ce ne serait pas pour demain. Il suffit de se pencher sur les difficultés qui sont apparues en Europe avec le Traité de Rome (...). On aurait pu penser que toutes les législations allaient rapidement s'uniformiser. Au contraire, le processus s'est révélé très lent. Il est certain que sur le même continent, il y a plus de facilités ; pourtant, si l'on examine comment le droit allemand est conçu et appliqué, il est difficile d'envisager l'existence d'un seul texte applicable en France et en Allemagne (...). Je crois que, derrière les dispositions supranationales, il y aura toujours des dispositions nationales qui prendront en compte les spécificités des pays. Il serait irréaliste de vouloir imposer de manière coercitive la même règle de droit. Qu'il y ait des principes généraux, quelques grandes règles comme celles que le Traité de Rome a mises en place, cela peut se concevoir et, en ce sens, on peut arriver à une certaine unicité [Nous aurions plutôt parlé d'harmonie, l'unicité étant quasiment impossible à réaliser] du droit supranational, mais on ne peut guère aller plus avant.* »⁵⁶. C'est pourquoi il n'est pas illusoire d'effectuer des réflexions afin de jauger l'efficacité du droit communautaire OHADA dans le but d'en proposer des pistes d'amélioration, car à notre sens la garantie de la sécurité devrait être une quête et une reconquête de tous les chercheurs en droit des affaires.

⁵⁶ SAYAG (A.), *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Litec, 1994., p. 75.

La bonne administration de la justice et l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA

The proper administration of justice and the balance of interests in collective proceedings under

OHADA law Page | 253

Par :

MEVA'A Gérard Müller

Docteur en droit privé

Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala-
Cameroun

Résumé :

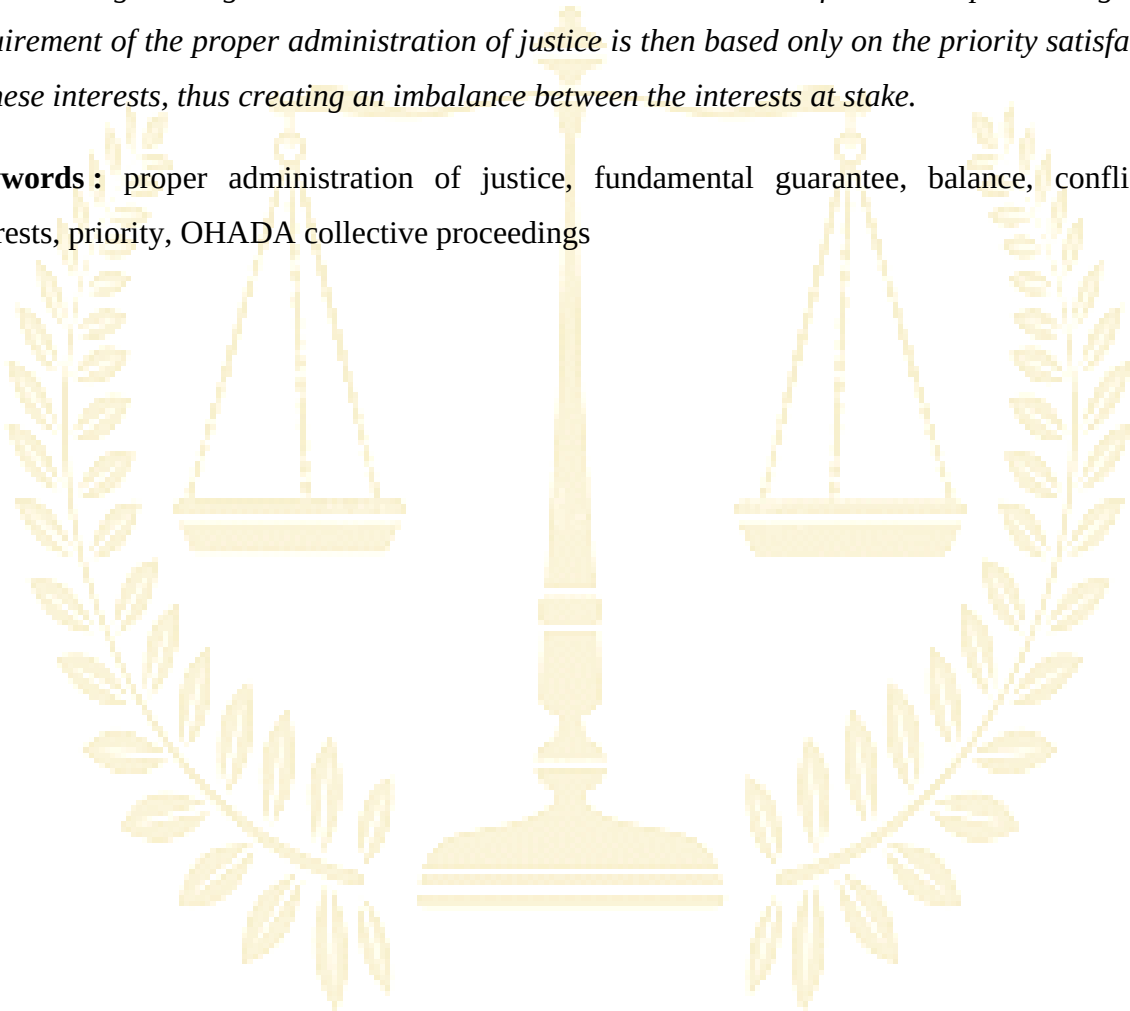
La bonne administration de la justice constitue une exigence fondamentale du droit des affaires. A ce titre, elle intéresse logiquement le droit des procédures collectives. Si l'exigence de la bonne administration de la justice constitue une garantie fondamentale à l'équilibre des intérêts contradictoires en présence dans les procédures collectives, elle n'en demeure pas moins insuffisante, au regard de la priorité que le législateur OHADA accorde à certains intérêts à la survenance d'une procédure collective. L'exigence de la bonne administration de la justice ne repose alors que sur la satisfaction prioritaire de ces intérêts, créant ainsi un déséquilibre entre les intérêts en jeu.

Mots clés : bonne administration de la justice, garantie fondamentale, équilibre, intérêts contradictoires, priorité, procédures collectives OHADA

Abstract :

The proper administration of justice is a fundamental requirement of business law. As such, it is logically relevant to the law of collective proceedings. While the requirement of the proper administration of justice constitutes a fundamental guarantee for the balance of conflicting interests in collective proceedings, it nevertheless remains insufficient, in view of the priority that the Ohada legislator grants to certain interests in the occurrence of collective proceedings. The requirement of the proper administration of justice is then based only on the priority satisfaction of these interests, thus creating an imbalance between the interests at stake.

Keywords : proper administration of justice, fundamental guarantee, balance, conflicting interests, priority, OHADA collective proceedings



Introduction

Dire que la bonne administration de la justice semble se rapprocher des procédures collectives n'est pas illusoire. Notion aux contours non encore entièrement élucidés¹, la bonne administration de la justice entend régler les préoccupations qui, du point de vue des procédures collectives, peuvent se poser. La bonne administration de la justice, qui intéresse la présente étude, laisse transparaître l'idée d'un idéal auquel doit correspondre toute justice². La justice comme idéal a deux variantes : la justice commutative et la justice distributive³. La justice commutative est celle qui préside aux échanges dans les relations d'individu à individu, elle est subjective. La justice distributive quant à elle a pour but la meilleure répartition des richesses et des charges de la cité entre ses différents membres, cette justice est objective. Les procédures collectives ne sont pas fondamentalement étrangères à une telle perception de la justice.

Page | 255

Les procédures collectives se caractérisent par l'aspect collectif, l'aspect conflictuel et par l'intervention judiciaire⁴. L'aspect collectif signifie que les créanciers sont regroupés et soumis à un ensemble de règles destinées à les discipliner afin que leur paiement se fasse dans l'égalité et la justice. Un conflit d'intérêt existe d'une part entre les créanciers et le débiteur ou l'entreprise, d'autre part à l'intérieur d'un groupe de créanciers entre les créanciers chirographaires, les créanciers munis de sûretés et les créanciers pouvant également se prévaloir d'un droit de propriété. L'intervention judiciaire procède du caractère processuel⁵ des procédures collectives. Elles sont traversées aussi bien par le langage que par la technique processuelle. Ainsi, les mots tels que juge, instance, procès, jugement, motivation etc., déterminent ses organes et les différentes phases de son processus. De même, au plan de la technique, la procédure collective commence par la saisine du juge, suit par un procès et comporte une phase d'ouverture qui est celle du jugement. On peut alors y voir des garanties processuelles telles que le contradictoire, le dispositif, la publicité des débats, etc. L'intervention judiciaire est essentielle dans le domaine des procédures collectives car destinée en plus d'assurer l'efficacité et la moralité des procédures, à protéger les

¹ CADIET (L.), *Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé*, Justice et Cassation, 2013, p. 13 ; ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *N° spécial du cinquantenaire, Le droit administratif, des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation*, AJDA, 1995, pp. 117 et s ; FAVRET (J.-M.), « La bonne administration de la justice administrative », *RFDA*, 2004, p. 943.

² GONOD (P.), *Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit public*, Justice et Cassation, 2013, p. 32.

³ TCHAKOUA (J.M.), *Introduction générale au droit camerounais*, Yaoundé, Presses de l'U.C.A.C, 2008, p. 42

⁴ SAWADOGO (F.M.), *Commentaires de l'Acte uniforme portant Organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, EDICEF/Editions FFA, Coll. Ohada/Harmonisation du droit des affaires, 2000.

⁵ Sur cette matière, V. KERE KERE (G.), *Droit civil processuel. La pratique judiciaire au Cameroun et devant la cour commune de justice et d'arbitrage*, éd. SOPECAM, 2006.

intérêts en présence. Son intensité varie suivant qu'il y a ou non cessation des paiements et suivant qu'il s'agit du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Les procédures commerciales et en particulier les procédures collectives en tant que matière du droit processuel ne dérogent pas à toutes ces règles en ce qui concerne ses rapports avec la bonne administration de la justice. Il n'est pas alors vil d'y discuter de la bonne administration de la justice.

Il faut pourtant reconnaître que la finalité particulière des procédures collectives modifie la prise en compte de la bonne administration de la justice. On peut tenter une justification fondée sur cette finalité qui est la sauvegarde des intérêts collectifs. Justement, lorsqu'une entreprise connaît des difficultés, sa situation ne lui est pas individuelle ; elle touche un plus grand nombre d'acteurs que sont les salariés, l'Etat, divers autres créanciers⁶. L'on peut comprendre dans ce cas que les difficultés d'une entreprise soient caractérisées lorsqu'elle est en état de cessation des paiements⁷, c'est-à-dire dans l'impossibilité de payer ses divers créanciers avec son actif disponible⁸. En effet, à ce moment, aucun des créanciers n'a plus l'assurance d'être payé en intégralité, en même temps que le paiement d'un pourrait à lui seul entraîner la ruine de l'entreprise et ainsi, aggraver la situation des autres créanciers. Le recours aux procédures collectives s'impose donc en période de cessation des paiements⁹.

Certes, comme cela est prévu dans les procédures collectives, face à la détérioration de la situation de l'entreprise, il devient une nécessité impérieuse d'établir un équilibre, difficile d'ailleurs¹⁰, entre les impératifs contradictoires en présence¹¹, le maintien de l'emploi, la sauvegarde de l'entreprise¹² et l'apurement du passif. Or, cet équilibre est remis en cause à

⁶ GATSI (J.), « Droit OHADA et la lutte contre la pauvreté », *Revue camerounaise de droit et de science politique*, n° 3, Mars 2011, pp. 61-72.

⁷ NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficultés dans l'AUPC », *Penant*, n° 838, Janvier-Mars 2002, p. 5.

⁸ Article 25 de l'AUPC. A l'issue de la révision du 10 septembre 2015, cette disposition exclut dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements, les situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont bénéficie le débiteur de la part de ses créanciers, lui permettent de faire face à son passif exigible. Lire, pour une vue générale, SAWADOGO (F.M.), « Cessation des paiements », In POUGOUE (P.-G.) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, pp. 520-526 ; DIALLO (B.), « Cessation des paiements du débiteur en OHADA », Note sous Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch civ et com, (BATEC-SARL ET Ent DAR-ES-SALAM c/ SOSACO) *Jurifis Info*, n° Décembre 2010, p. 12. Voir Ohadata J-08-20.

⁹ Cependant la nécessité d'un traitement collectif s'impose même en présence seulement des signes annonciateurs ne révélant pas encore un état de cessation des paiements, article 5 de l'AUPC. Lire FENEON (A.), « Règlement préventif : analyse critique », *Penant*, n°870, Janvier-Mars 2010, p.15 ; NDIAYE MBAYE (M.), « Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit Ohada », *Penant*, n°870, Janvier-Mars 2010, p. 28.

¹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière », *Dr. et patrimoine*, janvier 2005, p. 24, spécialement p. 38.

¹¹ TERRE (F.), « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJC*, 1991, pp. 2 et s.

¹² CHAPUT (Y.), « Du code de commerce à un code de sauvegarde des entreprises », in *Quel code de commerce pour demain ?* BLOCHE (P.) et SCHILLER (S.), Ed. Litec, 2007, p. 216.

l'ouverture des procédures collectives l'accent selon la hiérarchie¹³ qui découle de l'AUPC, étant plus mis sur le sauvetage de l'intérêt supérieur qui est celui de l'entreprise en difficulté¹⁴ ou plus généralement de l'intérêt de l'ordre économique, c'est-à-dire ici, de l'intérêt général et qui impose un traitement collectif¹⁵.

C'est certainement pour essayer d'établir cet équilibre difficile¹⁶, que le législateur a prévu, à côté des mesures de sauvetage de l'entreprise¹⁷, celles qui garantissent aussi la sauvegarde des intérêts individuels¹⁸. Le souci est alors d'éviter toute partialité en faveur de tel ou tel intérêt. Ainsi, la bonne administration de la justice subira des adaptations en fonction des intérêts que l'on rencontre dans les procédures collectives. En effet, la délicate articulation entre la bonne administration de la justice et les procédures collectives n'est pas une tâche aisée. Bien que tout ne semble pas les opposer, loin d'être une tâche facile, la bonne administration de la justice dans les procédures collectives rencontre des difficultés qui, d'un point de vue global, ne sont pas prêtes à s'estomper. Cette situation nous conduit alors dans le cadre de cette réflexion à nous poser la question suivante : la bonne administration de la justice peut-elle réussir à réaliser un équilibre entre les intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA ? La réponse à cette question n'est pas évidente lorsqu'on sait que la notion de bonne administration de la justice n'a pas encore été véritablement stabilisée¹⁹. Toutefois, le défaut de stabilisation de la notion de bonne administration de la justice ne constitue pas nécessairement un obstacle à son application dans les procédures collectives. Ce qui permet d'intégrer dans les procédures collectives des

¹³ SAINT-ALATY-HOUIN (C.), « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, n° 3 du 01^{er} mai 2016 ; TJOUEN (A-F), « La graduation des finalités du droit Ohada des entreprises en difficulté », *RADSP*, Vol. IV, n°08, juill. – déc. 2016, pp. 11-12 ; Cité par MVONDO MVONDO (H.), « L'application du favor contractus par le nouveau droit Ohada des procédures collectives : réflexions à l'aune du rapport bailleur-preneur en difficulté », *Recueil LGA*, n°3, avril 2022, p. 2.

¹⁴ V. Article 1^{er} de l'AUPC qui traite de manière générale des finalités du droit des entreprises en difficulté.

¹⁵ FRISON-ROCHE (M. A.), « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJ com.* 1996. 293.

¹⁶ Le droit des procédures collectives est le domaine de prédilection de toutes sortes de conflits dont le droit ne parvient pas toujours à solutionner de manière équitable. En effet, il existe d'une part un conflit d'intérêt entre les créanciers et le débiteur ou l'entreprise et d'autre part entre les créanciers. Sur ce dernier point, même à l'intérieur du groupe des créanciers, tous ne sont pas logés à la même enseigne. Un traitement particulier est réservé à certains créanciers compte tenu de certains droits qui leur sont spécifiques. V. en ce sens, KOM (J.), *Droit des entreprises en difficultés OHADA, Prévention-Traitement-sanctions*, PUA, Yaoundé, 2013, p. 17.

¹⁷ NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse 3e cycle, Yaoundé II, 1999, pp. 1 et s ;

¹⁸ ROUSSEL-GALLE (Ph.), « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 55-58 ; CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 59-64 ;

¹⁹ MOLO MOLO ABEGA (S.), « Regard dubitatif sur la bonne administration de la justice dans l'espace OHADA », *Ohadata* D-22-03, pp. 1-18 ; BOUSTA (R.), « Pour une approche conceptuelle de la bonne administration de la justice », in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, juin 2019, sur revistas.uexternado.edu.co, consulté le 29 avril 2025 ; FAYE (S.), FARGE (H.), GARREAU (D.), et LUC-THALER (M.), *La bonne administration de la justice*, Dalloz-Sirey, Paris, 2013.

éléments qui ne leur sont pas forcément propres. La bonne administration de la justice, prise comme référentiel, permet d'améliorer toute justice. Les procédures collectives n'en sont pas exemptées.

Les procédures collectives ne peuvent échapper à l'exigence de la bonne administration de la justice. Il y va de leur crédibilité et de leur efficacité. Elles se doivent de respecter les règles qui gouvernent l'exigence de la bonne administration de toute justice. Mais, il ne faut pas se méprendre puisque la bonne administration de la justice dans les procédures collectives n'est pas la bonne administration de la justice étatique. La bonne administration de la justice dans les procédures collectives renferme des particularités qui ne sont pas forcément connues de la justice étatique. Comparativement à la justice étatique dont l'objectif est la résolution des différends²⁰, la bonne administration de la justice dans les procédures collectives tient compte du caractère économique et collectif du traitement procédural des intérêts contradictoires de l'entreprise en difficulté²¹.

La recherche est intéressante sur un double plan : théorique et pratique. Théoriquement, elle laisse entrevoir une forte emprise de l'exigence de la bonne administration de la justice dans les procédures collectives qui s'adaptent à ses règles et méthodes. Pratiquement, elle renseigne à suffisance toutes les parties prenantes sur la sécurité de leurs droits et l'étendue de leurs obligations à la survenance d'une procédure collective. La bonne administration de la justice dans les procédures collectives en droit de l'OHADA, assure l'équilibre entre les intérêts individuels des créanciers et l'intérêt collectif de l'ensemble des parties prenantes à la procédure. Cela nécessite une gestion efficace et transparente de la procédure assurant la protection des droits de chacun et la recherche d'une solution juste et équitable pour toutes les parties concernées. Mais à bien observer, on perçoit une certaine gêne de la bonne administration de la justice à réaliser un équilibre entre les intérêts en présence du fait du sens que le législateur OHADA donne aux procédures collectives, car à l'ouverture de la procédure collective, il consacre la priorité à certains intérêts, créant ainsi, bien que justifiée²², un déséquilibre entre ces intérêts. On peut alors souligner partant de ce qui précède, que la première idée qui se dégage est que l'exigence de la bonne administration de la justice dans les procédures collectives constitue une garantie fondamentale de l'équilibre des intérêts en présence (I), et la seconde idée est que cette exigence de la bonne

²⁰ ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2019, p. 896.

²¹ THERON (J.), « Les règles dérogatoires à la procédure », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, « procès » économique, 2017, p. 133.

²² A l'ouverture de la procédure collective, la priorité est orientée vers le sauvetage de l'entreprise. Ce qui justifie que les autres intérêts soient mis en veille ou à l'écart lorsqu'ils ne cadrent pas ou sont incompatibles avec cet intérêt.

administration de la justice ne constitue pas une garantie suffisante à l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA (II).

I- LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, GARANTIE FONDAMENTALE DE L'EQUILIBRE DES INTERETS EN PRESENCE DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES EN DROIT DE L'OHADA

Page | 259

L'un des principes prônés par la bonne administration de la justice en général est le traitement égalitaire des parties au procès, en ce qu'il permet d'éviter l'arbitraire de tout ordre pouvant perturber leur équilibre. Toutefois, l'existence d'un tel principe ne saurait être nié dans les procédures collectives au regard de leur aspect collectif et égalitaire. A ce titre, à l'ouverture de la procédure collective, l'exigence de la bonne administration de la justice apparaît comme un impératif permettant la garantie du traitement collectif et égalitaire des intérêts en présence (A). Plus encore, elle constitue la boussole de l'office du juge dans la garantie du traitement collectif et égalitaire de ces intérêts (B).

A- L'exigence de la bonne administration de la justice, garantie du traitement collectif et égalitaire des intérêts en présence

Lorsqu'une procédure collective est ouverte, divers intérêts antagonistes s'opposent. En effet, il existe un conflit d'intérêt entre créanciers, mais également entre créanciers et débiteur. Ce qui justifie le traitement commun des intérêts²³ et une atteinte autant aux droits des créanciers qu'aux droits du débiteur, bien qu'à des degrés différents. Sur ce dernier point, afin que nul ne sente lésé, l'exigence de la bonne administration de la justice concourt à la garantie du traitement collectif et égalitaire des intérêts en présence par le biais des mesures prévues par le législateur OHADA. Ces mesures sont perceptibles à travers la suspension des poursuites individuelles des créanciers (1), ainsi qu'à travers la limitation des pouvoirs de gestion du débiteur (2).

1- A travers la suspension des poursuites individuelles des créanciers

L'ouverture d'une procédure collective entraîne la suspension des poursuites individuelles des créanciers. Cette mesure concerne tous les créanciers. Il s'agit notamment de la soumission de tous les créanciers à la discipline collective²⁴ et réunis en une masse représentée par le syndic²⁵.

²³ FRISON-ROCHE (M. A.), « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*

²⁴ SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris 2011, p. 726, n° 1.

²⁵ Article 72 de l'AUPC.

Les créanciers du débiteur en difficultés sont traités de manière égalitaire, peu importe leur situation particulière. En cela, cette procédure s'oppose aux procédures individuelles qui permettent à un créancier de poursuivre seul le recouvrement de sa créance contre un débiteur défaillant²⁶. De même dès que la liquidation des biens est prononcée, les créanciers sont constitués en état d'union²⁷. L'union est dès lors l'état des créanciers groupés pour faire valoir leurs droits. Bien que, la liquidation des biens soit une procédure, qui a pour souci majeur le désintéressement des créanciers, celui-ci ne saurait résulter de l'exercice désordonné par des créanciers de leurs droits. Les créanciers sont dorénavant unis pour liquider l'actif de leur débiteur et se payer sur le produit qui en résultera²⁸.

L'objectif de la suspension des poursuites individuelles est de protéger le débiteur en difficulté. L'arrêt provisoire des poursuites est fondé sur la volonté législative de soumettre l'ensemble des créanciers aux mêmes règles, en conférant ainsi à la procédure un caractère collectif et égalitaire qui ne pourrait pas exister si les créanciers continuaient d'agir séparément pour obtenir paiement de ce qui leur est dû²⁹. La règle est d'ordre public. Il s'agit en d'autres termes d'éviter que les créanciers ne se payent eux-mêmes sur le patrimoine du débiteur et que le paiement ne soit « le prix de la course », c'est-à-dire que les créanciers les plus diligents puissent obtenir paiement au détriment des autres. Les actions isolées des créanciers, bien que titulaires de causes de préférence, agissant en rang dispersé pourraient compromettre les chances du débiteur de reconstituer sa trésorerie pendant la période de continuation de l'activité en vue de son sauvetage et de celui de l'entreprise. Comme le relève un auteur³⁰, ce choix est raisonnable dans la mesure où le démantèlement de l'entreprise serait irréversible tandis que, au contraire, les créanciers peuvent généralement subir un report d'échéance, sans qu'il en résulte pour eux un dommage irréversible.

En vertu du principe d'égalité qui règne entre les créanciers de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure collective, tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture sont en principe astreints à l'obligation de production des créances. Sont concernés par cette production³¹, tous les

²⁶ Article 75 de l'AUPC.

²⁷ Article 146 de l'AUPC.

²⁸ AKONO (A.R.), *Les privilèges dans les procédures collectives : Réflexions à partir des droits OHADA et français des entreprises en difficulté*, Thèse de Doctorat Ph./D en droit privé, Université de Ngaoundéré, 2017, p. 134.

²⁹ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA (A jour de la réforme du 24 décembre 2015)*, P.U.A., 2016, p. 119.

³⁰ GOMEZ (J. R.), *OHADA, Entreprises en difficulté, lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Bajag-Méri, 2003, n° 124.

³¹ Article 78 d l'AUPC.

créanciers chirographaires ou munis de sûretés réelles spéciales, les titulaires d'un droit de revendication ou les créanciers dépourvus d'un titre³². En outre, même si l'Acte uniforme leur accorde un traitement de faveur³³, les créances du Trésor, de l'Administration des douanes et des Organismes de sécurité et de prévoyance sociale même déclarées à titre provisionnel, doivent être produites dans l'optique de respecter la discipline collective.

L'on constate alors que le législateur OHADA essaye de faire un savant dosage d'équilibre entre la prise en compte des droits individuels et le respect de l'intérêt collectif que commande la bonne administration de la justice à l'ouverture d'une procédure collective. En effet, un débiteur défaillant l'est aussi bien à l'encontre des créanciers simples que des créanciers munis de sûreté. La suspension des poursuites permet au débiteur d'envisager sereinement des solutions à sa situation, de telle sorte qu'il ne soit pas poursuivi par les créanciers qui pourraient avoir une incidence sur le sauvetage du débiteur qui a cessé ses paiements. Cette mesure est assez préservatrice de l'intérêt de tous en ce sens qu'elle fait obstacle à l'exercice par les créanciers de leurs droits à l'ouverture de la procédure collective. Sur ce dernier point, en contrepartie des restrictions qui frappent les créanciers à travers la suspension des poursuites individuelles, la liberté d'action du débiteur est également restreinte.

2- A travers la limitation des pouvoirs de gestion du débiteur

La limitation des pouvoirs de gestion du débiteur³⁴ est la contrepartie de la restriction du droit de poursuites individuelles des créanciers. Cela témoigne la preuve ou du souci d'assurer un équilibre entre les intérêts en présence à l'ouverture de la procédure collective. Il ne saurait en être autrement, car on ne peut par souci de préserver l'entreprise en difficultés, interdire toute poursuite contre celle-ci et en même temps permettre le paiement des créanciers dont les demandes ont remis à jour les difficultés de l'entreprise. En effet, la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit assistance obligatoire du débiteur³⁵. De même, la décision qui prononce la liquidation des biens emporte de plein droit représentation du débiteur³⁶. On peut y voir une mesure de justice envers les créanciers et les autres personnes intéressées par la procédure collective.

³² A l'exception du créancier revendiquant et des créanciers d'aliments qui ne sont plus concernés par cette procédure.

³³ Article 81 de l'AUPC.

³⁴ SAWADO (F. M.), « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris 2011, pp. 752 et s.

³⁵ Article 52 de l'AUPC.

³⁶ Article 53 de l'AUPC.

En effet, la limitation vise à empêcher le débiteur d'exercer ses pouvoirs pendant la recherche d'une solution commune aux différents intérêts en présence. Il s'agit d'éviter que le débiteur ne pose certains actes qui lèsent les intérêts des créanciers³⁷. Dès lors, le débiteur ne peut plus poser certains actes³⁸. Sa liberté d'action est restreinte³⁹. Ainsi, il est en particulier interdit au débiteur en règlement préventif sous peine de nullité⁴⁰ de droit de : payer tout ou partie des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure ; de faire des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise ; de consentir des sûretés ; de désintéresser les coobligés, cautions et garants et les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie qui ont payé les créances antérieures à la décision d'ouverture de la procédure. Dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, il lui est également interdit de poser certains actes du fait de la période suspecte⁴¹ dont les plus saillants concernent les transmissions à titre gratuit, les contrats commutatifs déséquilibrés, le paiements des dettes non échues, ainsi que les paiement des dettes échues par des procédés anormaux. En cas de violation de ces interdictions, le débiteur verra les actes passés pendant la période suspecte frappés d'inopposabilité. Une telle mesure est guidée par l'exigence de la bonne administration de la justice. D'ailleurs, cette dernière constitue le manteau dont le juge doit se couvrir dans son office pour assurer indifféremment la mission complexe de satisfaction de tous les intérêts en présence à l'ouverture d'une procédure collective.

B- L'exigence de la bonne administration de la justice, boussole de l'office du juge dans la garantie du traitement collectif et égalitaire des intérêts en présence

Le juge est au centre des procédures collectives⁴². Et dans l'exercice de son office, il y a un besoin permanent de garantir l'équilibre des intérêts en présence. Pour mener à bien cette mission, il est guidé par l'exigence de la bonne administration de la justice. A ce titre, il doit se rassurer que les règles de procédure sont respectées (1). Il est également appelé à contrôler les missions des autres organes de la procédure (2) et prendre des décisions qui s'imposent à toutes les parties prenantes (3).

³⁷ SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, Bruylant, Bruxelles, Juriscope, 2002, p. 65.

³⁸ Les actes d'administration et de disposition.

³⁹ Article 11 de l'AUPC.

⁴⁰ Conformément à l'article 11 de l'AUPC, la nullité remplace désormais l'inopposabilité.

⁴¹ Cette dernière désigne une période au cours de laquelle les actes passés par un débiteur en difficulté sont susceptibles d'être remis en cause. Cette période va de la date de la cessation des paiements, au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La durée de la période suspecte est fixée par le tribunal au moment du jugement d'ouverture, et ne saurait en aucun cas excéder dix-huit (18) mois.

⁴² Article 3 de l'AUPC.

1- Le respect par le juge des règles de procédure

Les règles de procédure à respecter par le juge, justifiées par l'exigence de célérité, reposent essentiellement sur les délais (a) et la restriction des cas d'ouverture des voies de recours (b).

a- Le respect des délais des procédures collectives

Page | 263

En général, on considère qu'une procédure collective est efficace lorsqu'elle contribue à terme, au sauvetage de l'entreprise et au paiement des créanciers. Atteindre ces objectifs exige d'agir dans les meilleurs délais. Les chances de satisfaire les différents intérêts en présence sont fonction de la rapidité avec laquelle les difficultés sont traitées. Dès lors, le juge est tenu de veiller au respect des délais de procédure.

Ainsi, en matière de conciliation, la durée de la conciliation est de trois mois, durée pouvant être exceptionnellement prorogée d'un mois à la demande du débiteur après avis écrit du conciliateur. A l'expiration de ces délais, la conciliation prend fin de plein droit et il ne peut être ouvert de nouvelle conciliation avant l'expiration d'un délai de trois mois. Elle se caractérise par la brièveté des délais de mise en œuvre. Pour ce qui est du règlement préventif, sa durée maximale a été limitée à quatre (4) mois⁴³. Ce délai a été harmonisé avec celui de l'expert, qui a désormais au maximum quatre (4) mois pour établir son rapport contenant l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers, ainsi que le projet de concordat préventif. Il est tenu de respecter ces délais, sous peine d'engager sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers.

L'AUPC limite la durée du redressement judiciaire à six mois, prorogeable de trois mois, une seule fois par la juridiction compétente, d'office ou à la demande du débiteur ou du syndic. Ce qui limite à neuf (9) mois, la durée maximale de la procédure de redressement judiciaire⁴⁴. A l'expiration de ce délai, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens. Cette dernière ne peut plus excéder une durée de deux ans. En principe, la durée de la procédure de liquidation des biens est de dix-huit (18) mois, prorogeable de six (6) mois une seule fois⁴⁵.

En assurant le respect des délais de procédure, le juge veille à l'équilibre des intérêts en présence. Une telle mesure permet aux créanciers de recouvrer rapidement leur liberté d'action⁴⁶.

⁴³ Article 9 de l'AUPC.

⁴⁴ Article 33 alinéa 6 de l'AUPC.

⁴⁵ Article 33 alinéa 3 de l'AUPC.

⁴⁶ CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine, n° 253, décembre 2015, 59.

Quant au débiteur, la conduite des opérations de redressement dans les meilleurs délais a l'avantage de lui permettre de revenir rapidement aux affaires dans l'hypothèse où il revient à meilleure fortune. Tel semble aussi être le cas de la clôture des opérations de liquidation pour insuffisance d'actif. En effet, l'AUPC permet au débiteur honnête⁴⁷ « de rebondir » après la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure⁴⁸. Les mêmes exigences de délais s'appliquent aux procédures simplifiées⁴⁹. Le respect de l'ouverture restrictive des voies de recours participe aussi de cet objectif.

b- Le respect de l'exigence de l'ouverture restrictive des voies de recours

Le souci de protection des intérêts du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives est prolongé par l'ouverture restrictive des voies de recours. Dans cet optique, le législateur OHADA, par dérogation au droit commun des voies de recours, n'en consacre que certaines d'entre elles. Celles reconnues sont encadrées de manière stricte⁵⁰. A ce titre, les parties disposent de la possibilité de faire réexaminer les décisions prises dans le cadre des procédures collectives. Elles bénéficient ainsi du droit de former opposition⁵¹ et appel⁵² desdites décisions. Mais, les délais d'exercice de ces voies de recours sont très brefs⁵³ afin d'éviter que la procédure ne s'éternise. Il faut donner à chacun la possibilité de défendre ses intérêts sans toutefois que cela ne porte atteinte aux intérêts des autres.

Cependant, certaines décisions sont insusceptibles de toute voie de recours⁵⁴. Cette restriction est justifiée par l'objectif de célérité mais également et surtout celui de la protection des intérêts en présence lors de l'ouverture d'une procédure collective. C'est ainsi que pour certaines décisions, le législateur n'autorise aucune voie de recours dans le but d'assurer le déroulement rapide de la procédure. C'est le cas par exemple des décisions relatives à la nomination ou le remplacement du juge-commissaire, la nomination ou la révocation du syndic, à la nomination ou

⁴⁷ Article 174 de l'AUPC.

⁴⁸ MEVA'A (G. M.), « La célérité en droit OHADA des procédures collectives », *Lexbase Afrique-OHADA* n° 55, 12 mai 2022, p. 5.

⁴⁹ Articles 24-24-5, 145-145-10 et 179-179-9 de l'AUPC, respectivement pour le règlement préventif simplifié, le redressement judiciaire simplifié et la liquidation judiciaire simplifiée.

⁵⁰ OBA'A ATYAM (A. M.), *Le temps dans les procédures collectives en droit OHADA*, Thèse de doctorat Ph.D en droit privé, Université de Ngaoundéré, 2020, pp. 336 et s.

⁵¹ V. articles 34, 40 alinéa 3, 68, 69 et 88 de l'AUPC.

⁵² V. articles 129 alinéa 2, 221, 223, 224 de l'AUPC.

⁵³ A titre d'exemple, les décisions relatives au règlement préventif étaient susceptibles d'appel dans un délai de quinze (15) jours à compter de leur prononcé (article 23, alinéa 1 de l'AUPC originel). Avec la réforme les décisions du président de la juridiction compétente relatives au règlement préventif ne peuvent faire l'objet que d'une opposition dans le délai de huit (8) jours à compter de leur prononcé (article 23-1 de l'AUPC révisé).

⁵⁴ Article 216 de l'AUPC.

la révocation des contrôleurs. Dès lors, il revient au juge de s'assurer du respect de cette exigence. Ce regard veilleur du juge s'observe aussi sur les missions des autres organes de la procédure collective.

2- Le contrôle par le juge des missions des autres organes de la procédure collective dans l'intérêt de tous

Page | 265

En procédure collective, le juge exerce un contrôle sur les autres organes de la procédure, notamment le syndic⁵⁵ et les contrôleurs. Le juge, en particulier le juge-commissaire, veille au bon déroulement de la procédure et à la protection des intérêts en jeu⁵⁶. En effet, le traitement des difficultés de l'entreprise en cessation des paiements intervient au travers d'un enjeu qui concerne plusieurs intérêts. Ainsi, le contrôle prend en compte des paramètres objectifs opposés. C'est cela l'objet du contrôle du juge.

Pour ce faire, le juge-commissaire exerce un contrôle sur les organes de la procédure sur plusieurs aspects. Le contrôle du juge peut porter sur la vérification des créances. Il s'agit d'examiner les créances déclarées et de décider de leur admission ou rejet⁵⁷. Concernant l'approbation des actes importants, le juge doit donner son accord pour l'accomplissement de certains actes par les autres organes de la procédure spécialement le syndic⁵⁸, comme la vente des actifs de l'entreprise en difficulté. Il s'assure également que les organes de la procédure comme le syndic, respectent les lois et les règles applicables. Le contrôle du juge-commissaire peut aussi porter sur l'exécution du concordat⁵⁹. De même, il peut être saisi par les organes de la procédure pour trancher les difficultés ou les désaccords⁶⁰. Dans certains cas, le juge peut prononcer des sanctions⁶¹ contre les organes de la procédure en cas de manquement à leurs obligations pouvant compromettre la recherche de l'équilibre entre les parties en présence.

Dans cette optique, le juge-commissaire exerce une autorité sur le syndic et les contrôleurs qui doivent lui rendre compte de leur mission à travers son droit de communication⁶². En ce qui concerne le syndic, il a l'obligation de remettre un rapport écrit sur sa mission et sur le déroulement de la procédure de redressement ou de liquidation des biens au juge-commissaire au moins une

⁵⁵ Article 39 alinéa 5 de l'AUPC.

⁵⁶ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op. cit., p. 45.

⁵⁷ Article 86 alinéa 3 de l'AUPC.

⁵⁸ Articles 111, 148, 149, 151 de l'AUPC.

⁵⁹ Articles 16 alinéa 2 et 138-1 de l'AUPC.

⁶⁰ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op. cit., p. 46.

⁶¹ Articles 43 alinéa 2 de l'AUPC.

⁶² Article 39 de l'AUPC.

(01) fois tous les deux (2) mois⁶³ et, dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui demande. Dans la procédure de règlement préventif, s'il y'a eu désignation du syndic, ce dernier est en principe tenu de contrôler l'exécution du concordat préventif. Le syndic est chargé de s'assurer que le débiteur respecte ses engagements aussi bien dans le paiement des créanciers qu'en ce qui concerne les mesures d'assainissement de l'entreprise. Dans l'hypothèse où le débiteur venait à manquer à ses engagements, le syndic est tenu de le signaler immédiatement au juge-commissaire⁶⁴. De même, le syndic a l'obligation tous les trois mois (03) de rendre compte au juge-commissaire du déroulement des opérations et d'en avertir le débiteur qui, dispose d'un délai de quinze (15) jours pour pouvoir formuler des contestations ou réclamations ainsi que ses observations⁶⁵. Le contrôle du syndic est incontournable quant au succès de la procédure. Le juge-commissaire a le maitre-mot à cette tâche⁶⁶.

Quant aux contrôleurs, comme le syndic, ils rendent compte au juge-commissaire de l'exécution du concordat préventif⁶⁷. Ils peuvent également saisir de toutes contestations relatives à la procédure collective le juge-commissaire sur lesquelles il statue⁶⁸, lorsque celles-ci sont de nature à créer un déséquilibre entre les intérêts en jeu. Pour éviter une telle situation, le juge peut être appelé à prendre des décisions qui s'imposent à toutes les parties prenantes.

3- La prise des décisions s'imposant à toutes les parties prenantes

En matière des procédures collectives, le juge est appelé à prendre des décisions qui s'imposent à toutes les parties prenantes et dans l'intérêt de tous. Ces décisions sont prises à travers ses pouvoirs d'office⁶⁹ quand cela s'avère nécessaire pour la satisfaction de l'intérêt commun. Elles visent à assurer l'équilibre entre les intérêts en présence aussi bien à l'ouverture que pendant le déroulement de la procédure collective.

S'agissant de l'ouverture de la procédure collective, la saisine d'office permet au tribunal de déclencher la procédure collective en cas d'urgence ou lorsque les créanciers ou le débiteur se

⁶³ Lorsqu'il y a continuation de l'activité, le rapport doit indiquer les résultats de l'exploitation. Article 112 alinéa 2 de l'AUPC.

⁶⁴ Article 20 alinéa 1 de l'AUPC.

⁶⁵ Article 20 alinéa 2 de l'AUPC.

⁶⁶ SAWADOGO (F. M.), NIAMBA (M.), « Droit des entreprises en difficulté : Prévention, Procédures collectives, Sanction », du 08 février 2010, p. 109 ; SENGHOR (J.G.M.), « L'office du juge dans le traitement des difficultés des entreprises en droit OHADA », Mémoire de Master, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2016-2017, p. 46.

⁶⁷ Article 20 alinéa 2 de l'AUPC.

⁶⁸ Article 49 alinéa 4 de l'AUPC.

⁶⁹ EFTHYMOS (P.), « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque », *RIDC*, Vol. 39, N° 3, Juillet-Septembre 1987, pp. 705-720.

montrent simplement négligents ou simplement négligents. Certes, comme cela est prévu, tout débiteur en cessation des paiements a l'obligation de saisir la juridiction compétente à l'effet de déclarer sa situation et obtenir l'ouverture d'une procédure soit de redressement judiciaire, soit de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes⁷⁰. Il s'agit d'une obligation légale justifiée par le fait d'une part que le débiteur est le maître de l'affaire et qu'il est censé connaître les difficultés de celle-ci, d'autre part, chacun doit apporter son concours à la réalisation de la justice. Le débiteur doit permettre à la justice d'anticiper sur les difficultés qui risquent d'affecter la chaîne économique. Or quoique cela relève d'une obligation, l'on n'a pas l'assurance que le débiteur y défère spontanément. Le législateur est particulièrement conscient de l'urgence que requiert le traitement de la situation d'une entreprise en difficultés qu'il a ouvert une action aux créanciers dans l'exercice de leur droit de poursuite⁷¹ pour pallier l'inertie probable du débiteur⁷². Mais avec eux non plus on n'a pas l'assurance du déclenchement efficace d'une procédure collective au regard de leur inertie⁷³ et des informations parfois incertaines à leur disposition. C'est certainement pour contourner ces éventualités que le législateur a doté le juge, d'ordinaire neutre, d'un pouvoir d'initiative dans les procédures collectives, que celui-ci exerce à tous les stades de la procédure⁷⁴. Le juge des procédures collectives peut justement s'autosaisir pour déclencher la procédure collective dans l'intérêt de tous.

Le juge peut également recourir à ses pouvoirs d'office pour assurer le bon déroulement de la procédure, notamment lorsqu'il constate une situation d'urgence ou un manquement aux obligations des intervenants à la procédure. Pour ce faire, dans l'intérêt commun, il peut être appelé à prendre d'office selon les cas des mesures d'instruction et des mesures conservatoires, modifier le cours de la procédure hors la demande des parties⁷⁵.

⁷⁰ Article 25 de l'AUPC.

⁷¹ Article 28 de l'AUPC. CA Ouagadougou, n° 061, 19 Décembre 2008 : Société FLEX FASO c/ BACB, Etat Burkinabè et Traore Boubacar, www.ohada.com, *Ohadata* J-10-193.

⁷² Cour d'appel de Bamako, arrêt n° 030-2011 du 29 juin 2011 ; CCJA n° 050/2015 du 27 avril 2015, Banque Européenne d'Investissement (BEI) contre Société Fils et Tissus Naturels d'Afrique FITINA SA. cité par SENGHOR (J.G.M.), « L'office du juge dans le traitement des difficultés des entreprises en droit OHADA », op. cit. p. 14.

⁷³ CCJA n° 032/2011 du 08 décembre 2011, Société Congolaise Arabe Libyenne de Bois dite SOCALIB contre Collectif des Travailleurs de la SOCALIB ; CCJA n°001/2015 du 14 janvier 2015, Société Commission Import-Export dite COMMISIMPEX contre Caisse Nationale de Sécurité Sociale dite CNSS, Cité par SENGHOR (J.G.M.), « L'office du juge dans le traitement des difficultés des entreprises en droit OHADA », op. cit. pp. 17 et 20.

⁷⁴ BIBOUM BIKAY (F.), « Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès », *Juridical Tribune*, Volume 5, Issue 2, December 2015, p. 235.

⁷⁵ BIBOUM BIKAY (F.), *Ibid*, p. 234.

En général, les mesures d'instruction que le juge des procédures collectives ordonne d'office notamment le juge-commissaire rentrent dans la catégorie de l'enquête⁷⁶, l'expertise. Il convient de signaler que nous ne revenons pas sur ces mesures ici car aménagées et précédant l'ouverture d'un traitement curatif, et pouvant intervenir éventuellement au cours de ladite procédure.

Au rang des mesures conservatoires, le juge des procédures collectives peut ordonner d'office l'apposition des scellés sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, magasins et comptoirs du débiteur. S'il s'agit d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables, la mesure peut être prononcée sur les biens de chacun d'eux⁷⁷. La mesure peut également concerner les dirigeants de la personne morale⁷⁸. L'apposition des scellés est prescrite soit dans la décision d'ouverture d'une procédure collective, soit avant cette décision. Ce dernier cas nécessite l'urgence commandé par le comportement du débiteur. L'AUPC qui le prévoit vise la disparition du débiteur ou le détournement de tout ou partie de son actif⁷⁹. Il s'agit d'éviter la distraction, par les personnes susceptibles de répondre du passif de la société, de leurs biens corporels. Cette précaution est également observée s'agissant des biens incorporels⁸⁰. Les mesures conservatoires ont pour but la conservation d'un droit ou d'un bien et nécessitées par l'administration de la procédure collective.

Les pouvoirs d'office du juge s'apprécient aussi au travers de son pouvoir de conversion de la procédure choisie en une autre. Ainsi, en tenant en compte les intérêts en présence, le juge peut d'office convertir un règlement préventif en redressement judiciaire ou liquidation des biens⁸¹. Il peut également passer⁸² d'un redressement judiciaire à la liquidation des biens, de même qu'il peut appliquer d'office à l'entreprise, une liquidation simplifiée au lieu d'une procédure de liquidation de droit commun.

⁷⁶ Article 39 de l'AUPC.

⁷⁷ POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.R.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Collection de droit uniforme, P.U.A., 1999, n°93, p 35. / SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002 n°165, p. 163.

⁷⁸ Pour l'ensemble de ces considérations, TGI du Noun, Jugement n° 21/Civ 2006/2007 : Société SDV Cameroun c/ Société d'Exploitation Forestière du Noun (SEFN), Ohadata J-09-242, note Y. R. KALIEU ELONGO.

⁷⁹ Article 59 alinéa 3 de l'AUPC.

⁸⁰ Article 57 de l'AUPC.

⁸¹ Articles 15 alinéa 1 et 23 alinéa 4 de l'AUPC : la conversion est faite suivant la constatation de la cessation des paiements aussi bien en phase d'homologation du concordat préventif qu'en appel contre la décision d'homologation de ce dernier.

⁸² Articles 33 alinéa 5 et 6 de l'AUPC.

Le juge, dans l'exercice de ses pouvoirs d'office, doit toujours se rassurer d'agir en toute indépendance et impartialité. A ce propos, un auteur⁸³ érigeait le juge en « *archétype du tiers impartial et désintéressé*⁸⁴ » en raison du « *droit à une bonne administration de la justice*⁸⁵ ». Et justement la bonne administration de la justice voudrait que le tribunal compétent en matière des procédures collectives utilise ce pouvoir, sans que cela n'altère son impartialité. Il est donc indéniable que le juge est le garant de l'équilibre entre les intérêts des différentes parties dans les procédures collectives. Il prend des décisions qui s'imposent à tous, en veillant à la protection de l'intérêt général⁸⁶, tel que le prescrit la bonne administration de la justice. Mais l'exigence de la bonne administration de la justice constitue-t-elle une garantie suffisante à l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA ?

II-LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, GARANTIE INSUFFISANTE DE L'EQUILIBRE DES INTERETS EN PRESENCE DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES EN DROIT DE L'OHADA

Derrière la capacité de la bonne administration de la justice à assurer l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives, il y a un besoin permanent d'efficacité de la procédure. En effet, l'efficacité est un déterminant du succès de la procédure collective. Suivant cette logique, l'efficacité d'une procédure collective tient à la satisfaction minimale de toutes les franges qui y ont concouru à travers la bonne administration de la justice. Malheureusement tel n'est pas toujours le cas. Des réalités sont perceptibles. Il est observé dans les procédures collectives que certains intérêts sont prioritaires par rapport à d'autres qui doivent attendre l'issue de la procédure collective. L'exigence de la bonne administration de la justice ne repose alors que sur la satisfaction prioritaire de ces intérêts créant ainsi un déséquilibre entre les intérêts en jeu. Il s'agit du sauvetage de l'entreprise (A) et de certains créanciers qui bénéficient d'un traitement particulier (B).

⁸³ COLSON (R.), *La Fonction de Juger : Etude Historique et Positive*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., Collection Thèse Ecole doctorale CF, p. 350.

⁸⁴ COLSON (R.), *Ibid.*

⁸⁵ Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne du Journal officiel n° C 83 du 30 mars 2010, cité par STRICKLER (Y.), « L'office du juge et les principes. [Autre] Formation Ecole Nationale de la Magistrature » 2012, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512> consulté le 29 avril 2025.

⁸⁶ FATOMA THERA, *L'OHADA et la réforme des procédures collectives d'apurement du passif*, L'Harmattan, 2012, pp. 182 et s.

A- L'exigence de la bonne administration de la justice au profit du sauvetage prioritaire de l'entreprise

La protection de l'intérêt de l'entreprise est l'objectif prioritaire des procédures collectives⁸⁷. C'est sur la base légale que la nécessité de la préservation de l'intérêt prioritaire de l'entreprise est enracinée dans les procédures collectives⁸⁸. A cet effet, la bonne administration de la justice est modelée au profit de cet intérêt. Celui-ci est à l'origine de l'ouverture (1) et l'objectif prioritaire du déroulement (2) de la procédure collective.

Page | 270

1- Objectif prioritaire d'ouverture des procédures collectives

La sauvegarde de l'entreprise est au centre même de l'ouverture d'une procédure collective. Dans cette optique, les procédures susceptibles d'être ouvertes varient selon que l'entreprise est ou non en cessation des paiements.

Lorsqu'elle est sous la menace de la cessation des paiements, la situation de l'entreprise est à l'origine de l'ouverture de la procédure de conciliation et de règlement préventif. La procédure de conciliation est ouverte au débiteur qui connaît des difficultés avérées ou prévisibles sans être toutefois en état de cessation des paiements⁸⁹. Elle est destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder⁹⁰. La procédure de règlement préventif est une procédure destinée en priorité à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice⁹¹. Elle est ouverte au débiteur qui fait face aux difficultés économiques ou financières sérieuses.

Lorsqu'elle est en cessation des paiements⁹², l'objectif prioritaire poursuivi par l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est le sauvetage ou le redressement de l'entreprise débitrice. Bien que la procédure de redressement judiciaire constitue l'une des roches sur laquelle est véritablement construite le sauvetage des entreprises, qui est un objectif d'ordre économique, les deux procédures répondent au même critère de fond qui est la cessation des paiements. Elles sont ouvertes au débiteur, personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile ou commerciale, artisanale ou agricole à toute personne

⁸⁷ Pour plus amples précisions, lire : MEYER (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 855, avril-juin 2006, p.151.

⁸⁸ Article 1^{er} de l'AUPC.

⁸⁹ Article 5-1 alinéa 1 de l'AUPC.

⁹⁰ Article 2 alinéa 1 de l'AUPC.

⁹¹ Article 2 alinéa 2 de l'AUPC.

⁹² Article 25 de l'AUPC.

morale de droit privé, ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui est en état de cessation des paiements. Par ces procédures, le législateur de droit uniforme entend favoriser le sauvetage des entreprises qui ont déjà franchies le « *seuil clinique de la cessation des paiements* »⁹³. Ainsi, la cessation des paiements⁹⁴ et par ricochet le sauvetage de l'entreprise est à l'origine de l'ouverture des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La jurisprudence a décidé s'agissant de la liquidation des biens qu'elle doit être prononcée dès lors que le rapport de l'expert montre qu'une entreprise est en état de cessation des paiements et que le plan de restructuration est irréalisable⁹⁵. Il va de soi parce que l'entreprise est appelée à disparaître. Néanmoins, le sauvetage de l'entreprise demeure l'objectif prioritaire du déroulement des procédures collectives.

2- Objectif prioritaire du déroulement des procédures collectives

La recherche du sauvetage de l'entreprise est l'objectif principal du traitement ou du déroulement des procédures collectives. Cela est perceptible dans la procédure préventive de conciliation. S'agissant de la conciliation, on note que pendant son déroulement, l'objectif recherché est la restructuration de l'entreprise. Cette restructuration s'effectue par le biais des négociations privées qui aboutissent à la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant appelé conciliateur. Dans cette phase, la mission du conciliateur est de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise⁹⁶.

Le sauvetage de l'entreprise est également perceptible à travers la recherche des solutions concordataires de règlement préventif⁹⁷ et de redressement judiciaire⁹⁸. Le concordat constitue la clef de voûte de la procédure destinée à éviter la disparition de l'entreprise. C'est ainsi que le législateur OHADA subordonne le sauvetage des entreprises au dépôt obligatoire d'un projet de concordat sérieux⁹⁹. Le concordat est considéré comme un document qui comporte l'ensemble des

⁹³ SAWADOGO (F. M.), « Commentaire de l'AUPC du 10 avril 1998 », in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, 6ème édition, p. 1136.

⁹⁴ SAWADOGO (F.M.), « La cessation des paiements », op. cit., pp.520 et s, spéc n°1et n°13, p. 520. / BAKARY (D.), « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », OHADATA D- 1064, op. cit.

⁹⁵ CCJA, arrêt n° 022 /2011 du 06 décembre 2011, affaire Cie cotonnière Ivoirienne c/ Tiemoko Koffi et Alain Guillemain ; Juris-Ohadata, n°2/2012, p. 37 ; www.ohada.com, ohadataJ-12-206 ; Répertoire annuel ohada, 2012, p. 167.

⁹⁶ Article 5-5 alinéa 1 de l'AUPC.

⁹⁷ Article 7 de l'AUPC.

⁹⁸ Article 27 de l'AUPC.

⁹⁹ Article 33 alinéa 2 de l'AUPC. Pour un cas où le concordat a été rejeté parce qu'il n'était pas sérieux, Voir Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 040/C du 16 mars 2012, ETS But c/ Moulins d'Afrique, inédit.

mesures de redressement envisagées par le débiteur. Il contient des mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Ces mesures peuvent être économiques et sociales ou managériales. Le concordat est un instrument par lequel les différents intervenants dans ces procédures vont tenter de trouver une solution assurant la sauvegarde prioritaire de l'entreprise et le maintien de l'emploi¹⁰⁰. Le concordat dans ces procédures apparaît comme une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise qui a cessé ou non ses paiements.

Cet objectif de sauvetage ou de redressement de l'entreprise est renforcé à travers un certain nombre de mesures. Ainsi, en plus de l'exigence du caractère sérieux du projet de concordat, une série de règles telles que l'arrêt des poursuites individuelles¹⁰¹, l'interdiction des paiements applicable à l'ensemble des créanciers antérieurs¹⁰², l'association des créanciers publics aux efforts de sauvetage de l'entreprise a été entre autres prévue. Ces mesures permettent à un débiteur, au nom des impératifs de sauvetage socio-économique de ne pas payer momentanément ses dettes¹⁰³. C'est dire que le sauvetage des entreprises est incontestablement fondé sur la recherche de l'efficacité économique. L'enjeu est donc d'assurer la pérennité de l'entreprise et des emplois, sans pour autant, porter des atteintes excessives aux autres parties que sont les créanciers¹⁰⁴.

B- L'exigence de la bonne administration de la justice au profit du traitement particulier de certains créanciers

Bien que la bonne administration de la justice ne s'accommode pas au caractère partial du traitement des créanciers dans les procédures collectives, elle ne l'exclut non plus. Sur ce dernier point, il est alors possible pour certains créanciers de poursuivre le débiteur malgré l'interdiction générale. Certains peuvent exercer leurs garanties à l'ouverture de la procédure collective et d'autres conservent leurs garanties sans pouvoir les exercer. Qu'ils soient antérieurs ou postérieurs, ces créanciers concernent principalement les créanciers titulaires de privilèges (1) et ceux titulaires de sûretés (2).

¹⁰⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, Lextenso Editions, Précis Domat, 9ème éd., 2014, pp. 289-291.

¹⁰¹ Articles 5-12, 9 et 75 de l'AUPC.

¹⁰² Article 11 de l'AUPC.

¹⁰³ RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », D. 1936, Chron., pp. 57-60.

¹⁰⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 84, p. 46.

1- Les créanciers titulaires de privilèges

Les créanciers titulaires de privilèges bénéficient d'un traitement de faveur à l'ouverture de la procédure collective. La première catégorie de créanciers privilégiés que nous aborderons ici c'est le salarié, car la mise en redressement judiciaire d'une entreprise met en jeu, quelle qu'en soit l'issue, les emplois et le paiement des créances salariales. Même en cas d'ouverture d'une procédure collective contre l'employeur, le législateur a tenu compte du caractère alimentaire de la créance de salaire, en la plaçant dans une position super privilégiée. Les salariés jouissent d'une position privilégiée car, le caractère alimentaire du salaire fait que ces derniers doivent être payés sur les premiers recouvrements du syndic. Dans cette optique, *« au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance (...) »*¹⁰⁵. De même l'avant projet d'acte uniforme OHADA portant droit du travail consacre cette mesure dans certaines de ses dispositions¹⁰⁶. Ainsi, les salariés super privilégiés bénéficient d'une priorité de paiement et des garanties de paiement¹⁰⁷. Par ailleurs, une obligation générale de production des créances antérieures ne pèse pas sur les salariés¹⁰⁸. L'AUPC prévoit dans ce sens que *« (...) tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic »*¹⁰⁹. Ceci semble se justifier par le fait que ces derniers sont des créanciers facilement identifiables.

Les créanciers de salaire, par exception à la règle de l'interdiction des paiements, bénéficient dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre de leur employeur du super privilège. Elles doivent alors être payées immédiatement, c'est-à-dire que les sommes dues par l'employeur en exécution du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure collective, même après l'adoption du concordat de redressement, bénéficient du privilège de salaire¹¹⁰. Ce paiement est destiné à la préservation du caractère alimentaire des salaires et la quotité incessible et insaisissable auquel elle correspond. Même si le caractère

¹⁰⁵ Article 96 alinéas 1 et 2 de l'AUPC.

¹⁰⁶ Articles 226 et 231 de l'Avant-projet d'acte uniforme OHADA portant droit du travail.

¹⁰⁷ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op. cit., p. 124.

¹⁰⁸ Cass. com. 8 oct. 2003, R J. com., 2004, 368, obs. Martin-Serf (A.).

¹⁰⁹ Article 78 alinéa 1 de l'AUPC.

¹¹⁰ Article 95 de l'AUPC.

alimentaire de la créance salariale est discuté au sein de la doctrine et de la jurisprudence¹¹¹, il n'en demeure pas moins vrai que le paiement se fait par prélèvement sur l'actif disponible au sein de l'entreprise ou alors sur les premières rentrées de fonds. En cas d'insuffisance des fonds du débiteur, le paiement des salaires peut être pris en charge en tout ou partie par toute personne ou organismes en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens lorsqu'ils existent¹¹².

S'agissant du bailleur d'immeuble, quel que soit le cas, résiliation ou continuation du bail, le bailleur a un privilège pour les douze derniers mois de loyers échus ou à échoir après la décision d'ouverture de la procédure collective¹¹³. Il peut aussi demander le paiement des dommages-intérêts et indemnités pour le préjudice subi dès le prononcé de la résiliation. Même en cas de non résiliation du bail, le bailleur bénéficie des mêmes privilèges¹¹⁴. Mais, dans le cas particulier des loyers à échoir, le bailleur ne peut exiger leur paiement que si les garanties qui lui sont offertes sont jugées insuffisantes¹¹⁵. De plus, le syndic peut sur autorisation du juge-commissaire et selon leur situation vendre les meubles garnissant les lieux loués¹¹⁶. A défaut d'une telle autorisation, si le bail n'est pas résilié et qu'il y a vente ou enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, le privilège du bailleur d'immeuble garantit les mêmes créances et s'exerce de la même façon qu'en cas de résiliation. Le bailleur peut en outre, demander la résiliation du bail qui est de droit. Cependant, en cas de conflit entre le privilège du bailleur et celui du vendeur du fonds de commerce sur certains éléments mobiliers, le privilège de ce dernier l'emporte.

Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure sont également privilégiés en ce que leurs créances devraient avoir un régime particulier. C'est par exemple le cas du privilège de l'argent frais ou du new money¹¹⁷. A l'instar des créanciers de salaires, les créanciers postérieurs¹¹⁸ ne sont pas astreints à l'obligation de production. Leurs créances sont payées au fur et à mesure qu'elles arrivent à échéance, sinon elles sont résolues de plein droit après une mise en demeure du

¹¹¹ AMIZER (B.) et FIN-LANGER (L.), « Le particularisme des créances salariales », *BJED* 2017.1.51.

¹¹² A l'exemple de l'Assurance Générale des Salaires en France.

¹¹³ Article 98 de l'AUPC.

¹¹⁴ Article 111 de l'AUS.

¹¹⁵ Article 98 alinéa 3 de l'AUPC.

¹¹⁶ Article 98 alinéa 4 de l'AUPC.

¹¹⁷ Articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC. Ce privilège est institué en faveur des créanciers qui ont consenti un crédit au débiteur dans le besoin en vue de la pérennité de l'exploitation. L'avantage est étendu aux personnes qui ont apporté un soutien financier au débiteur dans le cadre du concordat préventif ou du concordat de redressement judiciaire. L'objectif est de les rassurer qu'en cas d'ouverture d'une procédure liquidative, ils primeront tous les autres créanciers dans l'ordre de paiement et de répartition des deniers provenant de la vente des immeubles et des meubles du débiteur en référence aux articles 166 et 167 de l'AUPC.

¹¹⁸ Ce sont des créanciers de la masse ou contre la masse, qui font l'objet d'un paiement privilégié c'est-à-dire qu'ils peuvent demander à être payés au comptant.

syndic restée infructueuse. De plus, ils peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle en obtenant une condamnation ou en opérant une saisie-arrêt¹¹⁹. Par ailleurs, l'AUPC prévoit pour eux, un paiement prioritaire¹²⁰ : ils sont payés avant les créanciers antérieurs même si ceux-ci bénéficient de privilèges ou de sûretés. Le régime applicable aux créances postérieures vise à favoriser les créanciers de l'entreprise qui acceptent de l'accompagner tout au long de la procédure, en leur octroyant une faveur, voire une garantie de paiement. Ainsi, ayant participé et permis la continuation de l'activité du débiteur, les créanciers postérieurs ont besoin d'être rassurés quant à la garantie du paiement de leurs créances. Pour cela, ils ont intérêt à demander le bénéfice d'un régime de faveur, issu de la poursuite de l'activité dont le succès peut leur permettre d'obtenir un dividende plus élevé¹²¹.

Par ailleurs, dans le cadre de la liquidation des biens, certains créanciers échappent à l'interdiction d'user de leurs privilèges¹²². C'est le cas du Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociales¹²³. Toutefois, même si l'Acte uniforme leur accorde un traitement de faveur¹²⁴, les créances du Trésor, de l'Administration des douanes et des Organismes de sécurité et de prévoyance sociale même déclarées à titre provisionnel, doivent être produites. Les créanciers titulaires de sûretés ne sont pas en reste du bénéfice d'un traitement particulier.

2- Les créanciers titulaires de sûretés

Les créanciers titulaires de sûretés conservent leurs garanties sans pouvoir les exercer, sauf en cas d'annulation ou de résolution du concordat¹²⁵. La neutralisation des sûretés réelles pendant l'exécution du concordat préventif, de l'accord de conciliation ou du concordat de redressement, n'emporte pas leur extinction ou perte¹²⁶. Ils conservent le bénéfice de leur sûreté, qu'ils aient ou non souscrits à la déclaration des créances et quelle que soit la teneur de cette déclaration, sauf disposition contraire de l'acte uniforme ou s'ils renoncent expressément à leur sûreté¹²⁷. Il s'agit

¹¹⁹ POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y. R.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, op. cit., 64.

¹²⁰ Article 117 de l'AUPC.

¹²¹ SOINNE (B.), « Le bateau ivre », *RPC*, 1997, p. 105, spéc., n° 17.

¹²² AKONO (A.R.), *Les privilèges dans les procédures collectives : Réflexions à partir des droits OHADA et français des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 134.

¹²³ Article 149 alinéa 3 de l'AUPC.

¹²⁴ Article 81 de l'AUPC.

¹²⁵ Articles 139 et 140 de l'AUPC.

¹²⁶ Même si l'on peut craindre qu'après annulation ou résolution du concordat, le débiteur ne revienne pas à meilleure fortune.

¹²⁷ Article 121 de l'AUPC.

entre autre du gage, le nantissement, l'hypothèque, la clause de réserve de propriété. Ces créanciers conservent leurs garanties sans pouvoir les exercer, sauf en cas d'annulation ou de résolution du concordat et sont soumis à l'obligation de déclaration de leurs créances, à l'exception du créancier revendiquant.

S'agissant particulièrement du créancier revendiquant, l'action en revendication¹²⁸ lui permet en tant que propriétaire d'un bien se trouvant en possession du débiteur au moment de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens de reprendre ce bien sans devoir au préalable demander la résolution du contrat. C'est le cas des biens vendus avec clause de réserve de propriété¹²⁹. L'action en revendication doit suivre la procédure prévue¹³⁰, intervenir dans le délai de quatre-vingt-dix jours suivants la deuxième insertion de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné¹³¹. Pour la jurisprudence française, le non-respect du délai est sanctionné par l'impossibilité d'opposer son droit de propriété à la procédure collective¹³², sans que, cela puisse être une entorse au droit de propriété. La sanction de l'absence de revendication dans le délai légal n'est pas « *le transfert du droit de propriété au profit du débiteur mais son inopposabilité à la procédure collective de ce dernier. Il en résulte, notamment, que le propriétaire, qui n'a pas revendiqué son droit dans le délai légal, est fondé à en obtenir la restitution contre le tiers acquéreur de mauvaise foi* »¹³³. La doctrine¹³⁴ quant à elle, pense que la demande en revendication ne doit pas être soumise à la rigueur d'une action en justice car le droit de propriété est un droit exclusif et imprescriptible. En attendant que le législateur OHADA se prononce clairement sur la question, « *l'inopposabilité du droit de propriété* » applicable en droit français peut trouver aussi terrain d'élection en droit OHADA¹³⁵.

D'autres créanciers titulaires de sûretés, bénéficient des protections spécifiques en cas de vente de certains biens du débiteur. C'est le cas par exemple du droit de rétention¹³⁶, qui est le

¹²⁸ KAMSU NENPE (J. M.), « L'action en revendication dans les procédures collectives Ohada », *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, Vol. 6 Issue 1, January – 2021, pp. 2272-2285.

¹²⁹ Article 102 de l'AUPC.

¹³⁰ Articles 101-1 et s de l'AUPC.

¹³¹ Article 101 de l'AUPC.

¹³² Cass. Com., 07 mars 2017, n° 16-22. 000, D. 2017. 645 ; RTD com. 2017. 430, obs. MARTIN-SERF (A.) ; Constitutions 2017. 258, obs. GANTSCHNIG (D.).

¹³³ Cass. Com., 15 déc. 2015, n° 13-25. 566, D. 2016. 69.

¹³⁴ GANTSCHNIG (D.), *Ibidem*.

¹³⁵ KAMSU NENPE (J. M.), « L'action en revendication dans les procédures collectives Ohada », op. cit. p. 2276.

¹³⁶ MAGUEU KAMDEM (J.D.), « Le droit de rétention à l'épreuve des procédures collectives en droit de l'OHADA », *Revue CADI*, n° 048/ Juin 2024, pp. 125-147.

droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains, l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé. Ainsi, lorsqu'une procédure collective est ouverte, le créancier rétenteur est parmi tous les autres créanciers, « celui qui tire le mieux les marrons du feu »¹³⁷. Que ce soit pendant la période de continuation d'activité, de l'exécution d'un concordat, ou encore au cours de la liquidation des biens, le droit de rétention paraît invincible¹³⁸. Cette résistance du droit de rétention à la procédure collective est traditionnelle et s'explique par le pragmatisme du droit des procédures collectives¹³⁹. Le bien retenu est entre les mains d'un tiers, et dès lors qu'il est utile à la continuation de l'activité, il doit pouvoir être récupéré par les organes de la procédure¹⁴⁰. Ce retrait n'est possible qu'à la condition de désintéresser totalement le rétenteur. Ainsi, lorsqu'un bien du débiteur est gagé, nanti, hypothéqué ou affecté d'un droit de rétention conventionnel, il ne peut être retiré par le syndic autorisé par le juge-commissaire qui envisage la vente que contre paiement de ce qui est dû au créancier¹⁴¹. De plus, si la vente de ce bien n'est pas entreprise dans les trois mois suivant le jugement d'ouverture, le créancier nanti ou gagiste peut exercer ou reprendre les poursuites en vue de la vente du bien faisant l'objet de sûreté¹⁴².

Conclusion

De ce qui précède, il s'est avéré que la bonne administration de la justice dans les procédures collectives contribue de manière indéniable à l'équilibre des intérêts en présence. Elle constitue non seulement une garantie du traitement collectif et égalitaire des intérêts en présence à travers une atteinte, bien qu'à des degrés différents aux droits des uns et des autres, mais également un guide pour le juge sur lequel elle s'appuie pour parvenir à un équilibre dans la prise en charge de ces intérêts à travers la prise et le respect des mesures qui s'imposent à tous. Ce procédé consiste alors en une démarche objective à laquelle la bonne administration de la justice essaie de s'adonner. Malheureusement tel n'est pas toujours le cas. Des réalités sont perceptibles. Il est observé dans les procédures collectives que certains intérêts sont prioritaires par rapport à d'autres. L'exigence de la bonne administration de la justice ne repose alors que sur la satisfaction prioritaire de ces intérêts créant ainsi un déséquilibre entre les intérêts en jeu. En cela la bonne

¹³⁷ AKONO (A.R.), « OHADA : les sûretés à l'épreuve de la réforme des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2018, p. 596.

¹³⁸ LE CORRE (P.M.), « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement » D. 2001, p. 2815.

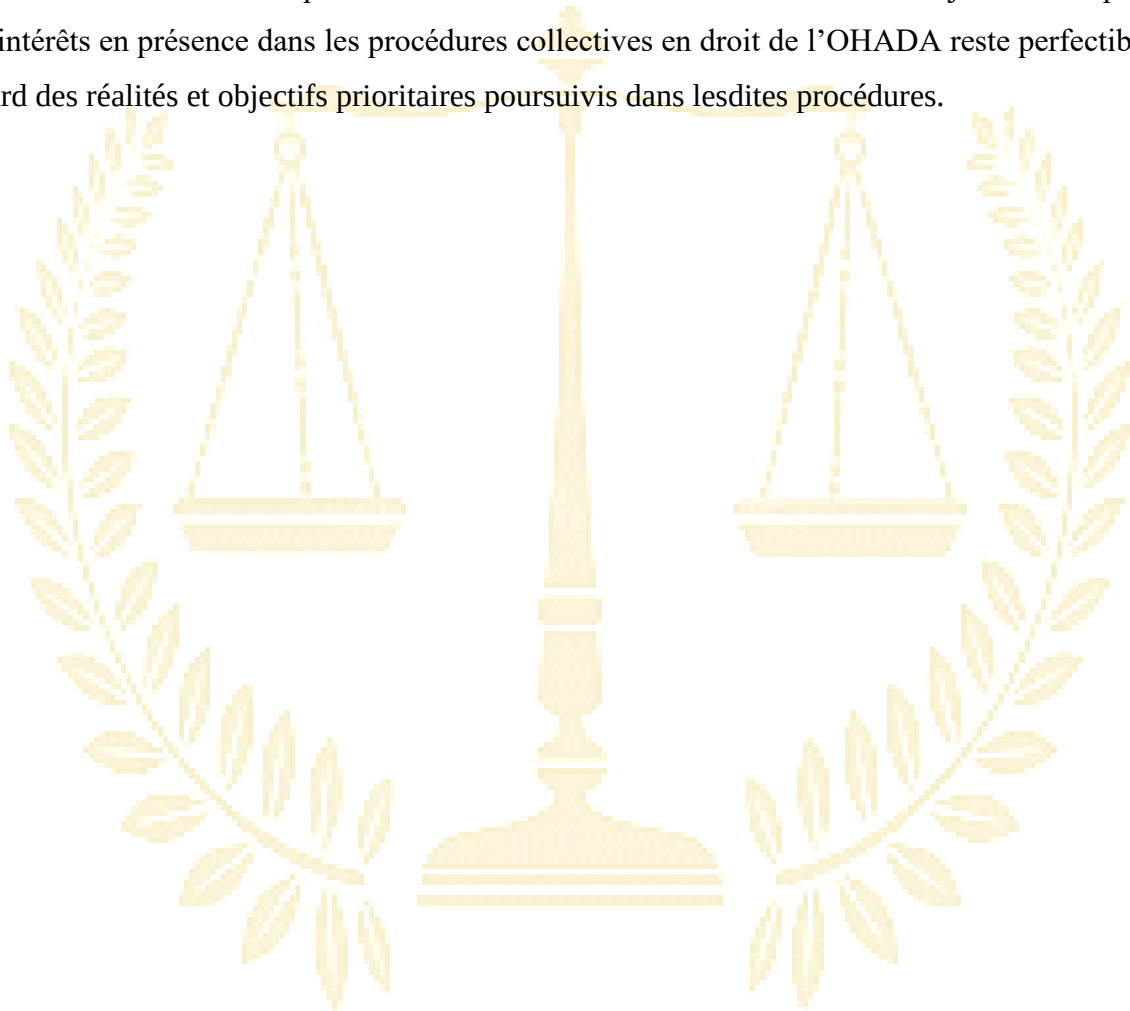
¹³⁹ ROUSSEL GALLE (Ph.), « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *Rev. dr. banc. et fin.*, septembre 2014, Dossier 38, No.19.

¹⁴⁰ ZOEKO (C.M.), *Le droit de rétention dans les procédures collectives*, Mémoire Master Recherche 2012, Université de Ngaoundéré, p.47.

¹⁴¹ Article 149 alinéa 2 de l'AUPC.

¹⁴² KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op. cit., p. 131.

administration de la justice contribue différemment selon la satisfaction de tel ou tel intérêt. Elle peut être bénéfique au débiteur qui cherche à redresser son entreprise, sans égard aux créanciers. De même elle peut être bénéfique à l'endroit de certains créanciers qui cherchent à obtenir paiement, sans se soucier du sort des autres créanciers. Dès lors, avancer par ce procédé consiste en une démarche subjective et partisane à laquelle la bonne administration de la justice ne devrait guère s'adonner. C'est dire que la contribution de la bonne administration de la justice à l'équilibre des intérêts en présence dans les procédures collectives en droit de l'OHADA reste perfectible au regard des réalités et objectifs prioritaires poursuivis dans lesdites procédures.



Règles probatoires et droit d'accès à la justice

Evidential rules and right of access to justice

Par :

TCHIKOUA Isiyakou

Enseignant-chercheur

Page | 279

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala

Résumé :

Principe primaire de la bonne justice, le droit d'accès traduit aussi la prescription fondamentale imputant au législateur l'obligation de pouvoir « assurer à tous les hommes le droit de se faire rendre justice ». Seulement, la promotion voulue d'une telle valeur de justice peut être émaillée de moult restrictions inhérentes aux règles de preuve susceptibles de s'articuler au cours d'un procès, la vétusté de celles-ci aidant, dans une société pourtant ouverte aux mutations scientifiques et technologiques galopantes. Du reste, incitatif pour tout justiciable dans son esprit, le droit d'accès à la justice, lors de sa réalisation peut se révéler contingent sinon nul, à cause de l'influence des règles de preuve, qui peuvent être soulevées dans la conduite de l'instance. De même, si la preuve est à juste titre considérée comme l'« âme du procès », il faut exercer une action en justice afin de la produire. Le droit d'agir peut en ce sens se révéler à son tour nocif à l'examen de la preuve, parce que l'on n'a pas pu accéder au juge. Le propos de cette étude tend ainsi à exposer les interférences probatoires à l'égard du droit d'accès, suggérant par la même occasion l'adaptation de notre régime probatoire au principe de l'effectivité de la justice, qui fort à propos, doit briser les obstacles liés à sa réalisation.

Mots clés : droit d'accès à la justice ; règles de preuve ; preuve.

Abstract :

Primary principle of fair justice, the right of access also reflects the fundamental requirement imposing on the legislator the duty to « ensure that all men have the right to justice. » However, the promotion of such a value of justice can be peppered with many restrictions inherent in the rules of evidence likely to be articulated during a trial, the obsolescence of these rules helping, in a society though open to dynamic scientific and technological changes. Moreover, the right of access to justice, which is incentive for any litigant in his mind, may prove contingent if not null and void when it is exercised, due to the influence of the rules of evidence, which may be raised in the conduct of the proceedings. Similarly, if evidence is rightly considered to be the « soul of the trial », legal action must be taken in order to produce it. The right to act can, in turn, prove harmful to the examination of evidence, because access to the judge is denied. The purpose of this study thus seeks to expose evidentiary interference with the right of access, thereby suggesting the adaptation of our evidentiary system to the principle of the effectiveness of justice, which, quite appropriately, must break down the obstacles linked to its realization.

Page | 280

Keywords : right of access to justice ; rules of evidence ; proof.

Introduction

« Le juriste sert « l'idéal de justice », à l'occasion de la distinction du juste de l'injuste ». Paul ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, n° 24, p. 219 et s.

La « valeur de justice »¹, baromètre de validité de la norme juridique, peut être considérée comme la « fin » du droit, parce qu'elle est là, concrètement, pour cimenter les rapports sociaux et guider les décisions que les édiles qui nous gouvernent sont appelés à prendre². Cet effort de réalisation de l'idéal de justice qui se trouve au cœur du droit³ exige de l'ordre juridique concerné, par le truchement du droit de la preuve, la garantie du libre jeu des intérêts des parties et la bonne administration de la justice⁴. Pour y arriver, il faudrait que par l'observance de l'adage latin *actori incombis probatio*⁵, le plaideur produise la preuve du fait ou de l'acte juridique auxquels sont liés ses droits subjectifs, afin que le juge se trouve dans l'obligation d'appliquer les règles de droit adéquates⁶. C'est la traduction d'une autre célèbre formule latine, *idem est non esse aut probari*⁷.

Autrefois, la justice était considérée comme une tâche surhumaine⁸ et le recours aux preuves irrationnelles à l'instar des ordalies traduisait l'appel au « jugement des dieux ». L'effet escompté était de prononcer la culpabilité ou l'innocence de la partie qui aura soit cédé soit résisté

¹ AMRANI-MEKKI (S.), « Vers une théorie générale de l'indépendance de la justice ? », *Mélanges en l'honneur de François MOLINS, Une vie au service de la justice*, Dalloz, 2024, pp. 183 et s., où l'auteur estime que la justice est à la fois une garantie à assurer et une valeur à poursuivre.

² Lire la préface de monsieur Philippe DELEBECQUE in AKAM AKAM (A.), *Les deux visages de la juridicité. Ecrits sur le droit et la justice en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 9.

³ WANDJI KAMGA (A. – D.), « La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice », Commentaire de l'alinéa 10 du Préambule de la constitution, in ATANGANA AMOUGOU (J. – L.) (dir.), *La Constitution de la République du Cameroun article par article*, préface de Jean du Bois De GAUDUSSON Paris, L'Harmattan, Etudes africaines, Série droit, 2025.

⁴ VOUFFO (P.), « La bonne administration de la justice au Cameroun : la part du juge », *Mosaïque – Revue Panafricaine des Sciences juridiques Comparées*, n° 24, pp. 111-164.

⁵ Il revient au demandeur en justice de rapporter la véracité de ses allégations. Mais au cours de l'instance, chaque partie se revendiquant une prérogative s'oblige à en rapporter de même la preuve y afférente, d'où l'adage *reus in excipiendo fit actor*.

⁶ C'est encore la traduction d'un autre adage latin qui dit : « *Da tibi factum, dabo tibi jus* » et signifie : donne-moi les faits, je te donne le droit. Ici, les faits contenus dans la demande du justiciable commandent la réponse du juge à travers la règle de droit, qui est censée s'y appliquer.

⁷ Ne pas être et ne pas être prouvé est un.

⁸ ARENS (C.), « L'indépendance de la justice et Etat de droit », *Mélanges en l'honneur de François MOLINS, Une vie au service de la justice*, Dalloz, 2024, pp. 209 et s.

à l'émotion⁹ ou encore à l'affliction. Il se laisse clairement apparaître dans cette veine un autre lien, celui de la preuve et la vérité¹⁰.

De nos jours¹¹, une telle pratique est embarrassante, d'où le « *duel judiciaire* » se trouve exercé au moyen des preuves fournies par les parties en présence, au soutien de leurs allégations et par le truchement de règles de preuve plus policées. L'on voit bien que désormais, la « lutte judiciaire » est « *l'hypothèse la plus fréquente et la plus pratique de la réalisation du Droit* »¹². C'est-à-dire le lieu où le droit se réalise au moyen d'un minimum de règles consacrées à cet effet. Ce prétexte permet de préciser que cette étude est singulièrement mais « d'une façon belliqueuse »¹³ axée sur le droit d'accès à la justice dans le cadre d'un recours au juge judiciaire¹⁴, principal destinataire de la preuve dans un procès.

Assurément, cette codification intéresse plusieurs domaines se rapportant au droit de la preuve. Il en va ainsi de la matière civile et commerciale¹⁵ que pénale¹⁶. La matière administrative contentieuse¹⁷ n'est pas du reste, ainsi que la contestation de la juridicité au soutien de la norme

⁹ VIAUT (L.), « Les ordales à l'aune des émotions », *Revue Juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review* juin 2021, n° 3, pp. 162 et s. il faut noter que le serment constitue une autre preuve divine. Mais au contraire de la première qui est subie, le serment fait de son auteur un acteur exprimant une prétention en prenant Dieu à témoin

¹⁰ Sur la vérité en droit, CORNU (G.), Rapport de synthèse, in *La vérité et le droit, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal*, 1987, éditions Association Henri CAPITANT, Economica, 1989, spéc. p. 6 et 7 ; G. DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André TUNC, 2002, n° 24 et en rapport avec la preuve ; MEKKI (M.), « Vérité et preuve. Rapport français », in *La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique*, coll. Travaux Henri Capitant, vol. LXIII, Paris / Bruxelles, LB2V et Bruylant, 2015, pp. 1-34.

¹¹ Avec la moralisation du droit de la preuve, l'usage de certains moyens de preuve est interdit même lorsqu'il s'agit d'une matière relevant du principe de la liberté de la preuve. Il en est ainsi dès lors que ceux-ci portent atteinte à la dignité de la personne humaine comme les moyens que sont l'ordalie et l'aveu de l'ancien système et les procédés scientifiques et techniques modernes tels que l'usage des narcotiques, l'hypnose ou le détecteur de mensonge et la torture ou toute forme de violence.

¹² La formule est de Henry MOTULSKY in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, thèse Paris, 1948, Rééd. Dalloz, 2002, cité par Aline MARCEL, « Les récentes réformes de la procédure civile, facteur d'inapplication du droit ? », in *L'inapplication du droit*, Sous la direction de Romain LE BEUF et Olivier LE BOT, DICE Éditions, octobre 2022, p. 184 ; <https://doi.org/10.4000/books.dice.12117>.

¹³ FRISON – ROCHE (M.- A.), « Le droit d'accès à la justice et au droit », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, p. 522.

¹⁴ Nous n'entendons pas par ces propos nier l'existence ou l'importance des règles de preuve devant l'arbitre ou en dehors de toute contestation non soumise au juge étatique.

¹⁵ Pour l'essentiel, il faudra se référer aux articles 1315 à 1369 du Code civil, de l'AUDCG OHADA en ce qui concerne le droit du fond, et du Code de procédure civile et commerciale pour les questions liées à la procédure.

¹⁶ Cf. : articles 307 et s. CPP.

¹⁷ Pour une lecture exhaustive de l'ordonnancement de la preuve devant le juge administratif, lire FOUMENA (G. T.), *Le juge administratif et la preuve : contribution à l'étude de la construction jurisprudentielle du droit de la preuve au Cameroun*, thèse de droit public, 2015, Université de Yaoundé II – Cameroun ; MENGUE MBOUE 'E.), « L'apport du législateur camerounais à la garantie du droit d'accès à la justice administrative », *Mosaïque – Revue Panafricaine des Sciences juridiques Comparées*, n° 18, 2022, pp. 22-50, où l'auteur insiste notamment sur la réforme des règles procédurales, entre autres actions attendues du législateur.

fondamentale devant le juge constitutionnel¹⁸. Mais il faut désormais dépasser l'analyse comparatiste des procédures relevant de ces différentes matières, au profit d'un droit processuel « irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu important qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale (...)»¹⁹.

La justice est la pierre angulaire d'une société démocratique²⁰. Dès lors, l'accès à la justice, est un concept majeur pour qui s'intéresse aux questions liées à l'effectivité et à l'efficacité de la justice²¹. Surtout, et du point de vue de l'Etat de droit²², l'accès à la justice est un indicateur capital de la bonne qualité de l'organisation, du fonctionnement des institutions juridictionnelles et du respect des droits des justiciables. Ainsi, il exprime d'abord la possibilité de porter une affaire devant une juridiction pour faire valoir ses droits ou demander réparation. Dès lors, ce droit ne doit pas être simplement théorique et abstrait, mais concret et effectif. Il ne doit non plus être compromis par des obstacles juridiques ou financiers liés à l'insuffisance des ressources du plaideur²³. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué l'occasion de relever cette exigence dans une cause à elle soumise²⁴. Le justiciable qui n'en a pas accès est alors tenté de pourfendre la valeur de justice. La conception actuelle de la justice devrait pourtant susciter l'adoption d'une opinion favorable à une conception différente de celle d'une justice déshonorée²⁵.

¹⁸ L'intervention du juge constitutionnel se situe à deux moments procéduraux différents : dans le cadre du contrôle incident, le juge constitutionnel opère un contrôle de la constitutionnalité de la preuve, alors que, dans le cadre du contrôle principal, il examine, en premier et dernier ressort, la preuve apportée devant lui-même, c'est-à-dire la preuve de l'inconstitutionnalité : LEFPOKOULOU (N.), « La légitimation du procès constitutionnel par la preuve : étude de contentieux constitutionnel comparé », *Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel VILLEY*, 2019, 11, p. 30.

¹⁹ GUINCHARD (S.) et al., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 6^e éd. p. 24.

²⁰ NJUTAPVOUI (Z.), *Les droits de la défense dans un procès civil et commercial au Cameroun*, Douala Ed. Veritas, Coll. Droit et Science Politique, 2022, p.7.

²¹ GUINCHARD (S.) et al., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, *op. cit.*, p. 24. Ici, le concept de justice, y lit-on, est dérivé du mot latin « *justicia* », qui signifie non seulement la conformité à la loi, mais aussi ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison ; en ce sens la justice est tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait, une morale.

²² V. cette notion en guise de définition in GATSI (J.), *Nouveau dictionnaire juridique*, Presses Universitaires Libres, 2^{ème} éd., Douala-Cameroun, où l'Etat de droit est « *entendu comme un système axé sur la protection des droits fondamentaux* ».

²³ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd. 2017/2018, *op. cit.* V. droit d'accès au juge.

²⁴ En se référant à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Golder c/ Roy. Uni*, du 21 févr. 1975 a permis à la Cour, à propos d'un détenu placé dans l'impossibilité de contacter un avocat en vue d'intenter une action en diffamation à l'encontre d'un gardien, de rappeler que cet article comporte « un droit d'accès au tribunal »

²⁵ NKOUMVONDO (P.), « La crise de la justice de l'Etat en Afrique noire francophone. Etude des causes du « Divorce » entre la justice et les justiciables, *Penant*, n°824, pp. 208-228.

Droit fondamental²⁶ formellement consacré par divers instruments de promotion des droits, l'accès à la justice se réfère singulièrement à la saisine des juridictions²⁷. Une telle lecture du droit d'accès est pourtant manifestement appelée à évoluer, la justice ne devant pas forcément s'entendre comme le bâtiment dans lequel elle est rendue, ou encore le personnel²⁸ qui est censé la dire et/ou l'appliquer. Dans ce cas, il faudrait distinguer la justice en tant qu'institution de la justice en tant que valeur, parce que de cette dernière acception se conçoit son rapprochement avec le droit et constitue pour lui un idéal à atteindre²⁹. Encore que même si la décision du juge est dite, elle devra en sus être juste. Légitimement, il a été écrit que : « *Rendre la justice consiste essentiellement à dire ce qui est juste dans l'espèce concrète soumise au tribunal*³⁰ ». La garantie des droits n'est pas seulement assurée par la possibilité d'accéder au juge, mais lorsqu'elle est assortie du droit effectif d'obtenir du juge une bonne décision de justice : *jus est ars boni et aequi*.

Mais des règles de preuve dépendent considérablement la légitimité des décisions que chaque partie escompte obtenir à l'occasion d'un procès. Ces règles de preuve s'entendent comme une source de droits et d'obligations juridiques. Pour le juriste en effet, la règle désigne toute norme juridiquement obligatoire assortie de la contrainte étatique, quels que soient sa source, son degré, sa portée ; si bien qu'en ce sens l'exception aussi est une règle³¹. L'on notera en conséquence que les règles de preuve sont toutes celles qui encadrent le travail probatoire, de la recherche des preuves jusqu'à leur appréciation en passant par leur administration. Pour Xavier LAGARDE, « *le droit de la preuve se comprend comme un ensemble de dispositifs conçus comme autant de tests de vraisemblance de la parole des plaideurs ; à charge pour le juge qui les utilise*

²⁶ La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui se présente dans son domaine comme l'idéal à atteindre par les Peuples et les Nations, dispose en son article 8 que : « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». Plus loin, son article 10 souligne que : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* » ; La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de juin 1981 en son Article 7 (1) : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : • le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ; • le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente ; • le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix ; • le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale* » ; dispositif préambulaire constitutionnel de la Loi n° 96-06 du 18 Janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972 telle que révisée le 18 avril 2008 : « *La Loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice* »...

²⁷ La justice est tout de même entendue comme pouvoir judiciaire, c'est-à-dire l'organisation des diverses juridictions chargées d'administrer la justice telle qu'elle est codifiée par la loi.

²⁸ Il s'agit là encore du droit au juge ou bien de la faculté de saisine de ce juge afin de pouvoir jouir effectivement de son droit d'action, quand bien même l'accès au juge ne suffit pas pour constater l'accès au droit.

²⁹ TCHAKOUA (J. – M.), *Introduction générale au droit camerounais*, op. cit., p. 42.

³⁰ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, op. cit., V. Justice.

³¹ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Règle.

de retenir la thèse qui aura le mieux résisté à cette procédure [...] »³². Elles sont donc « destinées à résoudre le problème de l'établissement de la vérité des faits litigieux »³³. Autrement dit, elles sont des « règles qui gouvernent la manière de rechercher, de produire et d'apprécier les preuves à l'occasion d'une action en justice »³⁴.

Cependant, la définition des règles de preuve fait moins l'objet d'étude que leur nature juridique. Règles de preuve et droit de la preuve faisant un, le débat apparaît lorsqu'il s'agit de ranger le droit de la preuve dans les cases du système juridique, de lui accorder le statut de branche du droit. Il faut alors identifier sa nature : substantielle ou processuelle, parce que tellement nombreuses et diverses tant par leur objet³⁵ que par leur origine. Comme la preuve elle-même³⁶, certaines règles de preuve sont d'origine historique et d'autres, plus modernes, issues de l'évolution de la conception civiliste du procès, mais également de l'immixtion croissante des droits fondamentaux dans le droit processuel³⁷. Cette accumulation crée une complexité, car la théorie initialement fondée sur les systèmes en opposition³⁸ s'enrichit de règles et principes nouveaux³⁹ qui ne s'intègrent pas dans les systèmes existants. Mais en réalité, ces règles de preuve

³² LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve – Ce qui change », *JCP / La Semaine Juridique – Edition générale* n° 17, 27 avril 2006, p. 772.

³³ LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préface de Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 1994, spéc. n° 5-7.

³⁴ VERGÈS (E.), VIAL (G.) et LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, no 1.

³⁵ Certaines encadrent les actes juridiques alors que d'autres régissent les faits juridiques.

³⁶ Les positions doctrinales ont toujours été divergentes quant à la nature des preuves : BONNIER considérait que les règles de preuve étaient de pures règles de procédure car, accusant les rédacteurs du Code civil d'avoir aveuglément imité Pothier, il écrivait que « la place naturelle des preuves était au Code de procédure » et remarquait qu'en matière criminelle, les règles de preuve étaient rangées dans le Code d'instruction criminelle, BONNIER (E.), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Hachette, Coll. Sciences sociales, p. 3 ; mais dans l'approche purement civiliste, l'incorporation des règles de preuve dans le Code civil peut se justifier par la compétence du législateur, ce dernier, investi de définir les droits doit en toute logique envisager leur preuve dans le même texte que les règles de fond et c'en serait pour conséquence la dépendance essentielle de la preuve par rapport au droit. LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil*, op. cit., p. 34 ;

V. déjà TCHAKOUA (J. – M.), *Introduction générale au droit camerounais*, Yaoundé – Cameroun, Presses de l'UCAC, 2014, n° 229. Pour l'auteur en effet, ceci peut se comprendre par la nature et le rôle de la preuve dans le commerce juridico-judiciaire. Celle-ci se situe, on le sait à cheval entre le fond du droit et la procédure. D'une part, elle relève du fond du droit, car d'elle dépend le sort du droit ou de la situation juridique querellée. D'autre part, elle dégage des propriétés processuelles, puisqu'elle est administrée selon une procédure bien réglementée ; dans le *Traité de droit civil* de Planiol, on peut lire tout à la fois que « la théorie des preuves confine, d'un côté au droit civil, de l'autre, à la procédure », PLANIOL par RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 1, LGDJ, n° 713. Cette position est partagée par GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 3e éd. 1990, n° 564 ; Cette division est critiquée par les auteurs qui considèrent que la scission entre droit civil et procédure civile est artificielle, elle contrarie l'unité fondamentale de la matière : TERRE, (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9e éd. 2009, n° 568.

³⁷ VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H. ROBERT*, Lexisnexus 2012, p. 853 et s.

³⁸ Notamment la preuve libre et preuve légale

³⁹ Il en est ainsi du principe de loyauté probatoire, du principe du droit à la preuve, du principe du droit à la preuve contraire...

ne se conçoivent pas de la façon la plus aisée qui soit, faute d'une théorie communément admise par la doctrine. D'où la profusion des règles et principes s'articulant autour de la matière sans consensus et structuration véritables. Dès lors, elles peuvent s'interférer dans le rôle de n'importe quelle norme applicable à un procès et susciter un intérêt particulier comme l'a relevé une chronique il y a quelques années dans des propos pour le moins riches en enseignements ⁴⁰.

Ainsi, la fonction stratégique des règles de preuve dans le procès peut s'avérer fluctuante en raison de la variabilité des cas, des intérêts juridiquement protégés ou bien des techniques nouvelles d'obtention des preuves. Règles de preuve et justice dans la fonction juridictionnelle⁴¹ sont, à ce titre, tant et si bien imbriquées que l'accès à la justice est basé sur des preuves dont la qualité et la pertinence guideront et fonderont la religion du juge.

L'on comprend aisément que les liens soient distendus entre le droit d'accès à la justice et les règles de preuve. Cette représentation de la matière offre l'occasion de la soustraire des analyses conduites à rebours de la législation sinon d'une justice « juste ». Pourtant, il ne sera guère réservé une place de choix aux interférences juridico-institutionnelles⁴² en rapport avec le droit d'accès à la justice. Par contre, en abordant la question du droit d'accès dans la représentation qui sous-tend les développements qui suivent, on retrouve un angle de réflexion qui donne une nouvelle pertinence au rapprochement de ces deux éléments ; surtout que le juge doit trouver des solutions qui sont aussi inédites que le problème lui-même, face au populisme⁴³, marque essentielle des procès de nos jours.

La formulation est celle qui consiste à dire qu'il n'est pas inexact d'affirmer et d'exposer les incidences des règles de preuve à l'échelle du droit d'accès à la justice, et vice-versa. Autrement dit, quelles sont les implications exactes d'une telle imbrication entre les règles de preuve et le

⁴⁰ DELEBECQUE (Ph.), BRETZNER (J.-D.) et VASSEUR (Th.), « Droit de la preuve (1) », *Recueil Dalloz*, janvier 2007- juin 2008, p. 2820 : « Dense et féconde ! Tels sont les épithètes qui nous viennent à l'esprit pour qualifier la jurisprudence récente en matière probatoire. Le nombre et surtout l'intérêt des décisions examinées dans ce panorama confirment l'émergence d'une discipline à part entière : le droit de la preuve ».

⁴¹ Sur ce sujet, lire D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Coll. Thèses, 1994, 362 p.

⁴² Les obstacles juridico - institutionnels auxquels l'on fait allusion ici, sont entre autres des restrictions, des conditions et du droit au recours au juge. La première catégorie des obstacles fait partie des positions juridiques subjectives et matérielles de celui qui cherche la protection juridique. Les seconds sont liés aux difficultés rencontrées dans la procédure pour la réalisation des droits des justiciables. Elles se résument en une mauvaise assise du justiciable par rapport à la justice, et s'accroissent davantage par les tares permanentes de la justice, doublée de sa complexité. Mais une deuxième catégorie renvoie à l'assise institutionnelle du service public de la justice et aux considérations sociales. Cette dernière cumule les écueils liés à l'éloignement et au coût de la justice, causes plus ou moins objectives.

⁴³ Lire à ce sujet DENIS (S.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, pp. 48 et s. ; MAZEAU (G.), « Le procès révolutionnaire : naissance d'une justice médiatique (1789 – 1799) », *Le temps des médias*, Nouveau monde éditions, 2010, n° 15.

droit d'accès à la justice ? L'hypothèse consistera à considérer le droit d'accès à la justice comme pouvant aisément s'émanciper du carcan processuel qui le limite à la simple question d'accès au service public de la justice, pour le concevoir comme un droit subjectif, créancier de l'accès à un « droit juste ». Or, les règles probatoires influent sur le droit d'accès à la justice du début jusqu'à la fin du procès. Dès l'impulsion⁴⁴ du procès, elles déterminent la religion que le juge devra se faire de la cause à lui soumise. Du reste, si l'on évince pour le besoin de l'étude la définition matérielle de la justice au profit de son sens moral, l'imbrication des règles de preuve et l'accès à la justice laissent clairement entrevoir deux notions étroitement liées. Cet emboîtement est davantage vérifiable à l'aune des articulations alternatives entre les règles de preuve et le droit d'accès à la justice. Ce propos est un prétexte pour adapter les droits subjectifs des plaideurs au projet de rénovation du droit de la preuve voulu tant par le législateur camerounais que son homologue communautaire de L'OHADA⁴⁵. Ces précisions laissent clairement apparaître un enjeu théorique des règles de preuve à l'égard du droit d'accès à la justice, en même temps que se conçoit une articulation réflexive pratique entre les règles de preuve et le droit d'accès à la justice. Cette dernière proposition permet de mettre en relief une influence certaine des règles de preuve sur le droit d'accès à la justice d'une part (I), en même temps que d'autre part, ce droit d'accès à la justice incide profondément sur les premières (II).

I- L'INFLUENCE DES REGLES DE PREUVE SUR LE DROIT D'ACCES A LA JUSTICE

Comme les règles de formes et les règle de fond, les règles de preuve et le droit d'accès à la justice ne renvoient, *a priori* pas, à la même réalité. Une approche purement processuelle du droit d'accès est ainsi traditionnellement exposée. L'esprit de cette description est d'en déterminer le sens comme n'étant qu'une simple action de saisir le tribunal d'une part, tandis que d'autre part, est mise en exergue une approche nécessairement décisionnelle des règles de preuve en les

⁴⁴ VERGES, (E.), *Procédure civile*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. « Droit en + », 2007, pp. 31-33. Un principe dit d'impulsion a été découvert dans le Code de procédure civile français sous le couvert des articles 1 : « seules les parties introduisent l'instance (...). Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi », et 2 : « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de procédure dans les formes et délais prescrits ». En conséquence, les parties prennent l'initiative de l'action en justice et de mener à bien les actes de procédure nécessaires à l'avancement du procès.

⁴⁵ Sur cette question, lire HOUNKPE (J. C), « Jalons pour un droit de la preuve dans l'espace Ohada, disponible sur www.laabase-lextenso.fr, consulté le 18 août 2025.

déterminant à l'inverse dans leur faculté d'emporter la conviction du juge⁴⁶. Ceci traduit une autonomie supposée tant au plan notionnel que fonctionnel des deux notions pourtant constamment imbriquées.

L'articulation réflexive des deux notions objet de l'étude permet une analyse pratique des actions de ces dernières, l'une sur l'autre, afin de garantir au procès un meilleur niveau de performance et de satisfaction. Pour que cette garantie ne soit pas minimalement observée par les acteurs du procès, il convient aussi bien que l'accès à la justice soit facilitée à l'effet d'être effective et efficace en même temps, par application des règles promotrices des droits consacrées par le droit de la preuve. Ainsi, il n'est pas inexact de noter d'une part que les règles de preuve sont la caution certaine du droit d'accès à la justice (A), et qu'elles constituent d'autre part la condition palpable d'accès à une bonne décision de justice (B).

A- Les règles de preuve : caution du droit d'accès à la justice

Dans tout contentieux, la preuve constitue l'équilibre entre la vérité et la justice. Il arrive cependant que les règles de preuve exercent une influence décisive sur le droit d'accès à la justice ; « expression générique⁴⁷ » qui tend à légitimer une acception limitée de la notion entendue comme la possibilité de saisir une juridiction, alors qu'elle interagit avec les règles de preuve. En questionnant les finalités et les principes du droit de la preuve⁴⁸, une telle influence détermine dès lors ces règles de preuve non seulement comme des facteurs de facilitation de l'accès à la justice (1), mais aussi comme des vecteurs de complexification de ce dernier (2).

1- Les règles de preuve facilitant l'accès concret à la justice

Aussi paradoxalement que cela s'énonce, le droit d'accès à la justice passe par le droit d'accès à la preuve. Certes absent du droit positif camerounais de la preuve, le principe du droit à la preuve constitue une garantie juridictionnelle dans un procès à travers le contrôle *in concreto* de proportionnalité⁴⁹. Dans sa thèse intitulée « *Le droit à la preuve* ⁵⁰ », Madame Aurélie

⁴⁶ Sur l'analyse du rôle du juge dans l'appréciation des preuves, il est indiqué de distinguer le système de la « preuve par intime conviction » de celui de la « preuve légale », AKAM AKAM (A.), « Le juge entre la loi et sa conscience, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ Comme l'écrivait Nicolas MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, Chroniques p. 662. Pour cet auteur, expression élémentaire du souci de sécurité juridique, l'accès au droit est devenu le dogme par excellence. Il ajoute qu'il faut dire que dans cette idée, c'est tout l'Etat de droit qui se trouve agrégé en mobilisant indistinctement l'accès à la justice, à la loi, à l'administration, etc.

⁴⁸ LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve – Ce qui change » *op. cit.*, p. 771.

⁴⁹ VIAL (G.), LHOMOND (C.) et ADAM (P.), « Le droit à la preuve et le principe de loyauté de la preuve : quelle(s) articulation(s) ? », *Revue de droit du travail* 2023, p.156.

⁵⁰ BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, *op. cit.*, n° 29.

BERGEAUD le détermine en s'appuyant sur ses éléments de définition que sont d'une part son contenu, entendu comme l'ensemble des prérogatives qu'il confère à son bénéficiaire⁵¹, et son objet qui est ce sur quoi porte le droit⁵². Formulé depuis 1981, il prend en effet selon Gilles GOUBEAUX⁵³, la forme d'un droit d'obtenir des preuves⁵⁴. Dans sa conception actuelle et la plus répandue, le droit à la preuve se décline en deux principales prérogatives : le droit d'obtenir la preuve, d'une part, et le droit de produire la preuve une fois obtenue, d'autre part⁵⁵.

Partant, il impose d'abord à la partie adverse et aux tiers le devoir de collaborer. Si cette coopération attendue des parties n'est pas spontanément satisfaite, elle peut être imposée par le juge. C'est ici le lieu de souligner le vrai impact de l'office du juge sur le droit d'accès à la justice à travers le droit à la preuve, pourvu que la preuve exigée imprime une influence certaine sur l'issue du procès à travers la réalisation des droits subjectifs du demandeur à la preuve. La conformité de ce propos au droit positif est favorisée par l'article 1315 du Code civil⁵⁶ en ce sens qu'il se conçoit comme une disposition aménageant le risque de preuve. Seulement, ce risque est amenuisé dans l'hypothèse qui est celle du droit à la preuve, la carence du demandeur devant être comblée par une « coopération forcée » de la partie détentrice de l'élément de preuve allégué par ce dernier, sur ordre du juge. Tel est aussi le cas lorsque cet élément de preuve se trouve entre les mains d'un tiers. Ces mécanismes participent ainsi à faciliter l'accès à une bonne décision de justice à leur initiateur.

Mais en raison du lien de subordination qui caractérise le droit social par exemple, la question du jeu des règles de preuve sur l'accès à une bonne justice est beaucoup plus délicate. Pour l'employé notamment, le droit à la preuve n'est pas seulement un droit parmi tant d'autres, c'est un droit stratégique et offensif⁵⁷.

⁵¹ *Idem*, Ici, l'auteure observe c'est le pouvoir d'exiger que l'élément de preuve soit intégré à la matière du procès ou qu'il soit recherché à cette fin.

⁵² *Idem*, Dans ce cas précis, elle souligne qu'il s'agit de l'élément de preuve proposé ou convoité.

⁵³ GOUBEAUX (G.), « Le droit à la preuve », in Charles PERELMAN et P. FORIERS, (dir.), *La preuve en droit, Travaux du centre national de recherche logique*, Etablissements Emile BRUYLANT, 1981, p. 277-301.

⁵⁴ L'auteur justifie cette assertion à travers l'article 10 du Code civil français obligeant tous à participer à la manifestation de la vérité en justice et l'article 145 du Code de procédure civile français sur l'expertise *in futurum* qui établit un droit à la pré-constitution des preuves.

⁵⁵ NKOULOU (Y. S.), « Les transformations de l'administration de la preuve civile. Réflexion à partir de l'article 28 de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun », *op. cit.*, p. 85.

⁵⁶ L'article 1315 du Code civil dispose en effet que : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Mais il doit comprendre toutes les facettes de l'administration de la preuve en justice telles que les présomptions et les nouvelles technologies, notamment.

⁵⁷ VIAL (G.), LHOMOND (C.) et ADAM (P.), « Le droit à la preuve et le principe de loyauté de la preuve : quelle(s) articulation (s) ? », *op. cit.*, p. 162.

La seconde expression du droit à la preuve est la faculté de produire les preuves en justice. Or, l'auteur susmentionné⁵⁸ souligne que le plaideur est souvent déçu car il estime qu'il faut atteindre le juge pour lui soumettre ce qu'il estime être le moyen de preuve d'un fait ; ainsi, le juge du droit qu'est la Cour de cassation se refuse à connaître les preuves des faits, ce qui peut être difficile à comprendre⁵⁹. Ainsi que cela s'offre à noter, le droit positif camerounais, par son évolution consistant à concilier des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice, doit prescrire explicitement un tel principe⁶⁰. Ceci est d'autant plus nécessaire que l'on sache ce à quoi il correspond et que l'on détermine ses éventuels sanctions. Plus encore, il conviendra d'établir une corrélation entre le droit à la preuve, aujourd'hui *lex imperfecta*, et les règles et principes de procédure déjà éprouvés de *lege lata*.

Mais comme ces nombreux télescopages entre droit à l'égalité et droit à la différence⁶¹, une autre signification d'autant plus contestable eu égard au saucissonnage du droit à la preuve a vu le jour au mépris d'un traitement inégal des choses égales. En effet, entendue comme la possibilité qui doit être donnée au défendeur d'obtenir et de produire tous les éléments de preuve qui lui sont favorables afin qu'il puisse se défendre efficacement⁶², cette prérogative est largement consacrée et éprouvée en matière civile⁶³. En procédure pénale, elle fait l'objet d'une énonciation générique⁶⁴. Le mérite de cette formulation réside dans le jeu alternatif des allégations des parties dans un procès, chaque partie supportant le risque de prouver ce qu'elle allègue à l'effet de convaincre le juge. La curiosité du droit à la preuve contraire loge dans la détermination de son bénéficiaire qu'est le défendeur, tout étant fait comme si le demandeur ne le devient pas à son tour, par exemple, face à une demande reconventionnelle émanant du défendeur (*reus in excipiendo fit actor*). En réalité, il n'est qu'un avatar des droits de la défense. Le droit à la preuve et le droit à la

⁵⁸ GOUBEAUX (G.), « Le droit à la preuve », *op. cit.*, p. 277 et s.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Mais un auteur estime qu'en droit camerounais, le droit d'obtenir la preuve n'a pas une grande portée, compte tenu de la reconnaissance parcimonieuse des pouvoirs du juge de mettre en œuvre des mesures d'instruction dans cette optique ; en droit de la consommation surtout, l'article 28 de la loi-cadre, prescrit que le demandeur est dispensé de la charge de la preuve de ses allégations : NKOULOLO (Y. S.), « Les transformations de l'administration de la preuve civile, Réflexion à partir de l'article 28 de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun », *op. cit.*, p. 85.

⁶¹ TERRE (F.), Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 186, p. 155.

⁶² BOLZE (P.), *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, thèse, Université de Nancy 2, 2010, p. 10.

⁶³ Cf. : articles 325, 1283, 1352, 1499, 1731, 2234 du Code civil, notamment. Plus spécifiquement, l'article 102 du Code de procédure civile et commerciale dispose concernant les enquêtes que : « La preuve contraire sera de droit [...] dans le jugement ordonnant l'enquête ».

⁶⁴ L'article 308 b) du Code de procédure pénale dispose en effet que : « Toute preuve contraire d'un fait peut être rapportée par tout moyen ».

preuve contraire expriment le même besoin de justice, les deux s'adressent aux parties en fonction de la position assumée par l'une ou l'autre dans la conduite du procès.

La prise en compte des finalités des règles de preuve doivent guider le juge afin de faire la part des choses, notamment en généralisant la conception du législateur pénal du droit à la preuve contraire. Ce qui permet de le fixer comme le crédo du droit d'accès à la justice.

De même, la consolidation de ce droit d'accès à la justice passe inéluctablement par le pouvoir d'office du juge, servant de relever certains moyens à l'effet de s'éclairer au mieux. En règle générale, le rôle du juge contraste avec la recevabilité des actions *ad exhibendum*, surtout que même en matière pénale, il doit observer en principe la règle *nemo contra se edere tenetur*. Ce pouvoir d'initiative du juge en matière probatoire découle de l'obligation principale que les parties ont la charge de prouver légalement les faits nécessaires au succès de leur prétention. En conséquence, celui qui ne peut prouver le droit revendiqué succombe. Mais il peut arriver que le juge ne reste pas passif face à une telle éventualité. Dans ce cas, il est investi du pouvoir d'ordonner d'office toutes mesures utiles à la manifestation de la vérité et les parties seront tenues de s'y conformer⁶⁵, sauf au juge d'en tirer les conséquences au moment de l'appréciation de l'abstention ou du refus de collaborer, notamment en donnant la solution du litige. L'on note dès lors que l'intervention du juge peut s'opérer dans deux hypothèses. La première est une intervention provoquée par la partie la plus diligente et la deuxième consiste en une intervention de sa propre initiative, sans qu'une partie ne l'ait demandée. Ce pouvoir est reconnu aux juges du fond et consolidé au bénéfice du juge des référés⁶⁶. En ce qui concerne ce dernier, ce pouvoir est renforcé en particulier dès lors qu'il est saisi de manière préventive dans la constitution de la preuve préconstituée, en même temps qu'il peut avoir besoin d'informations complémentaires⁶⁷ avant de statuer. Cette intervention du juge est fondée sur l'appréciation des éléments de fait et de droit de la cause, sans tomber dans la facilité d'une motivation paresseuse, pouvant dénier un effectif droit à la justice.

⁶⁵ Il découle de l'article 101 du CPCC que : « Si les parties sont contraires en faits de nature à être établis par témoins, et dont le tribunal trouve la vérification pertinente et admissible, il ordonnera la preuve, en déterminant l'objet d'une façon précise et fixera la date de l'enquête en audience publique ».

⁶⁶ Art. 101 CPCC : « L'enquête, toujours contradictoire, est soit principale, soit incidente, et peut dans l'un et l'autre cas, s'il y a urgence, être ordonnée par le juge des référés ».

⁶⁷ Mais, le juge ne peut développer une motivation fondée sur la seule absence de preuve de faits que la mesure d'instruction sollicitée avait précisément pour objet d'établir, sans dire en quoi la demande de la société visait à pallier une carence de sa part dans l'administration de la preuve : Com. 5 juin 2019, FS-P+B, n° 17-22.192

En dernière analyse, il arrive que le droit confère à un fait inconnu une vraisemblance sur la base d'un fait connu⁶⁸, ce qui facilite la protection des droits du bénéficiaire de cette technique appelée présomption. Ce mot dérive du latin *praesumptio* qui signifie « anticipation », dont le verbe est *presumere*, c'est-à-dire « appréhender d'avance ». Les présomptions logent aux articles 1349-1353 du Code civil. Mais la technique de la présomption n'exempte pas son bénéficiaire de prouver, elle opère un déplacement de l'objet à prouver parce qu'il faut prouver le fait qui permet de présumer l'autre⁶⁹. En fonction de leur portée protectrice des droits, il faut distinguer les présomptions légales des présomptions judiciaires découlant du raisonnement inductif du juge qui, à partir d'un ou de plusieurs indices connus, tire des conséquences en rapport avec la contestation qui lui est soumise⁷⁰. Ces présomptions du fait de l'homme plongent le juge dans son ministère par appel à sa conscience pour terminer le litige né entre les parties. L'accès à la justice en sera assuré si tant est que le sentiment de justice guide la conscience du juge. En effet, un grand juge est celui qui juge bien, c'est-à-dire celui qui non seulement manie bien les règles de droit qui sont ses instruments mais encore trouve la solution particulière efficace pour éteindre le litige, mais encore arrive à rencontrer, voire à faire naître un sentiment de justice en la personne des parties (...) ⁷¹. Elles sont aussi soit simples soit irréfragables. Les premières sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire pendant que les dernières y résistent. Autrement dit, le bénéficiaire de la présomption simple jouit d'une protection puisqu'il est dispensé du fardeau de la preuve, à charge pour celui ayant intérêt de la combattre d'en rapporter la preuve contraire. Tel est par exemple le cas en matière de la filiation *a padre*, où le législateur a érigé une probabilité de paternité du mari de la mère à l'égard de l'enfant de cette dernière, sauf à prouver par celui ayant intérêt que l'enfant n'est pas né dans une union légale⁷². En revanche, la présomption irréfragable est considérée comme une vérité en soi. Celle-ci est un véritable bouclier juridique ou judiciaire entre les mains de son bénéficiaire, parce qu'elle interdit dans l'absolu au défendeur de renverser la réalité des faits incontestablement établis. Il ne peut dès lors avoir d'obstacle par aucun

⁶⁸ Article 1349 du Code civil : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

⁶⁹ TCHAKOUA (J. – M.), *Introduction générale au droit camerounais*, op. cit., p. 204.

⁷⁰ Article 1353 du Code civil : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat ».

⁷¹ FRISON - ROCHE (A.- M.), « Le juge et le sentiment de justice », *Mélanges Bézard*, 2002, p. 40 et s.

⁷² Article 312 alinéa 1 du Code civil : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Mais le mari peut lui-même contester cette présomption sur le fondement de l'alinéa 2 du même article : « Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme » ; *adde* article 1484 alinéa 1 du Code civil quant à la responsabilité du fait des choses qu'on a sous sa garde.

moyen de preuve à ce type de présomption parce que le lien avec la vérité est constant. Tel est l'exemple de la présomption contenue à l'article 911 du Code civil⁷³. En tout cas, lorsqu'une preuve sera assortie de la mention selon laquelle la preuve contraire n'est pas admissible, elle loge dans l'absolu. Dans le cas contraire, elle peut être détruite par l'aveu judiciaire ou le serment judiciaire. L'accès à la justice est ainsi aisé grâce à cette technique juridique qui se revêt des oripeaux du droit de la preuve en fluidifiant l'accès au droit. Tel n'est pas le cas de toutes les règles de preuve.

2- Les règles de preuve vecteurs de complexification de l'accès à la justice.

En rapport avec l'effectivité du droit d'accès à la justice, les règles de preuve peuvent complexifier le sort du droit défendu. Tel est par exemple la particularité du principe de loyauté probatoire qui s'est construit en marge du droit processuel, lequel peut à la fois se révéler comme un facteur de facilitation et en même temps comme un vecteur de complexification de l'accès à la justice⁷⁴. Un auteur a pu souligner que la référence faite au principe de loyauté, au solde de l'examen de la jurisprudence judiciaire, fait apparaître que ce principe est utilisé directement pour écarter des pièces⁷⁵. Dès lors, sa classification est de ce point de vue difficile et c'est de manière arbitraire qu'il s'analyse sous ce titre. Elle l'est non seulement en raison de sa fluidité conceptuelle⁷⁶, mais davantage de par son influence fluctuante sur les situations multiples auxquelles il est censé s'appliquer. Mais la loyauté n'est pas indissociable du droit. Il s'agit donc d'un principe d'ordre qui traduit l'attachement à certaines valeurs. Le devoir de loyauté est bien connu du droit substantiel⁷⁷. Appliqué au droit de la preuve, il prend toute sa dimension car en effet, la loyauté irradie l'ensemble des contentieux.

Aujourd'hui, le principe du droit à la preuve semble primer sur ce principe de loyauté, en considération d'un spectaculaire revirement de jurisprudence orchestré par l'Assemblée plénière

⁷³ Cf. art. 911 Code civil disposant que : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ».

⁷⁴ LEBORGNE (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996. 535. Allant dans le même sens, il se laisse clairement apparaître chez Aurélie BERGEAUD, qu'en matière probatoire, si la loyauté s'oppose au silence de ceux qui savent, elle condamne à l'inverse l'excès de zèle de ceux qui cherchent, BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, 2010, thèse précit. ; NKOULOU (Y. S.), « Les transformations de l'administration de la preuve civile, Réflexion à partir de l'article 28 de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun », *op. cit.*, pp. 53-88.

⁷⁵ GARREAU (D.), « La loyauté dans la preuve. Un principe résiduel, voire inutile ? », disponible sur le site <https://fr.scribd.com/document/552234750/Loyaute-Dans-La-Preuve-1>, consulté le 2 août 2025.

⁷⁶ VERGES (E.), *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse, Université Aix-Marseille, 2000, p. 430.

⁷⁷ L'article 1134 alinéa 3 du code civil disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

de la Cour de cassation française⁷⁸ en date du 22 décembre 2023. Mais il faut reconnaître que des obstacles peuvent se dresser contre la réalisation du droit à la preuve, comme l'intégrité du corps humain⁷⁹, lorsque la preuve suppose une analyse biologique ou le droit au secret de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et divers secrets juridiquement protégés (médical, bancaire, de correspondance etc.). Toutefois, ces principes ne sont pas absolus et le juge les met en balance avec le droit à la preuve. C'est notamment en ce qui concerne les droits fondamentaux et les droits de la défense⁸⁰ que le propos sied le mieux. Pour cela, l'on comprend que si le respect au droit de la vie privée du salarié tend à s'affaiblir face aux assauts du droit à la preuve par exemple, le rempart de la loyauté probatoire continue de résister vigoureusement⁸¹.

Ce principe de loyauté prescrit en effet que la recherche et l'administration de la preuve doivent se faire, non pas dans le respect de la preuve morale, mais dans celui de la morale de la preuve. Ainsi, le Professeur François TERRE a pu utilement écrire : « *Qu'il y ait ou non limitation légale des modes de preuve, encore faut-il que soit respecté un principe de loyauté* »⁸². Il exige dans cet ordre le respect des dispositions légales et plus encore, les principes moraux susceptibles de faciliter le travail du juge pour une bonne administration de la justice. De la sorte, il borne incontestablement le principe dit de la preuve morale ou bien de la preuve libre et celui du droit à la preuve. Aussi importante que soit en effet la vérité matérielle ou objective, sa recherche ne peut se faire dans n'importe quelle condition. Si les différents procédés de preuve répondent à des règles particulières, il faut cependant reconnaître que de façon plus générale, le droit de la preuve repose sur les concepts de dignité de l'homme et de loyauté dans la conduite de la procédure. C'est sans doute ce qui a fondé les propos de Monsieur Henri MOTULSKY au sujet des droits de la défense, lorsqu'il écrivait que : « *La déloyauté peut d'ailleurs suffire à faire échouer une action quand*

⁷⁸ Ass. Plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648. Dans cette affaire, un salarié avait été licencié sur la base d'un enregistrement clandestin dans lequel il aurait refusé de communiquer à son employeur le suivi de son activité commerciale.

⁷⁹ Une avancée notable a été enregistrée tout récemment par le législateur en adoptant dans ce domaine la Loi n° 2025/009 du 15 juillet 2025 relative au don, au prélèvement et à la greffe de matériel biologique humain au Cameroun ; la Loi n° 2022/008 du 27 avril 2022 relative à la recherche médicale impliquant la personne physique et la loi n° 2003/014 du 22 décembre 2003 régissant la transfusion sanguine au Cameroun, notamment.

⁸⁰ La décision fondatrice de cet assouplissement émane de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 15 mai 2007, où il a été jugé qu'un dossier médical pouvait être produit en justice sans le consentement de la personne concernée, au motif que « toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence » (Com. 15 mai 2007, D. 2007, Pan. 2775, obs. Lepage), puis : Civ. 1re, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, Bull. civ. I, n° 230.

⁸¹ VIAL (G.), LHOMOND (C.) et ADAM (P.), « Le droit à la preuve et le principe de loyauté de la preuve : quelle(s) articulation(s) ? », *Revue de droit du travail*, 2023, p. 156. Mais peut-être plus pour longtemps, d'après ces auteurs.

⁸² TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^{ème} éd. Dalloz, n° 612.

bien-même elle n'attendrait pas l'intensité d'une véritable fraude⁸³. Pour ce faire, le juge vérifie les conditions d'obtention des preuves, avant de les retenir comme moyen de preuve. En conséquence, la partie diligente est fondée à demander au juge d'écarter de la procédure une preuve obtenue de manière déloyale. Ceci constitue un remarquable frein à l'accès à la justice. L'interdiction se justifie aussi par le fait que la preuve escomptée peut s'obtenir non seulement en faisant recours aux autorités judiciaires⁸⁴, mais aussi en informant tout individu d'un potentiel captage d'image, de son ou autre mode de preuve. C'est ainsi qu'il est récurrent de voir à l'entrée de certaines surfaces ouvertes au public ou non la mention suivante : « Espace sous vidéosurveillance ». Ceci satisfait l'exigence de loyauté et de justice.

En matières civile, pénale, commerciale et sociale, les manifestations de ce principe ne sont tout de même pas cohérentes. Par exemple, en matière de divorce, les messages adressés par un époux à un tiers ne sont admis que si l'époux y avait librement accès⁸⁵. Dans le cas contraire, il faut au préalable observer un minimum de prudence. Ainsi, toute personne doit être informée et consentir l'intrusion dont elle fait l'objet. L'usage inattendu des procédés probatoires déloyaux est de nature à rendre inadmissible les preuves qu'ils ont ainsi procurées soit par téléphone, vidéo, face à face, traçage GPS ou le placement des mouchards informatiques ; tout comme les enregistrements audio et vidéo, lorsqu'ils sont réalisés sans consentement préalable. Dans un autre registre, l'inefficacité des moyens de preuve en matière de viol en général et de viol conjugal en particulier est due à de multiples obstacles à l'administration de la preuve par la victime. S'il est vrai que l'administration de la preuve repose sur le principe de liberté de la preuve, il reste qu'en matière d'abus sexuels, la preuve est, par nature, délicate à rapporter. Les faits se produisent la plupart du temps dans la sphère privée et à huis clos. Ce qui induit que dans des cas de viol conjugal, il y a une absence de témoins. De plus, étant donné le caractère particulièrement tabou de la problématique, très peu de victimes se confient au moment des faits et beaucoup gardent le secret, pendant des années voire des décennies⁸⁶.

⁸³ MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in Ecrits, Etudes et Notes de Procédure civile, préface de Georges BOLARD, Paris, Dalloz, p. 73 ; Lire déjà : « Si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas », in Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, Thémis, 22^e éd.2002, n° 188, p. 375 : « Si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas ».

⁸⁴ Le Procureur de la République ou le Juge d'instruction par exemple.

⁸⁵ C'est notamment le cas des réseaux sociaux, du smartphone, des profils en ligne, et de l'absence de mot de passe ou mot de passe connu....

⁸⁶ MOUTIL (F. G.), « La preuve du viol conjugal en droit pénal camerounais », *RARJP*, Vol 2 -N°1 –Janvier 2023, pp. 88 à 108.

Un autre principe à mentionner dans cette étude est celui du contradictoire. Cependant, il faut noter d'entrée de jeu qu'il relève moins du droit de la preuve que du droit processuel⁸⁷. En réalité, il est le principe le plus essentiel de la procédure et les autres ne lui sont qu'accessoires en raison de ce qu'il émane du droit naturel⁸⁸. Son importance n'est plus à démontrer parce qu'il transcende le procès civil pour s'appliquer à l'ensemble des procédures au service de la contradiction⁸⁹.

Tout comme le principe de loyauté probatoire, ses manifestations peuvent aller dans un sens comme dans l'autre. En droit de la preuve, le principe du contradictoire impose aux parties la communication des pièces du dossier et la discussion de celles-ci, et au juge d'en assurer le respect. On voit bien que cette fonction conduit à la manifestation de la vérité. Il est dès lors facile d'accéder à une bonne décision de justice par l'effet de l'observation scrupuleuse de ce principe, parce qu'il est un facteur de communication des preuves en s'appuyant sur le juge pour y parvenir. La partie qui initie cette production de preuve exerce ainsi son droit de la défense par lequel elle doit être informée de l'existence contre elle d'une action en justice pour mieux préparer sa défense. Il faut pour cela respecter le contradictoire, qui est le gage d'une bonne administration de la Justice. Mais ce même principe permet également de demander au juge de refouler du débat celles des preuves qui n'ont pas suivi la procédure exigée. Ceci est conforme à l'exigence selon laquelle le juge ne doit pas examiner les éléments de preuve non versés au débat et ceux qu'il aurait connus de son propre chef⁹⁰. En formulant comme principe que seules les propositions de preuves effectivement produites à l'instance et discutées devant le juge et sous son contrôle seront prises en compte, la partie débitrice de l'obligation de production de la preuve qui aura violé ledit principe empêche un réel accès au droit à son adversaire. Le juge devra en conséquence sanctionner ce comportement contraire à la contradiction, en privant le demandeur défaillant de bénéficier de la régularité des éléments de preuve querellés. On peut noter une exception en droit de la consommation. En effet, *« alors qu'en droit commun, en vertu du principe du contradictoire, une partie pourrait être sommée de produire des preuves à sa disposition, dans le litige l'opposant au professionnel, le*

⁸⁷ Il est implicitement mentionné dans le CPCC qui dispose que les parties peuvent agir et se défendre en matière civile (article 2 CPCC).

⁸⁸ MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », Mélanges ROUBIER, T. 2, p. 175 ; Ecrits, T. 1, p. 60.

⁸⁹ Sur les sens des notions de la « contradiction » et du « principe du contradictoire », MINIATO (L.), Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? « *Recueil Dalloz 2005*, Chroniques p. 2537.

⁹⁰ AYNES (A.) et VUITTON (X.), *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, op. cit., n° 52, p. 31 ; V., Cass. Civ., 28 avr. 1874 : S. 1874, 1, 320

consommateur se trouve, par l'effet de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun -, à l'abri d'une telle mesure »⁹¹.

Dans tous les cas, cette interdiction se double d'une autre règle probatoire qui précise que l'on ne peut produire une preuve assemblée par soi-même pour attaquer son adversaire. Cette règle d'origine jurisprudentielle⁹² a été consacrée en matière de preuve des actes juridiques uniquement⁹³, se fondant sur une légitime méfiance à l'égard des arguments invoqués par le demandeur et d'une nécessaire impartialité et objectivité des éléments de preuve que justifient certains auteurs⁹⁴ par l'interprétation de l'article 1315 du Code civil qui dispose que : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». ainsi, un juge n'a pu se fonder sur des données techniques et des déclarations de salariés de la SNFC pour exonérer cette dernière de toute responsabilité en matière d'obligation de sécurité⁹⁵. Mais en ce qui concerne l'acte authentique, il est en principe difficilement contestable, en ce sens que pour y parvenir il faut absolument arriver à prouver que l'officier public n'a pas personnellement accompli cet acte ou que la constatation n'a pas été faite par lui. Très récemment une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a confirmé cette règle dans une affaire portant sur la valeur probante des examens osseux en présence pourtant de documents authentiques qui établissent la minorité⁹⁶. Aussi, il a été jugé qu'un garagiste ne pouvait invoquer ses seules factures pour que le juge puisse accueillir une demande en paiement⁹⁷. L'enseignement que l'on peut tirer

⁹¹ NKOULOU (Y. S.), « Les transformations de l'administration de la preuve civile Réflexion à partir de l'article 28 de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun », *op. cit.*, p. 76. Ici, l'auteur vise l'article 28 de cette loi qui dispose en effet que : « Dans le cadre de l'instruction de toute procédure relative à la protection du consommateur, la charge de la preuve contraire des faits allégués incombe au vendeur, fournisseur ou prestataire de service ».

⁹² Arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 2 avril 1996 (RTD civ. 1997.136) qui avait formulé le principe « Nul ne peut se constituer une preuve à lui-même ».

⁹³ Sur la critique de l'adage et de son fondement, lire Clémence MOULY-GUILLEMAUD in « La sentence « nul ne peut se constituer une preuve à soi » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.*2007, p. 257.

⁹⁴ LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve - Ce qui change », *op. cit.*, n° 4 et s.

⁹⁵ Civ. 1^{re}, 2 avril 1996, *D* 1996, Somm. p. 329, obs P. DELEBECQUE ; *Petites affiches*, 24 janvier 1997, p. 19, note D. GUTMAN ; *Revue trimestrielle de droit civil* 1999, p. 136, obs. J. MESTRE.

⁹⁶ Crim., 5 janvier 2022, pourvoi n°21-80.516, publié au *Bulletin*. Pour le juge suprême français en effet, « *Il ne relève pas de l'office du juge pénal, saisi d'une contestation portant sur l'âge du prévenu, porteur de documents d'identité et d'état-civil émis dans un Etat étranger, de les analyser et de comparer leur teneur, au regard des règles de la législation civile en vigueur dans le pays d'origine du prévenu, afin d'assurer leur conformité au regard de l'ordre public international* » ; et « *Doit en conséquence être approuvée une cour d'appel qui, ayant souverainement retenu que les documents argués de faux sont authentiques et établissent la minorité du prévenu, ne prend pas en considération l'examen osseux de l'intéressé* ».

⁹⁷ Civ. 2^e, 23 septembre 2004, *Contrat conc. consom.*, janvier 2005, n° 4, obs. L. LEVENEUR. En droit du travail, « *La preuve de la notification au salarié de la rupture d de son contrat de travail à durée déterminée avant l'expiration de la période d'essai ne peut pas émaner du seul représentant légal de l'employeur* », Soc., 11 mai 1999, *JCP* 2000, II 10269, note C. PUIGELIER.

de cette orientation jurisprudentielle est que, contrairement aux actes juridiques, le principe en matière de faits juridiques est qu'ils peuvent être prouvés par tous moyens⁹⁸. Et justement, ce principe limite le droit d'accès à la justice en ce qui concerne la preuve des actes juridiques⁹⁹, et le facilite quant à la preuve des faits juridiques¹⁰⁰.

Mais il y a aussi la « preuve inutile », en ce que la partie apporte une proposition de preuve indexée à un fait qui lui-même n'est pas pertinent. La justice doit être efficace et le juge se refusera alors d'examiner la preuve, puisqu'elle est inutile. De la même façon, il peut arriver que la preuve soit « interdite ». Ces cas dans lesquels le droit se refuse à voir la réalité sont assez rares mais on connaît l'interdiction d'établir les faits de filiation incestueuse¹⁰¹ ou, d'une façon plus générale, l'interdiction de renverser les présomptions irréfragables, catégorie elle-même étroite.

La voie légale tracée de manière normale au profit de tout justiciable peut être truffée d'embûches dans la recherche de la vérité. Aussi ces embûches peuvent se dresser contre la liberté de la preuve,

B- Les règles de preuve : condition d'accès à une bonne décision de justice

Obtenir du juge une bonne décision de justice passe nécessairement par la qualité des preuves (1) et leur efficiente administration (2) devant celui-ci.

1- La qualité des preuves

Les juristes de *common law* font habituellement recours à un adage dont la teneur suit : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »¹⁰². Pour arriver à cet impératif de justice, l'exigence de la preuve à l'occasion d'un procès permet de fixer la religion du juge. Parce qu'elle est « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »¹⁰³, la preuve constitue *ipso facto* le crédo de la bonne administration de la justice, la dépouillant ainsi des oripeaux d'une justice féodale.

⁹⁸ Qu'il s'agisse des délits, quasi-délits ou de quasi-contrats répertoriés à l'article 1348 du Code civil.

⁹⁹ Sur le formalisme qui s'impose à un écrit électronique : Civ 2^e, 13 février 2014, n° 12-16.839.

¹⁰⁰ Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 13-14 295. En contentieux des assurances, il a été jugé que les parties à un contrat ne disposaient pas de la possibilité de tempérer ce principe de liberté, en particulier pour prouver un sinistre

¹⁰¹ Pour une vue panoramique sur la question, lire utilement MILINGO ELLONG (J. J.) et EBELE DIKOR (A. M.), *Le droit camerounais de la famille, entre statisme et dynamisme*, Douala, éd. Véritas, mars 2018, collection Droit et Science politique, pp. 185 et s.

¹⁰² Cet adage peut se traduire par : « La justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit également donner l'apparence d'avoir été rendue ».

¹⁰³ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), Paris, Veuve CAVELIER, t. 1, 1771, p. 204, in ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *Introduction au droit*, Flammarion, Champs Université, 2002, p. 277.

Pour autant, on n'a pas saisi son sens en dépit de ces propos déterminant son importance dans le procès. La difficulté se situe à deux niveaux : l'un concerne son emploi pluriel ou sa polysémie, et l'autre s'articule autour de sa définition. En premier lieu et en rapport avec son caractère polysémique, il importe de souligner que la preuve est une institution - acception théorique - examinée en tant qu'elle est objet d'un droit. Concrètement, les éléments de fait de la cause soumise au juge compétent, à savoir, les faits, les actes et les situations juridiques contestés doivent être prouvés¹⁰⁴. Ensuite, son acception technique l'entend comme un procédé de preuve, le moyen par lequel l'on accède à la preuve afin de la capter, la récolter. Puis enfin, la preuve est comprise comme un résultat dans son acception pratique. Ici, son dynamisme sur le sort du droit querellé, et partant, sa force probante, expriment le rôle joué par la proposition de preuve sur le fond du droit. En deuxième lieu, trouver sa définition légale est d'autant plus laborieux du fait de l'absence de celle-ci dans les textes qui la régissent¹⁰⁵. Et pourtant, depuis son adoption en 1804, une importante évolution de la matière a été enregistrée par ce dernier. Pour ne prendre que cet exemple français, on peut relever la modernisation de la procédure civile amorcée dès les années 1970¹⁰⁶, avec la création de principes contemporains par la Cour de cassation¹⁰⁷. A cela, on peut ajouter le rôle indirect joué par la Cour Européenne des droits de l'Homme¹⁰⁸. Le législateur camerounais n'a non plus daigné opérer la détermination de son sens et a manqué par exemple l'occasion d'y satisfaire à travers la récente Loi n°2005 / 007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale. Pourtant, la multiplication des sources du droit de la preuve et l'apparition de nouvelles règles probatoires marquent les mutations du droit de la preuve¹⁰⁹. Enfin, la preuve peut être définie comme une démonstration intellectuelle et matérielle¹¹⁰ de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi¹¹¹. Mais les concepts fondamentaux du

¹⁰⁴ V. pour une vue générale, LEPAGE (A.), *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, thèse ronéot. Paris XI, 1998.

¹⁰⁵ On notera ainsi, et à titre illustratif, que le législateur originel du Code civil ne loge la définition de la preuve dans aucun des articles consacrés à la matière. Il s'agit des articles 1315 à 1369 dudit Code.

¹⁰⁶ A l'exemple de : MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, p. 91, reproduit in MOTULSKY, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2^{ème} éd., préface de George BOLARD, Dalloz, 2010, pp. 275-304.

¹⁰⁷ Principes du contradictoire, de l'égalité des armes, de la sécurité juridique, des droits de la défense...

¹⁰⁸ Sur l'influence de la CEDH, lire VAN DROOGHEBROECK (S.) *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Larcier, Coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux (57), Vol. 1, pp. 177 et s.

¹⁰⁹ Pour preuve, lire : VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H Robert*, Lexisnexis 2012, p. 853 et s.

¹¹⁰ CADIET (L.) NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, P.U.F., 2^{ème} édition, 2013, n° 250 et s. Où en *common law evidence et proof* se distinguent, le premier terme renvoyant aux moyens de preuve alors que le second désigne davantage le processus.

¹¹¹ CORNU (G.) (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Paris, Puf, Collection Quadrige, 13^e éd. 2020, V. le mot Preuve.

droit de la preuve s'entrechoquent, de telle sorte que l'on peine à distinguer clairement une preuve d'un mode de preuve, ou à différencier les preuves légales de la légalité de la preuve¹¹². Ainsi, l'on emploie très souvent à tort indistinctement moyen de preuve, mode de preuve et procédé de preuve ; quoique les Cours et Tribunaux travaillent pour s'assurer que les éléments de preuve sur lesquels ils s'appuient pour rendre une décision de justice, méritent de se voir accorder ou non un certain poids¹¹³.

C'est en fonction de la qualité des preuves qui sont proposées aux débats que l'on accède à une décision juste. A ce stade, la partie qui a la maîtrise des règles de preuve domine potentiellement le juge par la qualité des preuves qu'elle exhibe à ce dernier. Le juge accède aux revendications ou contestations des droits subjectifs des parties en assurant que la preuve qui les sous-tend est vraie. Ce qui renvoie à considérer que l'administration de la preuve n'est donc autre chose qu'un moment de l'exercice de l'action en justice¹¹⁴. En réalité, le droit d'accès au juge est en même temps un droit à l'examen de la proposition de l'élément probatoire produit au soutien de l'allégation de chaque partie. D'ailleurs, l'action en justice est entendue non pas comme un simple recours¹¹⁵, mais comme étant un pouvoir légal par lequel une personne peut saisir un organe juridictionnel pour « *l'obliger* » à l'entendre sur le fond du droit et à dire si sa prétention est bien ou mal fondée¹¹⁶. L'on a pu soutenir cette orientation de l'analyse en affirmant que : « *De même que le droit d'agir en justice emporte avec lui le droit de soumettre au juge les éléments propres à justifier les prétentions, de même il implique le droit de produire ses preuves afin que le juge les apprécie*¹¹⁷ ».

Mais une fois les preuves recueillies dans le respect des normes probatoires, leur administration devra aussi l'être dans l'optique d'un bon rendement.

¹¹² VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », *op. cit.* p. 853.

¹¹³ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd. 2017/2018, où les auteurs, en son sens restreint en revanche, définissent la preuve comme le procédé utilisé à cette fin.

¹¹⁴ LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *JCP/La semaine juridique – Ed. Gén.* n°17, 27 avril 2005, n° 9, p. 775.

¹¹⁵ Même si c'est le cas en droit administratif. Aussi faut-il ajouter qu'en matière administrative, le recours peut être adressé à l'administration. Dans ce cas il s'agira d'un recours hiérarchique ou d'un recours gracieux préalable, qui sont orientés vers des autorités devant rétracter ou modifier un acte administratif par une décision n'ayant pas autorité de chose jugée. Est en revanche une action en justice un recours contentieux qui est orienté vers le juge administratif.

¹¹⁶ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 12^e édition, n° 535.

¹¹⁷ LAGARDE (X.), « Finalité et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *op. cit.*, n° 9.

2- L'administration efficiente des preuves

Le droit d'accès à la justice et l'administration de la preuve font un, du moins en procédure civile, où il revient aux parties de faire l'effort qu'exige leur demande, principale ou reconventionnelle, le juge observant à son tour une retenue. Il n'est certes pas sage de négliger l'ascension d'un interventionnisme probatoire du juge basé sur le respect de la contradiction et l'apparition d'un certain « droit à la preuve ». Mais de nos jours, le juge demeure libre d'ordonner des mesures en vue de produire la preuve devant étayer la cause examinée. Il importe ainsi de souligner qu'il ne revient pas au juge de suppléer la carence des parties¹¹⁸. La preuve est de ce point de vue un moyen de certification de l'allégation des parties. Il s'agit là d'une consécration d'un droit subjectif dont le juge ne saurait manier à sa guise. Et comme souligné ci-haut, le droit à la preuve (non pas celui de la recherche de preuve, mais celui de la produire) est de ce point de vue primordial dans la conduite du procès, si bien que, comme il l'a été relevé : « *La primauté du droit à la preuve est subordonnée à cette exigence que la pièce en cause constitue l'unique mode de preuve offert à la partie sur laquelle pèse le fardeau probatoire et au respect du principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à soi-même, étant précisé que ce principe est inapplicable à la preuve d'un fait juridique*¹¹⁹ ».

Si l'on admet que traditionnellement, les règles de preuve et le droit d'accès à la justice ne sont pas des notions contradictoires ni même divergentes, la chose ne se laisse pour autant pas aisément saisir en raison de ce que chacun l'envisage non pas de façon globale, mais d'une manière partisane. Il conviendra en conséquence de noter que les imbrications entretenues par les deux notions sont la preuve d'une riche et intense interactivité. En tout état de cause, demande en justice et preuve ne font qu'un et leur articulation est fortement réflexive. Il n'est pas inutile de confesser que la justice est plus une question de preuve que de vérité¹²⁰, la vérité n'étant pas toujours la meilleure défense. Du reste, si l'on évince pour le besoin de l'étude la définition matérielle de la justice au profit de son sens moral, l'imbrication des règles de preuve et l'accès à la justice laissent

¹¹⁸ Le juge d'instruction a pourtant un rôle bien différent dans la conduite du procès pénal. Il dispose en effet de pouvoirs de police très larges, se présentant parfois comme la partie demanderesse sous l'impulsion du ministère public.

¹¹⁹ LAGARDE (X.), « Finalité et principes du droit de la preuve. Ce qui change », *op. cit.*, n° 9.

¹²⁰ On notera par exemple que dans le système où un jury est requis, la vérité n'est pas toujours la meilleure défense. Ici, la dimension sociale de la preuve est de mise, l'acquiescement ou la désapprobation du groupe social ayant une forte influence sur l'issue du procès. Telle est par ailleurs la position du sociologue Henry Lévy-Bruhl qui estime à juste titre que prouver c'est aussi « faire approuver ».

clairement entrevoir deux notions étroitement liées. Cet emboîtement est davantage vérifiable à l'aune des articulations alternatives entre les règles de preuve et le droit d'accès à la justice.

En général, la sanction du défaut d'accomplissement des actes de procédure dans les conditions requises réside dans le rejet des pièces tardives ou encore, l'irrecevabilité des conclusions et pièces qui est prononcée d'office ou bien dès l'ordonnance de clôture. L'on peut y ajouter la radiation de l'affaire du rôle. Mais en matière probatoire, il importe de souligner que ces manquements emportent la sanction de l'auteur du manquement dans sa personne et la sanction atteignant la preuve elle-même.

De tout ce qui précède, on constate que l'absence de preuve compromet l'accès à une bonne décision de justice et l'influence des règles de preuve sur le droit d'accès est certaine à travers des éléments déterminants qui conditionnant l'accès à la justice, soit en le fortifiant soit en l'amenuisant. Seulement, cette influence est réversible.

II-L'INCIDENCE DU DROIT D'ACCES A LA JUSTICE SUR LES REGLES DE PREUVE

L'autonomie supposée des règles de preuve à l'égard du droit d'accès à la justice est inopérante au regard de l'influence du dernier sur les premières. Ceci étant, la subordination des règles de preuve au droit d'accès à la justice d'une part (A) et l'accès à la justice comme condition d'effective opérationnalité des règles de preuve (B) constitueront les axes de cette partie.

A- La subordination des règles de preuve au droit d'accès à la justice

L'exigence processuelle de mobilisation préalable des pièces de la cause d'une part (1) et, l'exigence de l'examen de la preuve en rapport avec le fond de la contestation d'autre part (2), sont des données qui permettent d'éprouver le propos.

1- L'accès à la justice : préalable à la mobilisation des preuves

Autant l'on ne saurait administrer une preuve devant le juge qu'à partir du moment où on a accès à celui-ci, autant la finalité de cet accès est d'obtenir de lui une décision après avoir préalablement exercé contradictoirement son droit de prouver. Toute juridiction applique des règles et principes définis par les normes juridiques en vigueur, à l'occasion des contestations qu'elle est censée trancher tant en procédure contentieuse que gracieuse. En principe, tout Etat a le devoir d'ériger des normes pour régler les litiges nés de la coexistence des individus en société

dans le cadre d'un service public de la justice¹²¹. Pour ce faire, il doit non seulement donner une assise légale et égale¹²² aux droits et devoirs à travers les règles de fond, mais encore, il doit mettre en place des règles de forme pour assurer aux plaideurs une garantie substantielle. Pourtant, cette garantie peut s'amenuiser ou disparaître du fait de l'incidence des mécanismes régissant le droit subjectif qu'est le droit d'accès à la justice. Il convient de rappeler que dans son acception première, ce droit est entendu comme « l'accès à la justice » ou « l'accès au tribunal » ou encore « l'accès au juge », afin que ce dernier, institué pour examiner les litiges par voie de jugement à l'issue d'une contestation dans un cadre procédural bien défini, y mette terme. Cependant, l'étude a révélé ci-haut que cette approche devrait être rallongée, parce que trop réductrice pour fonder la réflexion qu'elle met en perspective. Ainsi, elle entend s'émanciper du simple fait de nommer un ensemble d'institutions ou bien de l'envisager comme le droit au juge¹²³, entendu comme *le pouvoir de saisir le juge ou le pouvoir de se faire concrètement entendre, voire d'obtenir du juge une décision juste*.

Cette précision faite, notons que le droit d'action a tout de même une forte influence sur le droit d'accès et en conséquence un effet décisif sur les règles de preuve devant être observées. En effet, l'action en justice est nécessairement préalable à l'administration des preuves.

En premier lieu, soulignons que celui qui ne l'exerce pas ne peut valablement obtenir du juge, puisque non saisi, l'appréciation de ses propositions de preuves. A ce titre, le jeu des règles de preuve est nul sur les droits en vertu desquels le justiciable entend exiger le respect. Nous voyons dès lors que l'action en justice, l'examen des preuves et la conviction du juge sont imbriquées si bien que la force des règles de preuve peut s'amenuiser par le déploiement des mécanismes purement formels. Pourtant, le résultat escompté de l'action exercée devant une juridiction est la reconnaissance des droits soumis à un examen probatoire par le juge compétent. Au défaut du droit d'agir est opposée la fermeté dans le constat de l'absence du droit à l'examen de la preuve à administrer, ou bien, comme dit ci-haut l'absence du droit à la preuve¹²⁴ ; et la référence faite au droit à la preuve tient à ce que l'intervention du juge à la demande de la partie

¹²¹ ZANGA (M. J.), « Le standard africain de la protection juridictionnelle interne des droits de l'Homme », *Revue Africaine des Sciences Politiques et Sociales* N° 41 – février 2023, p. 1.

¹²² Sur le droit égal à la justice, lire CADIET (L.) et alii, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 145.

¹²³ Lire à ce sujet : LE FRIANT (M.), « L'accès à la justice », in *Droits et libertés fondamentaux*, Rémy CABRILLAC et alii, Dalloz, 3^{ème} Ed., pp. 269 et s ; BARANES (W.), « Les grands principes spécifiques au procès administratif », in *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., pp. 357 et s ; GUIMDO DONGMO (B-R), « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol. 4, N° 1, 2007, pp. 169 et s.

¹²⁴ Pour une complète compréhension du droit à la preuve, lire utilement BERGEAD (A.), *Le droit à la preuve*, Thèse Montesquieu-Bordeaux IV, LGDJ, 2010.

diligente ou d'office pour prescrire une assistance à la preuve afin d'étayer ou parfaire sa conviction sur les points de fait dont dépend la solution du litige, n'est possible que si ce dernier est régulièrement saisi par une demande en justice. Techniquement, le droit d'action est le paravent du droit d'accès. On voit bien que la règle de preuve n'est pas mise en œuvre à ce stade. Quid de la preuve ?

Ceci conduit à caractériser l'importance de ce droit d'action dans l'isolation des règles de preuve. Il l'est doublement d'ailleurs. En tant qu'outil processuel, le droit de saisir le juge est un instrument d'effectivité des droits fondamentaux et par conséquent un instrument processuel fondamental en soi¹²⁵. Dans cette veine, la titularité d'un droit fondamental substantiel implique la titularité du droit d'action processuel correspondant. Ce qui implique qu'est en jeu ici, non pas seulement les droits fondamentaux, mais davantage la concrétisation du droit¹²⁶.

En deuxième lieu, le droit d'accès à la justice ne se traduit pas seulement par la saisine du juge au moyen de l'introduction de la demande en justice. Elle peut revêtir une attitude non pas seulement défensive ou passive du défendeur, mais plutôt elle peut constituer un élan offensif. De ce point de vue, la partie défenderesse, parce que visée dans sa personne ou dans son patrimoine par l'action initiale, est juridiquement investi du pouvoir de contester cette action. A juste titre, un auteur a pu affirmer que « *les droits de la défense sont une forme d'accès à la justice, non seulement parce qu'on estime que le droit de contredire est lui-même un droit d'action mais encore lorsqu'on affirme leur spécificité*¹²⁷ ». Plus encore, la contradiction est ce qui confère à l'action en justice son effectivité. Contradiction dans son sens littéral entendu comme la contestation du droit au juge ; mais plus encore dans sa signification juridique, saisi comme le principe le plus essentiel de la procédure¹²⁸. Bien entendu, le ton est donné par le préambule constitutionnel avant application dans les différents contentieux, lorsqu'elle prescrit que : « *nul ne peut être poursuivi, arrêté ou détenu que dans les cas et selon les formes déterminées par la loi* » ou encore « *tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie au cours d'un procès conduit dans le strict respect des droits de la défense* ».

¹²⁵ FRISON-ROCHE (M. – A.) et COULON (J. – M.), « Le droit d'accès à la justice », in *Libertés et droits fondamentaux*, 10^{ème} éd. n° 597.

¹²⁶ MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, pp. 215-230.

¹²⁷ WIEDERKHER (G.), « La notion d'accès en justice selon l'article 30 nouveau du Code de procédure civile », *Mélanges P. HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 949-958.

¹²⁸ Il est le principe le plus essentiel de la procédure parce qu'il est un droit naturel et tous les autres lui sont accessoires d'une part, et d'autre part, parce qu'il n'est pas réservé à une seule procédure. Il est commun à toutes les procédures : civile, pénale, administrative...

Le droit d'accès à la justice et les règles de preuve sont toujours très étroitement liés, même si les questions de la preuve peuvent se soulever en dehors de tout procès¹²⁹. L'on n'a jamais songé à soutenir que l'accès à la justice et les règles de preuve sont étrangers l'un à l'autre. Mais, ce qui marque l'actualité, c'est leur union de plus en plus serrée que leur contrariété, puisque manifestement fictive. Cela se vérifie à l'aune de l'examen des preuves par le juge.

2- Le droit d'accès à la justice : condition à l'examen effectif de la preuve

L'éviction des règles de preuve au soutien de sa prétention afin d'obtenir du juge une « bonne décision de justice » n'est pas prévue par la simple stratégie de défense reconnue à la partie défenderesse. Cette éviction peut bien évidemment procéder d'un droit singulièrement protégé par une technique juridique légale au regard du statut du bénéficiaire de cette protection, en dépit du caractère tout aussi protégé du droit substantiel du demandeur. Il est dès lors interdit au juge de ne pas se saisir de la cause et de ne pas discuter les éléments de preuve susceptibles d'être proposées au soutien de la réclamation du demandeur. Bref, c'est cette réclamation même qui est interdite. A ce stade, le dossier probatoire est sans importance, non pas parce qu'il est irrecevable, mais parce qu'il n'y a pas d'instance possible dans ce cas. En conséquence, il n'y a pas ouverture des débats et, à plus forte raison, il n'y a pas de décision du juge. Mais la raison ne tient pas au caractère facultatif de la demande en justice qui est lui-même contesté par Rudolf von IHERING, défendant l'idée selon laquelle lorsqu'un droit est méconnu, l'existence de l'action en justice est un devoir envers soi-même et envers la société¹³⁰. Ici par contre, la compréhension de cet obstacle passe par les causes d'impunité. L'on sait qu'elle sont diverses et tiennent à la situation particulière de l'individu¹³¹. Les immunités de juridictions, d'exécution, de défense, diplomatiques et consulaires, judiciaires, parlementaires, et du Président de la République sont de ce point de vue des digues du droit d'accès à la justice qui ont une influence négativement notoire sur la mise en branle des règles de la preuve. Toutes choses qui freinent une bonne administration de la justice, parce qu'elles ne permettent pas à la personne de soumettre sa prétention au juge¹³².

L'accès à la justice est une condition de l'efficacité des règles de preuve. *Le Petit Robert* définit ce terme exactement comme ce qui a un caractère efficace, c'est-à-dire ce qui a une capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'effort, de dépense. Autrement dit, la

¹²⁹ Le juriste admet aisément que des droits puissent s'exercer sans que les plaideurs aient à rapporter la véracité de leur existence.

¹³⁰ IHERING (R. Von), *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 5.

¹³¹ Voir le mot immunité in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹³² FRISON-ROCHE (M.-A.), « le droit d'accès à la justice », op. cit., n° 598.

notion d'efficacité renvoi à l'efficience, la productivité ou encore le rendement. Mais le juriste lui préfère utilement le terme « effectivité ». Et si l'accès à la justice doit être entendu comme une condition de l'effectivité de la preuve, le *Lexique des termes juridiques* fixe le sens de l'effectivité comme le caractère réel et concret d'un droit, au-delà de sa reconnaissance abstraite dans des textes de loi. Il précise que le droit d'accès à un juge, par exemple, n'est effectif que si le justiciable démuné bénéficie d'une aide juridictionnelle¹³³. Partant, le droit d'accès à la justice imprime sur les règles de preuve une emprise irrésistiblement prestigieuse. Mais il faut toujours que cette opération se réalise au moyen de la saisine de la juridiction compétente pour obtenir une décision protectrice des droits du requérant. Or, le juge doit effectivement permettre que ce dernier fortifie sa prétention au moyen des preuves à sa disposition, question de faciliter sa défense en justice et obtenir gain de cause. Pour ce faire, les règles processuelles doivent limiter tous les obstacles à la sauvegarde de ses droits, parce que fragile face à son adversaire, la loi et singulièrement le juge dont la conviction ne sera pas conquise.

Mais cette garantie tant affirmée n'est toujours pas aisée dans un environnement où l'accès au droit n'est pas facile¹³⁴. Beaucoup d'écueils peuvent se dresser contre sa mise en œuvre. Il en va ainsi lorsque, par exemple, une juridiction statue hors délai imposé par le législateur, ou qui statue au moment où une mesure administrative donnée a expiré. Il convient de noter par ailleurs que le droit d'accès au tribunal n'est pas absolu. Il peut être restreint pourvu que cette restriction poursuive un but légitime et qu'elle demeure proportionnée par rapport audit but, ou encore qu'elle ne porte pas atteinte à la substance même du droit concerné. La restriction ne sera en plus admissible que si le fondement juridique sur lequel elle repose satisfait à un impératif de clarté et de prévisibilité suffisantes. Il reste que le titulaire du droit d'accès peut opter pour une renonciation. Elle doit en cette circonstance être valable et libre, c'est-à-dire que la renonciation est dépourvue de toute équivoque. Enfin, elle ne doit pas se heurter à un intérêt public sérieux. Une telle renonciation peut, en matière civile par exemple, découler d'une convention d'arbitrage. Ici, les parties renoncent à la possibilité de toute saisine d'une juridiction étatique ; par ailleurs, elles peuvent renoncer à la possibilité du recours contre la sentence arbitrale à intervenir. En droit pénal, le principe de la renonciation est envisageable dans le cadre d'un consentement valable¹³⁵. Il faut

¹³³ GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., V ce mot.

¹³⁴ Lire la préface du Professeur Jean GATSI in NJUTAPVOUI (Z.), *Les droits de la défense dans le procès civil et commercial au Cameroun*, op. cit., p. 5.

¹³⁵ A côté de la transaction qui est prévue à l'article 62 1) f du Code de procédure pénale et devant réunir les conditions de l'article 2044 du Code civil, l'article 62 1) g, prescrit que l'action publique s'éteint par « Le retrait de la plainte, lorsque celle-ci est une condition de la mise en mouvement de l'action publique ».

ajouter que le droit d'accès à un tribunal emporte *a contraio* la problématique des limitations au droit d'accès à un tribunal découlant des privilèges et autres immunités de responsabilité accordés à certaines autorités ou institutions. Il s'agit en effet de règles spécifiques en matière d'instruction, de poursuite et de jugement qu'implique le privilège de juridiction¹³⁶. Elles entendent éviter que des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires soient intentées contre les personnes auxquelles le régime est appliqué en premier lieu ; en second lieu, il s'agit de traiter ces personnes avec beaucoup de sévérité ou de clémence selon les cas. Les limites procédurales à l'accès à un tribunal constituent un autre obstacle. En réalité, les règles de procédure ne s'opposent pas en principe à ce que le droit de saisir une juridiction, ou encore le droit de former recours contre une décision juridictionnelle, soit encadré, et par conséquent restreint par des conditions de délai ou par toute autre formalité à satisfaire¹³⁷. Il suffit que ces limitations procédurales soient suffisamment claires dans leur application au plan formel. Et sur le fond, qu'elles n'aboutissent pas à rendre irréalisable la saisine de la juridiction compétente. Du reste, les obstacles financiers au droit d'accès à un tribunal questionnent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal. Le droit à l'assistance judiciaire pour les impécunieux restera le remède à cette limitation. Pour y parvenir, il conviendra que le législateur élargisse davantage son domaine en prêtant son assistance à certaines couches sociales et, en déterminant avec une clarté suffisante les conditions de son obtention¹³⁸. Tout ceci n'épuise pas le domaine des limitations au droit d'accès à un tribunal. Il faut aussi noter que les ingérences des autorités publiques dans un procès en cours sont envisageables¹³⁹. Les autorités publiques s'entendent ici comme toutes les entités Etatiques susceptibles de produire des normes pouvant porter grief. Bref, il s'agit de l'intervention de l'Etat tout court. L'ingérence d'une autorité publique dans le cadre d'une affaire en cours peut avoir pour effet de porter atteinte au droit d'accès à la justice des parties litigantes. Dans son essence, cette ingérence peut comporter la modification fondamentale de la base juridique qui constitue l'assise de la demande en justice. Si le pouvoir législatif n'est pas en général interdit de réglementer par de nouvelles dispositions à portée rétroactive des droits découlant des lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable s'opposent logiquement, sauf pour

¹³⁶ NKOU MVONDO (P.), « Le choix du cadre du procès relatif à la commission d'une infraction pénale », *CJP-Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, p.65 et s.

¹³⁷ Il importe de souligner que le temps peut par exemple constituer un frein à l'ouverture d'un procès. V. NJUTAPVOUI (Zakari), *Le temps dans un procès civil et commercial au Cameroun*, Douala, éd. Veritas, Collection Droit et Science Politique, 2022, p. 13.

¹³⁸ TJOUEN (A.-F.), « L'accès à la justice en droit contemporain du procès civil : étude à partir des droits camerounais et français », *Lexbase Afrique-OHADA Edition n°20 du 28 mars 2019*, Doctrine - Justice, p. 2

¹³⁹ BELBARA (B.), *La dynamique des droits de la défense dans le Code de procédure pénale. Cas de la préparation du procès*, Mémoire de DEA, Université de Ngaoundéré, 2006 p. 71 et s.

d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice. L'hypothèse de l'ingérence est beaucoup plus dangereuse lorsque le législateur intervient aux fins de contrecarrer les effets d'une décision de justice intervenue¹⁴⁰.

L'ingérence des autorités publiques dans un procès en cours peut au même titre comporter une pure suspension de la procédure en cours. Le motif coupable de cette suspension consisterait alors à opérer une modification législative sur la base de laquelle la demande initiale a été fondée, avant la reprise du procès. Les effets sur les preuves peuvent être palpables. En effet, les modifications législatives peuvent changer les règles relatives à la production des preuves. Une nouvelle loi peut dès lors rendre une preuve irrecevable alors qu'elle était admise auparavant, ou bien inversement. Un mode de preuve spécifique peut aussi être requis pour certaines actions. Or, le droit d'accès à la justice ne comprend pas uniquement le droit d'engager une action, mais davantage le droit à une solution juridictionnelle de la contestation. Il serait en effet trompeur qu'un système juridique sérieux permette à un plaideur d'engager devant une juridiction une action sans veiller à ce que le litige fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue d'une procédure judiciaire publique, équitable et rapide. Une solution doit être apportée à tout litige, sauf dérogation tirée des motifs de sécurité publique.

Plus encore, l'autorité publique est susceptible de faire obstacle à la réalisation des droits des justiciables. Elle est en mesure de s'abstenir purement et simplement d'exécuter une décision de justice, surtout lorsque celle-ci est rendue à son encontre. Elle peut aussi tenter d'invalidier cette décision, ou bien, de façon moins décisive, elle retarde le plein épanouissement des obligations que ladite décision met à sa charge. Si des difficultés peuvent justifier un retard dans l'exécution de la décision, elles ne sauraient cependant aller jusqu'à légitimer une atteinte à la substance même du droit à l'exécution¹⁴¹. Il s'agit d'observer le respect de l'Etat de droit.

Il peut arriver que se dresse contre un plaideur une autre limitation à l'accès à la justice. Elle se manifeste par une obligation de se constituer prisonnier comme condition du droit d'accès à un tribunal¹⁴². Le juge doit y veiller sous peine de dénier les droits des plaideurs. Cette injustice

¹⁴⁰ Affaire de la Communauté autonome de Navarre : Cour européenne des droits de l'homme (Quatrième Section), arrêt du 27 / 04 / 2004, requête n° 62543/00, <https://hudoc.echr.coe>, consulté le 13 juillet 2025.

¹⁴¹ Mais déjà, le procédé de compensation des dettes certaines, liquides et exigibles s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, en s'analysant uniquement comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution dont bénéficient ces dernières : CCJA, Arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, Aff. Aziablévi YOVO et autre C/ Société TOGO TELECOM, JURIDATA N° J043-07/2005.

¹⁴² En matière pénale, il peut arriver que la recevabilité d'un recours contre une décision de justice ayant prononcé une condamnation, dépende préalablement de la condition de se constituer prisonnier (Ex : l'opposition formée contre un jugement de condamnation prononcé par défaut ou le pourvoi en cassation). L'article 215-1 du Code de procédure

est envisageable dans l'hypothèse spécifique du déni de renvoi préjudiciel. En effet, l'on peut sérieusement déduire du droit d'accès à la justice un droit à un renvoi préjudiciel. Il s'agit du droit à ce qu'une affaire soit renvoyée, à titre préjudiciel, par une juridiction à une autre instance nationale ou internationale normalement compétente par voie d'action¹⁴³ ; ce qui est une dérogation au principe selon lequel *le juge de l'action est le juge d'exception*. Le défaut de ce renvoi constitue ipso facto un déni de justice en rendant illusoire l'accès concret à celle-ci. La garantie du droit à un renvoi préjudiciel n'est tout aussi pas absolu. L'on sait que le législateur peut expressément réserver un domaine d'appréciation à une formation juridictionnelle et prescrire pour les autres juridictions l'obligation de leur soumettre, sans réserve, toutes les questions qui s'y rapportent. En réalité, il est exact que le juge vérifie en pareille situation s'il peut ou bien, s'il doit poser une question préjudicielle, le mécanisme recommandant qu'il s'assure que cette question préjudicielle doit être résolue avant d'apporter toute solution à la contestation qu'il est censé trancher. Dès lors, l'on voit clairement que relève de l'arbitraire toute décision refusant de poser une question préjudicielle par un juge appelé à se prononcer en dernière instance, privant en conséquence la partie intéressée du réel accès à la justice et violant par la même occasion le principe de l'équité de la procédure. Sous bannière du principe de célérité, la méfiance du renvoi préjudiciel se conçoit clairement.

Cependant, si l'incidence du droit d'accès à la justice sur les règles de preuve subordonne la mobilisation de celles-ci à l'accès préalable à la justice d'une part et, en structurant ce droit d'accès comme une condition d'effectivité des règles de preuve d'autre part, il est tout aussi révélateur que l'indifférence du droit d'accès sur les règles de preuve est certaine.

pénale imposait à l'accusé laissé en liberté de se constituer prisonnier au plus tard la veille de l'audience devant la Cour d'assises. Considérant sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme que cette obligation constituait une atteinte au droit à un procès équitable, notamment en ce qu'elle privait l'accusé de sa liberté avant même que sa culpabilité ne soit établie, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a aboli cette obligation. L'opposition entre le droit à un procès équitable et dont à une décision de justice juste et l'obligation de se constituer prisonnier comme condition d'accès à la justice est effarante. Par contre, cette contradiction cesse lorsque l'obligation de se constituer prisonnier repose sur un fondement juridique préexistant au jugement pénal contre lequel ledit recours est introduit. Cette exigence commande que les données de la cause constituent le lieu de l'examen de cette possible contradiction.

¹⁴³ MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Introduction au droit*, par Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, Paris, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^{ème} éd., n° 446. Ce mouvement de va-et-vient prétorial peut s'opérer indistinctement en matière civile, pénale, administrative, constitutionnelle, notamment.

B- L'indifférence du droit d'accès à la justice devant les règles de preuve

En général, le droit est identifié à l'image de la justice¹⁴⁴. Le droit est alors ramené à la figure du juge, cette représentation n'est pas toujours conforme à la réalité. Dans cette veine, l'aménagement des preuves en dehors du procès (1) et la concurrence des principes émergents susceptibles de jouer sur les règles de preuve classique (2) constituent des éléments pouvant étayer ce point.

Page | 310

1- L'aménagement des preuves en dehors du procès

Ci-haut, il a été donné de constater avec le Professeur Jean-Marie TCHAKOUA que la preuve est dotée d'un double statut¹⁴⁵. Si elle relève à la fois et du fond du droit et de la procédure, cet auteur précise néanmoins que « l'erreur serait cependant de penser que c'est seulement devant le juge que se posent les problèmes de preuve ; on peut aussi avoir à prouver quelque chose loin du prétoire : l'état d'époux, de majeur, la qualité d'étudiant, etc., on parle de preuve extrajudiciaire¹⁴⁶ ». Cette preuve extrajudiciaire peut être déclinée sous deux formes principales : littérale ou verbale notamment à travers les témoignages ou encore des enregistrements. Plus encore, l'aveu extra-judiciaire est celui fait en dehors du tribunal¹⁴⁷, ou en justice, mais lors d'une autre instance. La conséquence liée à son caractère extrajudiciaire est que, au plan du droit, il n'a pas davantage de force probante qu'un simple témoignage.

De nos jours, des modes alternatifs de résolution des conflits (MARC)¹⁴⁸, consistant à trancher les litiges en dehors des juridictions étatiques constituent des voies de règlement des différends en dehors des canaux officiels¹⁴⁹. L'arbitrage est un mode singulier qui laisse une large

¹⁴⁴ Cette dernière est de ce point de vue symbolisée comme une femme tenant dans sa main gauche une balance pour soupeser les intérêts et, dans sa main droite un glaive pour trancher les litiges.

¹⁴⁵ TCHAKOUA (J.-M.), *Introduction générale au droit camerounais*, op. cit., n° 229. L'auteur souligne que « la preuve se situe à cheval entre le fond du droit et la procédure. Elle dépend du fond du droit, au moins parce que c'est d'elle que dépend en définitive la reconnaissance ou non du droit en cause. Elle relève de la procédure, parce qu'elle est administrée suivant une procédure bien réglementée ».

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Il peut être fait par le truchement d'une lettre, devant un témoin...

¹⁴⁸ Aussi connus sous l'appellation de modes alternatifs de règlement de litiges (MARL) ou encore mode alternatifs de règlement de différends (MARD).

¹⁴⁹ Il existe différents types de MARC qui sont adaptés à différents types de situations : la négociation, la médiation, la conciliation, le droit collaboratif ou l'arbitrage. Dans certains domaines, les parties peuvent ainsi recourir à l'arbitrage et confier leur litige à un tiers désigné conformément à leur accord. Lorsque cet accord est appelé clause compromissoire, il est une stipulation par laquelle les parties à un contrat (mais différente de ce contrat) s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles en rapport avec ce contrat. En revanche, le compromis s'entend comme une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige, déjà né, sur des droits dont elles peuvent disposer, décident d'en confier la solution on à la justice étatique mais à un ou plusieurs arbitres de

place à l'autonomie de la volonté. Les parties sont également libres d'organiser la procédure arbitrale comme elles l'entendent pour autant qu'elles respectent trois principes essentiels, à savoir l'égalité de traitement des parties, le principe du contradictoire et la loyauté des débats. Cette triple limite est en principe la seule imposée aux parties qui, pour le reste, peuvent librement décider des moyens de preuve admissibles, de l'audition de témoins, de la manière dont les conclusions seront échangées. A défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral peut fixer les règles de procédure applicable à l'arbitrage comme il le juge approprié. Lorsque les parties se réfèrent aux règles de procédure arbitrale édictées par un centre ou un institut d'arbitrage tel que par exemple le CMAG (Centre de Médiation et d'Arbitrage du GICAM), la CCJA¹⁵⁰ (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA) ou la CCI (Chambre de commerce international d'arbitrage), on parle d'un arbitrage institutionnel tandis que lorsqu'elles organisent librement la procédure, dans les limites imposées par le Code judiciaire, on parle d'un arbitrage *ad hoc*.

Moult « digues », factuelles ou légales permettent de confiner l'action des parties¹⁵¹ avec la possibilité, de fixer une consignation à un niveau dissuasif, mais également de condamner le plaignant à une amende civile ou à des dommages-intérêts, pour ne rien dire des possibles poursuites pour dénonciation calomnieuse, ou encore de la faculté dont disposent les commissions d'aide juridictionnelle¹⁵² de refuser cette aide¹⁵³. Ces « digues » apparaissent cependant d'une efficacité relative. L'amende et les dommages-intérêts constituent certes un recours précieux dans la mesure où ils peuvent avoir un effet d'exemplarité et dissuader les « *plaignants d'habitude*¹⁵⁴ ». Mais ils ne peuvent être prononcés qu'en fin d'information, c'est-à-dire lorsque le mal est déjà fait. Cette situation est identique à celle que les règles de preuve peuvent imprimer sur le véritable accès du citoyen à une bonne décision de justice.

leur choix. Le droit favorise aussi la médiation et la conciliation entre les parties : en certaines matières, les juges sont même obligés de tenter une telle conciliation avant de pouvoir rendre leur jugement.

¹⁵⁰ En matière d'arbitrage et en dehors de sa fonction juridictionnelle comme Cour de cassation des Etats-parties, elle assure des attributions d'administration des arbitrages pour le bon déroulement de l'arbitrage lorsque le litige est soumis à la procédure d'arbitrage CCJA ; elle est par ailleurs seule compétente pour accorder ou refuser l'exequatur aux sentences arbitrales selon l'article 25 du Traité OHADA. Mais il faut préciser que la CCJA a un double visage en la matière : elle est compétente tant pour la procédure de l'arbitrage institutionnel que pour la procédure d'arbitrage *ad hoc*.

¹⁵¹ Même les parties civiles peuvent éprouver ces obstacles.

¹⁵² Au Cameroun, l'assistance judiciaire est régie par la Loi n° 2009/004 du 14 avril 2009 portant organisation de l'assistance judiciaire. D'après l'article 7 de cette loi, les commissions d'assistance judiciaire sont instituées auprès des tribunaux de Première Instance, de Tribunaux de Grande Instance, des Tribunaux Militaires, des Cours d'Appel et de la Cour Suprême. Quid des juridictions de droit traditionnel ?

¹⁵³ Lire à ce sujet HOUNBARA KAOSSIRI (L.), « Les interférences probatoires de la loi-cadre n° 2011/012 du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun », *RRJ* 2016, n° 2, pp. 925 et s. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997, I, 4051.

¹⁵⁴ Nous empruntons ce terme de l'expression pénale « *infraction d'habitude* ».

Quoiqu'il en soit, les droits des justiciables ne peuvent être effectivement opposables, si les obstacles à la production des preuves sont de nature à entraîner l'échec de leur action devant le juge. A ce sujet, il n'est pas inutile de confesser que la justice est plus une question de preuve que de vérité¹⁵⁵ ; la vérité n'étant pas toujours la meilleure défense. C'est aussi dire qu'il est normal que celui qui réclame la justice doit à son tour être juste.

Les efforts pour un procès équitable et pour l'efficacité de l'administration de la justice passent par l'application des règles probatoires et processuelles en vigueur. Mais la réalisation formelle ou informelle du droit est dynamique, tant et si bien que les règles d'hier et d'aujourd'hui soient bousculées par les postulats en devenir.

2- La concurrence des principes émergents

Une compétition imposée par des règles concurrentes constitue une autre menace au rendement des règles de preuve. Même si elles ne sont pas formellement consacrées aujourd'hui, l'influence « ennuyante » du droit de la Communauté européenne et spécifiquement l'influence du droit français sur le nôtre permet d'émettre un propos sur au moins deux d'entre elles. Il s'agit notamment du principe d'impulsion et du principe de concentration des moyens. Le droit d'accès et les règles de preuve peuvent par exemple être vaincus par le principe d'impulsion. Attitude de se porter en avant, le terme impulsion renvoie à une flexible cadence dans la conduite de l'action en justice. Mais en rapport avec notre étude, c'est l'impulsion émanant du juge qui dérange, non pas celle des parties, parce qu'elle fait double usage en effet avec l'office du juge et prive les parties de la maîtrise du procès¹⁵⁶. Une fois de plus, une législation explicite sur le principe d'impulsion des moyens est indispensable pour que l'on soit averti de ses éléments et des rapports qu'il entretiendrait avec les règles et principes de notre droit positif processuel.

Quant au principe de concentration des moyens, il convient de noter d'abord qu'il tire ses racines dans l'économie politique, dérivée elle-même de la philosophie morale et politique. Cette analyse économique prend aussi le droit, la justice et le procès pour objet d'étude¹⁵⁷. En figeant le dossier de la cause, l'information de la cause aimerait, conformément au principe de concentration

¹⁵⁵ On notera par exemple que dans le système où un jury est requis, la vérité n'est pas toujours la meilleure défense. Ici, la dimension sociale de la preuve est de mise, l'acquiescement ou la désapprobation du groupe social ayant une forte influence sur l'issue du procès. Telle est par ailleurs la position du sociologue Henry Lévy-Bruhl qui estime à juste titre que prouver c'est aussi « faire approuver ».

¹⁵⁶ STRICKLER (Y.), « L'office du juge et les principes ». *Formation Ecole Nationale de la Magistrature*. 2012, p. 7, inédit.

¹⁵⁷ A ce sujet, lire CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, Puf.-Thémis, févr. 2010, n° 6.

des moyens, que les prétentions, les moyens et les preuves ne pourraient évoluer pendant le cours du procès¹⁵⁸. En droit camerounais, l'obligation processuelle de communiquer les pièces est formellement consacrée¹⁵⁹ et rigoureusement observée par les juridictions. Elle est sanctionnée par le rejet des pièces non communiquées¹⁶⁰ au tardivement communiquées¹⁶¹. Seulement, son encadrement semble désuet au regard des projecteurs qui illuminent un autre principe ci-haut évoqué : le principe de loyauté. Ce dernier a en effet fait l'objet d'une démonstration singulière par la Cour de cassation française, qui déclarait alors, en vertu de ce principe de loyauté, recevable une note en délibéré constituée d'une lettre « *susceptible de modifier l'opinion du juge* »¹⁶². Ici encore des textes clairement définis doivent être dédiés à ce principe dans l'intérêt des justiciables et pour que fonctionne de manière harmonieuse la justice. C'est le gage d'une articulation concevable entre les normes et les droits subjectifs juridiquement protégés.

La règle imposée par la jurisprudence "Cesareo" est pourtant d'une indéniable clarté : il appartient aux parties à un procès de présenter dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des arguments justifiant leurs prétentions ou susceptibles de faire obstacle à la demande¹⁶³.

Conclusion

Sous le bénéfice de ce qui précède, il convient de noter que le droit d'accès à la justice est un droit fondamental qui concourt à la réalité de la bonne administration de la justice. C'est une valeur de justice qui tend à réaliser au mieux le meilleur accès des justiciables aux différentes juridictions afin que le contrôle effectif de leurs droits soit efficace, cause finale des règles de preuve. Mais ce droit manifeste peut s'avérer approximatif ou nul, lorsque l'application de ces règles de preuve intervient à son tour dans la réalisation d'un idéal de justice. En effet, aucun juge

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Cf. art. 94 CPCC qui dispose en substance que : « *La liste des pièces dont l'une des parties entendra faire usage sera mentionnée dans ses conclusions ou mémoires. La partie adverse pourra même, par lettre, demander communication desdites pièces. Celles-ci seront déposées et communiquées sans déplacement au greffe de la juridiction saisie* », et l'art. 96 CPCC qui prescrit à son tour que : « *toutes pièces non mentionnées dans les mémoires, assignations ou conclusions d'une partie ou dont la communication aura été refusée sera rejetée des débats même d'office par le juge* ».

¹⁶⁰ Yaoundé, arrêt n° 344/civ du 16 août 1995 aff. La sté. Red Spot Sarl c/MEUYOU Michel, par Grégoire JIOGUE, in *Lex Lata*, n° 22, p. 6.

¹⁶¹ Ici, c'est l'inobservation du délai de dépôt des conclusions qui est sanctionné par le juge suprême camerounais dans l'arrêt n° 24/cc du 9 mars 1989, aff. MENSA Monique c/ ZEME Félicité, par Grégoire JIOGUE, in *Lex Lata*, n° 22, p. 6.

¹⁶² Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2005, D. 2005, p. 2570, note BOURSIER.

¹⁶³ Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10. 672, P+B+R+I (N° Lexbase : A4261DQU), obs. AZIBER SEID Algadir, « La concentration des moyens en droit processuel : de la bonne administration de la justice à l'administration de l'injustice », *Lexbase Hebdo* n° 426 du 3 février 2011 - édition privée.

ne peut prêter foi à une allégation d'une demande que rien n'établit. Mais le système juridique qui se fixe comme noble objectif la consécration du droit d'accès à la justice s'inscrit par cela seul dans l'avancement de la qualité de la justice. C'est à cette fin que doivent être aménagées les règles de preuve, afin de faciliter non seulement l'accessibilité à la justice, au juste, mais davantage à la légitimité de la décision de justice. De ce point de vue, la qualité de justesse qu'exige l'accès à la justice fonde un réexamen des règles de preuve, ce qui constituerait une garantie essentielle dans la promotion du droit d'accès, finalité des règles probatoires. Cette fonction se justifie par la nature même du droit de la preuve. Il est en effet le réceptacle des éléments tant processuels que substantiels, si bien que leur maniement approprié légitime l'espoir de tout justiciable. Dans leur dynamique, les règles de preuve constituent ainsi que le propose l'hypothèse la sève, et la conséquence, le droit d'accès à la justice. Sous « le voile de l'ignorance », « le renouveau du contrat social »¹⁶⁴ laisse « faire le droit au droit, de rendre justice à la justice¹⁶⁵ ». Mais au-delà de la nature ou du régime juridique des règles probatoires, le juriste doit marquer une particulière prévenance à la téléologie de la justice, à l'équité de la justice, et somme toute, au sens de la justice. Il conviendra en conséquence de noter que les imbrications entretenues par les deux notions sont la preuve d'une riche et intense interactivité. En réalité, les règles sont édictées ici pour assurer le contrôle disciplinaire de la motivation du juge qui est d'ordre public processuel. Surtout, le juge ne peut se prononcer que sur la base de règles juridiques produites par les autorités compétentes¹⁶⁶ pour édicter des règles de portée générale, qu'elles soient nationales ou internationales¹⁶⁷. Malheureusement, les règles et finalités du droit de la preuve ne sont toujours pas d'ordre public.

¹⁶⁴ RAWLS (J.), *A theory of justice*, Cambridge (Mass), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. - *Théorie de la justice*, Seuil, 1987 (trad. C. Audard).

¹⁶⁵ CADIET (L.) et alii, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 62 à 63.

¹⁶⁶ A l'égard du législateur, l'obligation de protection des droits, commande qu'elle doit non seulement exister, mais elle emporte davantage le devoir abondamment consacré par les instruments internationaux de protéger les droits et de prévenir les violations, in ZANGA (M. J.), « Le standard africain de la protection juridictionnelle interne des droits de l'Homme », op. cit. p. 1.

¹⁶⁷ AKAM AKAM (A.), « Le juge entre la loi et sa conscience », *Cahiers Juridiques et Politiques, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2010, p. 18.

La perquisition légale de nuit en procédure pénale

Legal night-time searches in criminal proceedings

Par:

ADAMOU Moktar Page | 315

Professeur Agrégé de droit privé et sciences criminelles

Université Parakou

KOUAKOU Kouadio Rodrigue Yves JuniorDoctorant en droit privé
Université Alassane Ouattara**Résumé :**

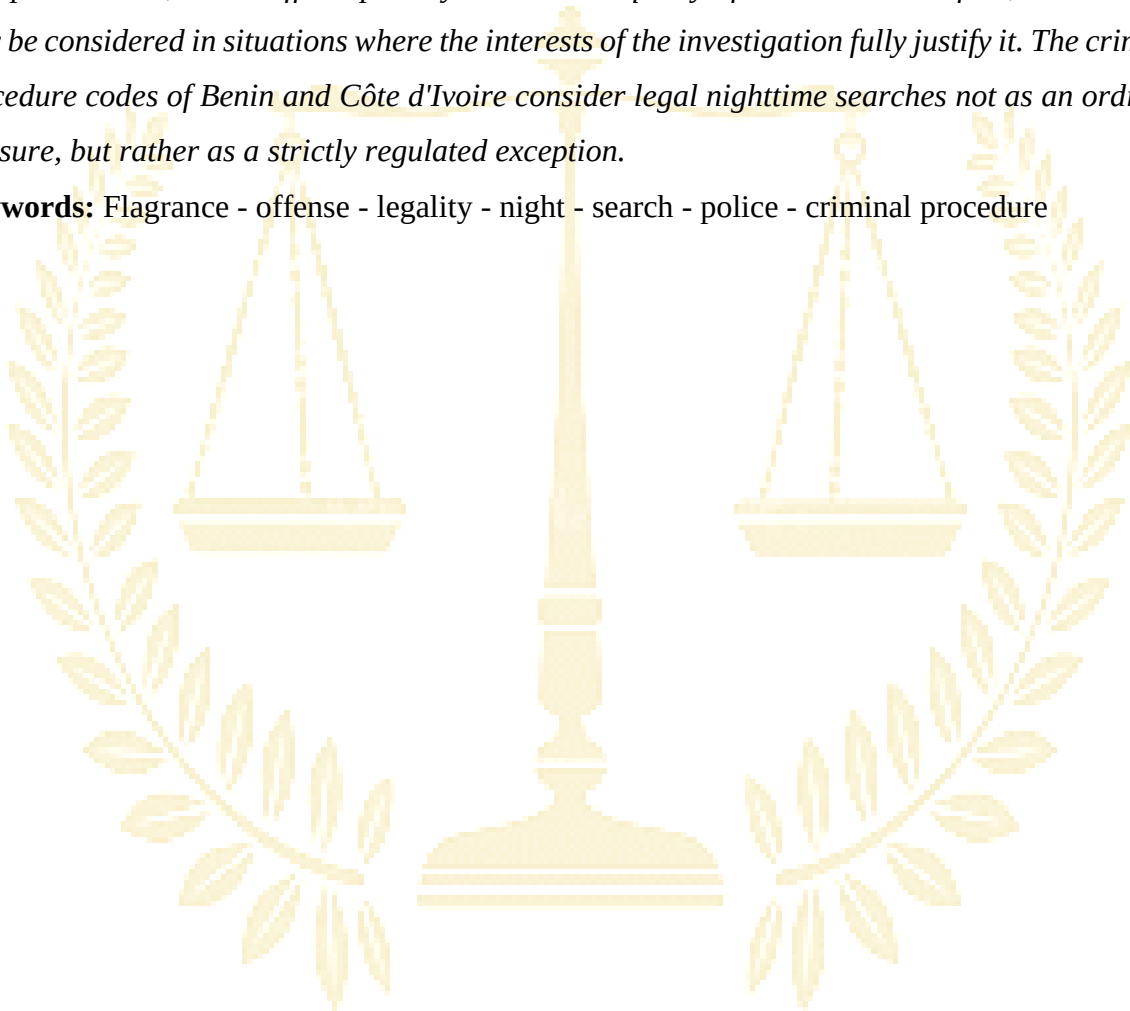
Notre droit de la procédure pénale peut-il occulter la spécificité de la nuit ? Assurément non. Bien que les perquisitions ne contribuent pas à elles seules à l'établissement de la vérité matérielle, elles n'en demeurent pas moins un instrument probatoire particulièrement important pour le procès pénal. La perquisition de nuit constitue une mesure exceptionnelle en procédure pénale, en raison de sa nature profondément attentatoire à la vie privée et à la tranquillité du domicile. Dès lors, son recours ne peut être envisagé que dans des situations où l'intérêt de l'enquête le justifie pleinement. Les codes de procédure pénale du Bénin et de la Côte d'Ivoire envisagent la perquisition légale de nuit non pas comme une mesure ordinaire, mais comme plutôt une exception rigoureusement encadrée.

Mots-clés : Flagrance - infraction - légalité - nuit- perquisition- police - procédure pénale

Abstract:

Can our criminal procedure law overlook the specific nature of nighttime? Certainly not. Although searches do not, on their own, contribute to establishing the material truth, they nonetheless remain a particularly important evidentiary tool in criminal proceedings. Nighttime searches constitute an exceptional measure in criminal proceedings, due to their profoundly disruptive nature, which affects privacy and the tranquility of the home. Therefore, their use can only be considered in situations where the interests of the investigation fully justify it. The criminal procedure codes of Benin and Côte d'Ivoire consider legal nighttime searches not as an ordinary measure, but rather as a strictly regulated exception.

Keywords: Flagrance - offense - legality - night - search - police - criminal procedure



Introduction

Notre droit de la procédure pénale peut-il occulter la spécificité de la nuit ? De semblables tentatives eurent déjà cours à l'époque romaine¹ et l'expérience passée peuvent sans doute guider le juriste d'aujourd'hui. Les XII Tables et la tradition postérieure avaient consacré le statut dérogatoire de la nuit en procédure pénale mais l'effort de rationalisation du droit incité par la suite à balayer cet archaïsme juridique². Pourtant le Droit d'aujourd'hui, renoue avec ce droit dérogatoire. L'insécurité du temps n'est guère propice à l'abstraction juridique. L'agression nocturne perturbe les tréfonds de l'inconscient ; la règle juridique doit ici composer avec la pensée magique.

Dès la commission de l'infraction, les temps légaux (diurnes ou nocturnes) se succèdent, donnant une rythmologie de la procédure pénale³. En matière de perquisition, la procédure pénale mène alors à une temporalité particulière qui est cohérente au regard des conceptions anthropologiques qui sont au fondement de l'intervention pénale.

Loin d'être un moment de retrait du droit⁴, la nuit peut devenir un *temps d'action pénale*⁵, celui où la justice, par le biais d'actes d'investigation exceptionnels, entre jusqu'à dans l'espace le plus intime : *le domicile*⁶.

La procédure pénale ivoirienne tout comme béninoise, dans l'optique de garantir l'efficacité des investigations, permet aux autorités judiciaires, par le biais de prérogatives dont elles sont investies, d'accéder à certains lieux⁷ en vue de procéder à des actes procéduraux⁸.

¹ S. KERNEIS, « Vol de nuit. L'abrogation de l'article 382-3 du Code pénal ou la fin d'un « document de droit primitif », *Revue historique de droit français et étranger*, 77 (3), juill. -sept. 1999, p. 281.

² S. KERNEIS, *ibidem*.

³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou et le droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Quadrige, 2004, p. 305.

⁴ Le principe selon lequel certaines restrictions procédurales sont observées de nuit ne fait pas de la période nocturne un espace-temps laissé en marge par le Droit. Il s'agit juste là, de certaines règles particulières typiques à la période nocturne ne remettant en rien le caractère général de la règle juridique comme l'affirme si bien le Doyen CARBONNIER à travers cette belle phrase : « *la continuité est un des postulats du droit dogmatique : permanente autant que générale, la règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais* ».

⁵ La nuit, qui était un temps d'arrêt, un temps de suspension de certaines actions des autorités judiciaires, devient un temps d'action. Elle devient un espace régulé et juridiquement aménagé, où la continuité des interventions judiciaires s'impose pour permettre au droit de rester effectif, même hors des horaires diurnes.

⁶ La définition accordée au domicile en droit pénal est plus large que celle que retenue en droit civil. Voir sur la définition du domicile en droit pénal : I. GRAVELAIS, *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile*, Thèse de Doctorat Droit, Université de Bourgogne, 2013, pp. 22-202 ; G. BEAUSSONIE, « Immeuble et domicile en droit pénal », *Actualité Juridique Pénal*, n° 2, 2016, p. 59.

⁷ Ces différents lieux comprennent le domicile, espace privé, ainsi que les lieux privés autres que le domicile, les lieux publics, certains lieux mixtes, c'est-à-dire alliant à la fois espace privé et public puis enfin certains lieux dits lieux particuliers tels que les établissements pénitentiaires, universités, ambassades etc...

⁸ Ce sont entre autres les perquisition, saisie, fouille de véhicule, captation de données informatique, surveillance (vidéo/son), arrestation ou interpellation dans un lieu privé, consultation sur place de fichiers ou de documents.

Parmi les mesures les plus intrusives que permet la procédure pénale figure la *perquisition*⁹, acte qui consiste à pénétrer dans un lieu, généralement un domicile, afin d'y rechercher des éléments de preuve, de saisir des objets utiles à l'enquête, ou encore d'appréhender un suspect. La perquisition, si elle est un instrument indispensable de l'enquête pénale¹⁰, n'en demeure pas moins une atteinte grave à l'intimité de la vie privée¹¹, consacrée notamment par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹² qui constitue le refuge naturel de l'intimité de la vie privée, garantissant à l'individu un espace préservé des ingérences extérieures¹³. Elle représente donc un acte juridiquement sensible, qui appelle à un encadrement rigoureux, tant sur le fond que sur la forme.¹⁴

La procédure pénale, qui encadre l'ensemble des règles applicables à la recherche, à la poursuite, au jugement et à l'exécution des peines relatives aux infractions, s'inscrit dans cette tension permanente entre efficacité répressive et protection des libertés. Elle fixe les conditions dans lesquelles les autorités publiques peuvent intervenir pour découvrir la vérité, tout en assurant un contrôle afin de limiter les atteintes aux droits des personnes.

Dans ce contexte, il convient d'évoquer un aspect particulièrement délicat de la perquisition : la *perquisition de nuit*¹⁵. L'idée même d'une intervention policière au sein du domicile¹⁶ d'un individu durant ses heures de repos renvoie à une image fortement anxiogène¹⁷ et

⁹ V. infra, p. 6.

¹⁰ V. sur ce point, H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, § 635, p. 524.

¹¹ V. I. GRAVELAIS, *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile*, op. cit., p. 23 : « Le domicile est le siège de l'intimité et de la vie privée de toute personne. Il est également son refuge, sa forteresse. » ou encore G. DUMENIL, *Le domicile en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Paris II – Panthéon-Assas, école doctorale de Droit privé (ED6), 2017, p. 191 : « le domicile est le réceptacle de la vie privée de l'individu qui est en droit d'attendre à ce qu'elle y soit préservée »

¹² V. Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 ; V. aussi Article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966.

¹³ V. l'article 449 de la Loi n° 2019- 574 portant Code pénal (CP) ivoirien du J.O.R.C.I. n° 9 spéc. du mercredi 10 juillet 2019 et les articles 369, 568 de la Loi n° 2018-16 du 28 décembre 2018 portant Code pénal (CP) en République du Bénin.

¹⁴ V. infra, p. 7.

¹⁵ Il s'agit de la perquisition opérée en temps de nuit selon le Code de procédure pénale. C'est une mesure rare et redoutée, dont la légalité et la légitimité suscitent de profondes interrogations. V. en ce sens (L) KENNES, « Les perquisitions », *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Kluwer, 2007, pp. 1-25 ; (A) GONZALEZ, « La perquisition administrative de nuit : La puissance publique en action », in *Droit(s) de la nuit*, Vol.20, éd. L'Épître, coll. L'Unité du Droit, 16/08/2017, pp. 87-95.

¹⁶ Le domicile ici doit être entendu au sens de sa définition jurisprudentielle en l'absence de toute précision légale précise en droit pénal. V. Cass. Crim., 24 juin 1987, Bull. crim., 1987-1, n° 267, pp. 724-728 ; G. LEVASSEUR, *Rev. sc. crim.*, 1989, p. 113.

¹⁷ Le simple fait d'imaginer une intervention policière au sein du domicile d'une personne durant ses heures de repos suscite immédiatement un sentiment d'angoisse intense.

profondément attentatoire à la dignité.¹⁸ Le temps nocturne¹⁹, est en effet traditionnellement associé au repos, à la sécurité de la sphère intime, et à la vulnérabilité des personnes. C'est précisément pour ces raisons que le législateur a prévu une interdiction de principe des perquisitions durant cette période. Toutefois, cette interdiction n'est pas absolue, l'autorité judiciaire peut déroger à cette règle lorsque les circonstances l'exigent²⁰.

Il convient alors d'interroger cette mesure en profondeur. Est-il légitime de permettre aux enquêteurs de pénétrer dans un domicile au cœur de la nuit ? À quelles conditions la loi autorise-t-elle une telle intrusion ? Et surtout, quels garde-fous le droit met-il en place pour éviter les abus ? Pour répondre à ces questions, il est essentiel de poser clairement les bases conceptuelles et juridiques qui entourent cette problématique.

La procédure pénale désigne « l'examen des règles techniques de la mise en œuvre de la répression et des différents rouages, amenés à intervenir dans cette mise en œuvre. Sont étudiées dans cette branche du droit pénal : les conditions dans lesquelles les infractions sont recherchées, découvertes, constatées, poursuivies et prouvées ; les autorités compétentes pour agir en l'occurrence (magistrats, officiers de police judiciaire, etc.) et leurs attributions précises ; les juridictions qui ont à connaître des procès répressifs ; les règles relatives au déroulement de ces procès jusqu'à la décision définitive, après épuisement des voies de recours éventuelles. En résumé, la procédure pénale détermine donc les règles qui président à l'organisation et à la compétence des différentes juridictions répressives, à la recherche et à la constatation des infractions, ainsi qu'à l'administration de la preuve »²¹. Elle évoque immédiatement, ne serait-ce que par l'étymologie, le procès pénal, c'est-à-dire la manière d'organiser le processus de réaction

¹⁸ Au-delà de l'effet anxiogène immédiat, la perquisition nocturne constitue également une atteinte grave à la dignité humaine. Être réveillé en pleine nuit, dans un état de vulnérabilité, parfois en sous-vêtements ou en situation d'intimité familiale, pour faire l'objet d'une fouille de son espace de vie, expose l'individu à une forme d'humiliation et à une perte de contrôle totale sur son environnement. La dignité, pourtant protégée par des normes fondamentales tant nationales qu'internationales, suppose que toute personne soit traitée avec respect, même lorsqu'elle est suspectée d'une infraction.

¹⁹ Sur la question du temps nocturne, voir F., KOMOIN, « La nuit et le Droit », in AJ, n° 93, CIDD, 2017, pp. 4-5 ; V. A. TOUZANI, « La nuit, un temps à part ? », Philosophiques, 2010/3, n° 37, pp. 85-98 ; T. NISSOT, « La nuit, un (autre) monde ? ». Rhizome, Vol.3, N° 77, 2020. pp.19-19 ; C. ESPINASSE, « Temps de la nuit et âges de la vie », La nuit en question(s), Hermann, 2017, pp.74-80 ; J. AGOSTINI, « Appréhender la nuit ». Rhizome, 2020/3 N° 77, 2020. p. 8 ; LE PORTIQUE, n°9, La Nuit, Association "Les Amis du Portique", 2002, 118 p. ; F. SOUBIRAN, « La nuit en droit », Revue juridique, 1965, pp. 204-225 ; F. SOUBIRAN, « Notions de temps en droit », Revue trimestrielle de droit civil, n° 4, 1963, pp. 871-904 ; D. N'ZOUABETH, « Le temps et l'infraction », Annales Africaines, CREDILA, Vol. 2 n°5, 2016, pp.101-130.

²⁰ La nuit, propice au sommeil et à la vulnérabilité, peut-devenir un temps judiciaire comme un autre.

²¹ M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, Cotonou, Ed du CREDIJ, 2023, pp. 13-14 ; voy aussi B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et Procédure pénale*, Sirey, 21^{ème} éd., 2018, p. 31.

sociale à un fait, à un trouble susceptible de constituer une infraction²². A ce titre, elle prend place dans le processus judiciaire, mais sa coloration pénale lui donne un champ d'application plus large que le seul déroulement d'un procès devant une juridiction de jugement²³. Elle régit les rapports entre les parties à l'instance pénale, le ministère public, les enquêteurs, la personne poursuivie, la victime mais aussi les conditions dans lesquelles l'autorité publique peut restreindre les droits fondamentaux au nom de l'intérêt général. En cela, elle constitue le cadre protecteur dans lequel s'inscrit toute mesure d'investigation, comme la perquisition.

Quant à la perquisition²⁴, c'est une « mesure d'investigation effectuée en tous lieux (not. au domicile de la personne poursuivie ou soupçonnée) et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tous papiers, effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité (C. pr. pén., a. 56 s., 94 s.²⁵) ; ordonnée soit par le procureur de la République, un officier de police judiciaire ou le juge d'instruction en cas d'infraction flagrante, soit par le magistrat instructeur lorsqu'une information est ouverte, la perquisition doit être effectuée en principe de jour et en présence de la personne chez qui elle a lieu »²⁶

Ce qui caractérise donc la perquisition, est la fouille²⁷ par un officier de police judiciaire pour rechercher dans un lieu des objets susceptibles de servir de preuve dans un procès pénal et éventuellement les saisir.²⁸ Elle peut intervenir à tous les stades de la procédure pénale, c'est-à-dire en enquête de flagrance²⁹, en enquête préliminaire³⁰ ou encore lors d'une instruction³¹. Parce qu'elle touche au droit au respect du domicile³², elle nécessite en principe une autorisation

²² M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 13.

²³ *Idem.*

²⁴ Cet acte procédural autorisé par le Code de procédure pénale n'est lui-même pas expressément définie par le législateur (art. 53 Code de procédure pénale du Bénin et art. 59 Code de procédure pénale de la Côte d'Ivoire). Il faut donc se référer à la doctrine pour avoir une acception précise.

²⁵ Relatif au Code de procédure pénale français.

²⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige/PUF, 12^{ème} éd., 2018. p. 1606, V. Procédure pénale.

²⁷ « Cette démarche repose sur une fouille approfondie des lieux, pouvant aller jusqu'à l'ouverture d'objets, le démontage et, dans certaines circonstances, la destruction de certains éléments ». Cf. I. GRAVELAIS, *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile*, op. cit., p. 274.

NB : Si toute perquisition suppose une fouille, toute fouille n'est cependant pas qualificative de perquisition. V. en ce sens F. CHEVRETTE, « Les notions de fouilles, perquisitions et saisies abusives : une interprétation littérale ou téléologique ? » in *FC-Charte-canadienne-interprétation-littérale-ou-téléologique*, pp. 139-148.

²⁸ M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 135.

²⁹ L'enquête de flagrance est une enquête qui est menée à la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant.

³⁰ Procédure effectuée par la police judiciaire, sur ordre du parquet ou d'office, tendant à rassembler les preuves d'une infraction.

³¹ Désigne la procédure durant laquelle un juge d'instruction rassemble des preuves sur la commission d'une infraction et décide du renvoi devant la juridiction de jugement, des personnes contre lesquelles il existe des charges.

³² Sur ce point, voir J. CHUSSEAU, *L'inviolabilité du domicile dans l'enquête*, mémoire de Master, Faculté de droit de Poitiers, 1964, 86 p.

judiciaire sauf exceptions expressément prévues par la loi. La perquisition doit respecter des conditions strictes de validité pour ne pas entacher la procédure.

En procédure pénale, *la nuit* n'est pas appréhendée à l'identique selon les droits béninois et ivoirien. Au sens de la procédure pénale ivoirienne, c'est la période commençant à vingt-deux (22) heures et s'achevant à 4 quatre (heures) du matin³³. En droit béninois par contre, cette nuit commence également à 22 heures mais s'achève à 6 heures³⁴. Dans tous les cas³⁵, les perquisitions ordinaires ne peuvent être effectuées qu'entre six (06) heures et vingt-et-une (21) heures suivant les droits béninois³⁶, burkinabé³⁷ et malien³⁸. Cette fourchette est fixée entre quatre (04) heures et vingt-deux (22) heures en droit ivoirien ; cinq (05) heures et vingt-et-une (21) heures en droit sénégalais³⁹. Elle se situe entre six heures et vingt heures en droit togolais⁴⁰. Toutes ces réglementations font une exception pour les cas de réclamation faite de l'intérieur de la maison, du cadre des infractions aux bonnes mœurs⁴¹. Cette fixation horaire légale bien que souvent différente selon les législations, permet ainsi de concilier le déroulement des procédures judiciaires avec les garanties fondamentales attachées à la protection des justiciables.

Mieux, cette fixation de la nuit a été retenue non pas en fonction des considérations astronomiques ou sociales⁴², mais en tenant compte des nécessités de la protection des droits individuels. La nuit, au regard de sa charge symbolique⁴³ et pratique⁴⁴, est perçue comme une

³³ V. Article 68 alinéa 1^{er} de la Loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant Code de Procédure pénale (CPP), J.O.R.C.I n° 4 spéc. du 13 mars 2019.

³⁴ V. Article 53 alinéa 1^{er} Code de procédure pénale (CPP) en République du Bénin.

³⁵ C'est-à-dire tant en enquête préliminaire, en enquête de flagrance que dans le cadre de l'instruction préparatoire.

³⁶ Art. 53, al. 1^{er} CPP.

³⁷ Voir art. 58 CCP burkinabé.

³⁸ Voir art. 69 du CPP malien

³⁹ Art. 51 al. 1 CPP sénégalais.

⁴⁰ Art. 48 al. 1 CPP togolais.

⁴¹ Dans ce cas, l'art. 58 al. 2 CPP burkinabé, 47 al. 2 CPP togolais prescrit que la perquisition peut s'opérer à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et annexes ainsi que de tout lieu ouvert au public ou utilisé par le public lorsqu'il sera constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement. Idem à l'art. 48 al. 2 CPP togolais. L'art. 69 CPP malien, lui, ne prévoit cette exception que dans le cas d'une réclamation faite à l'intérieur d'une maison.

⁴² Ici l'on assiste à un rejet définitionnel de la nuit selon son acception symbolique en droit processuel. En d'autres termes, une définition fondée sur des repères aussi incertains que les horaires du coucher du soleil contrediraient les principes de légalité et de prévisibilité des normes qui conséquemment influeraient nécessairement sur les actes procéduraux.

⁴³ V. N. P. LYLIANE, « Ces mondes de la nuit qui nous font peur ». *Imaginaire & Inconscient*, 2008/2 n° 22, 2008. pp. 99-106.

⁴⁴ *Idem*.

période de renforcement du droit à la tranquillité⁴⁵. Il en résulte que l'intervention de la puissance publique à ces heures doit être strictement encadrée. Ce qui nous emmène à son caractère légal.

Qualifier une perquisition de légale revient à dire qu'elle est accomplie dans le respect des règles de droit applicables. Cela implique que les conditions de fond⁴⁶ et de forme⁴⁷ soient réunies. Dans le cas particulier des perquisitions nocturnes, la légalité suppose que l'une des exceptions prévues à l'interdiction de principe soit effectivement applicable. Le législateur a prévu les hypothèses dans lesquelles une perquisition de nuit peut être autorisée⁴⁸.

Page | 322

Ainsi, *la perquisition légale de nuit en procédure pénale* désigne une intervention au domicile d'un particulier ou en tout autre lieu, par une autorité de poursuite ou d'enquête, réalisée dans un cadre temporel fixé par la loi pénale, et respectant strictement les conditions posées par les règles de procédure. Si une telle mesure demeure exceptionnelle, elle n'en est pas moins réelle, et suscite des interrogations majeures sur la conciliation entre nécessité de l'enquête et protection des libertés individuelles.

L'intérêt de ce sujet est double, il est tant théorique que pratique. D'abord, du point de vue théorique, il permet d'éclairer un dispositif juridique souvent mal connu, y compris par les praticiens, et encore peu traité dans la doctrine générale. Ensuite d'un point de vue pratique, il invite à réfléchir aux équilibres fondamentaux qui gouvernent la procédure pénale en l'état actuel du droit.⁴⁹

La perquisition nocturne, en tant que mesure dérogatoire, incarne parfaitement cette tension. Elle questionne la manière dont le droit pénal s'arme pour répondre à la complexité croissante des infractions graves tout en préservant les fondements d'un État de droit.

La problématique centrale que soulève cette thématique est donc la suivante : la perquisition de nuit étant une exception au droit commun, comment est-elle encadrée par les procédures pénales béninoise et ivoirienne ?

⁴⁵ Sur la protection de ce droit à la tranquillité en temps de nuit, voir Article 2 du Décret ivoirien n°69-356 du 31 juillet 1969 déterminant les contraventions de simple police et les peines qui leur sont applicables ; Décret ivoirien n°2026-791 du 12 Octobre 2016 portant réglementation des émissions de bruits du voisinage ; V. Décret N° 2001- du 08 Aout 2001 portant réglementation du bruit en république du Bénin.

⁴⁶ Existence d'une infraction, nécessité de l'enquête.

⁴⁷ Autorisation préalable, heure légale, présence d'un officier de police judiciaire, etc.

⁴⁸ Voir art. 53, al. 2 CPP Bénin et 59, al. 2 CPP ivoirien.

⁴⁹ S'agissant de la tension entre sécurité publique et libertés, l'adaptabilité de la justice aux nouvelles formes de criminalité, et le respect des garanties procédurales dans des circonstances à haut risque.

Pour y répondre, il convient d'examiner, dans un premier temps, l'opportunité de recourir à une perquisition nocturne, en analysant notamment la nature et les circonstances de l'infraction (I), avant d'étudier, dans un second temps, les modalités pratiques et juridiques de cette mesure, notamment en ce qui concerne l'autorisation nécessaire et l'encadrement procédural rigoureux (II).

I- L'OPPORTUNITÉ DE LA PERQUISITION

Bien que les perquisitions ne contribuent pas à elles seules à l'établissement de la vérité matérielle, elles n'en demeurent pas moins un instrument probatoire particulièrement important pour le procès pénal. La perquisition de nuit constitue une mesure exceptionnelle en procédure pénale, en raison de sa nature profondément attentatoire à la vie privée et à la tranquillité du domicile. Dès lors, son recours ne peut être envisagé que dans des situations où l'intérêt de l'enquête le justifie pleinement. L'opportunité d'une telle mesure doit être appréciée à la lumière de deux éléments essentiels que sont la nature de l'infraction poursuivie (A), d'une part, et les circonstances particulières dans lesquelles cette infraction s'inscrit (B), d'autre part.

A- La nature de l'infraction

La justification d'une perquisition de nuit repose d'abord sur la gravité ou la spécificité de l'infraction en cause. En effet, la loi n'autorise cette mesure que dans des hypothèses bien déterminées, fondées soit sur l'intensité de l'atteinte portée à l'ordre public, soit sur les difficultés particulières liées à certaines formes de criminalité.

D'une part, certaines infractions graves, telles que celles qui touchent à la sûreté de l'Etat peuvent justifier une dérogation au principe de l'inviolabilité nocturne (1). D'autre part, des infractions spécifiques, expressément visées par les textes, comme le terrorisme ou la criminalité organisée, ouvrent également la voie à des perquisitions nocturnes en raison de leur nature particulière et des impératifs d'enquête qu'elles impliquent (2).

1- Les infractions contre la sûreté de l'Etat

Face aux risques graves pesant sur l'intégrité de l'État, la préservation de la sécurité nationale peut justifier un assouplissement des règles classiques encadrant les interventions nocturnes. La spécificité de la nuit, traditionnellement protégée en matière procédurale⁵⁰, se trouve alors relativisée. La perquisition de nuit, constituant une atteinte exceptionnelle à la vie privée et

⁵⁰ Notamment à travers l'interdiction des perquisitions de nuit au domicile selon les alinéas 1^{ers} des articles 53 du CPP béninois et 68 du CPP ivoirien.

à l'inviolabilité du domicile peut être admise dans des circonstances exceptionnelles comme celles prévues par la Constitution ivoirienne⁵¹ et béninoise⁵², notamment lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts fondamentaux de la nation⁵³. Ainsi, en Côte d'Ivoire comme au Bénin, les infractions portant atteinte à la sûreté de l'État telles que le terrorisme⁵⁴, etc...⁵⁵ occupent une place particulière dans les régimes dérogatoires qui autorisent les perquisitions nocturnes. Ces infractions, en raison de leur gravité extrême et de leur impact potentiel sur la stabilité nationale⁵⁶, justifient une dérogation aux restrictions des garanties standards de procédure⁵⁷.

Ces infractions sont souvent commises dans la clandestinité, avec des moyens sophistiqués et des réseaux organisés. Attendre le jour pour intervenir pourrait être préjudiciable⁵⁸. La perquisition de nuit devient alors un outil stratégique pour neutraliser une menace imminente. Contrairement à d'autres infractions où l'enquête vise à établir des faits passés, ici l'objectif est souvent d'empêcher un acte à venir. La perquisition de nuit permet d'agir en amont, avant qu'un attentat ou une atteinte grave ne soit commis.

⁵¹ V. Constitution Ivoirienne de 2016 en son article 8, consacrant l'inviolabilité du domicile sous réserve des exceptions légales, article 73 consacrant l'état de crise, l'article 101 qui fonde le recours aux mesures exceptionnelles telle que la perquisition : « *La loi fixe les règles concernant : (...) l'état de siège et l'état d'urgence ; ...* », et en son article 105 qui prévoit l'état de siège. V. également la loi n° 59-231 du 7 novembre 1959 instituant l'état d'urgence

⁵² V. Constitution Béninoise à l'article 20 pour la permission des perquisitions selon les formes et conditions prévues par la loi. Sur le fondement des mesures exceptionnelles pouvant donner lieu aux perquisitions de nuit en cas d'atteinte à la sûreté de l'Etat, voir article 68 de la Constitution Béninoise.

⁵³ Ordre, sécurité, paix, tranquillité, salubrité publics.

⁵⁴ V. loi ivoirienne n° 2015-496 du 7 juillet 2015 portant répression du terrorisme et loi n°2018-13 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin modifiée et création de la cour de répression des infractions économiques et du terrorisme.

⁵⁵ Notamment, les complot, espionnage, atteinte aux institutions, les tentatives de coup d'État ou les insurrections armées.

⁵⁶ Les infractions contre les institutions ou l'atteinte à l'intégrité du territoire ne sont pas de simples délits car elles mettent en péril les fondements mêmes de l'État.

⁵⁷ Face à ce niveau de danger, la procédure pénale autorise des mesures exceptionnelles, dont la perquisition nocturne, pour prévenir des actes irréversibles.

⁵⁸ Cette inertie procédurale en temps de nuit, peut conduire à la la fuite des suspects, la destruction de preuves ou la mise en œuvre d'un acte violent.

Dans une circonstance de menace terroriste⁵⁹ ou de tentative de coup d'État⁶⁰, il peut être autorisé des perquisitions de nuit dans des lieux soupçonnés d'abriter des réunions ou du matériel subversif.

La lutte contre les atteintes à la sûreté de l'État, impose à l'État de disposer de moyens rapides et efficaces, y compris la nuit. La surprise, la dissimulation et la mobilité accrue des individus impliqués dans ce type d'infractions nécessitent parfois des interventions policières nocturnes pour empêcher la réalisation de faits irréparables. Dès lors, les perquisitions de nuit, bien que contraires au droit commun, deviennent non seulement légitimes, mais également indispensables.

Page | 325

Par ailleurs, en dehors des infractions contre la sûreté de l'État justifiant une dérogation au principe d'inviolabilité nocturne, il existe certaines infractions expressément visées par la loi qui autorisent des perquisitions de nuit.

2- Les infractions spécifiques

Si la procédure pénale interdit en principe les perquisitions de nuit, elle prévoit plusieurs exceptions lorsque la nature de l'infraction justifie une intervention urgente et discrète⁶¹.

Ainsi, au-delà des infractions contre la sûreté de l'État, la procédure pénale ivoirienne et béninoise reconnaissent un certain nombre d'infractions spécifiques qui, bien qu'elles ne relèvent pas nécessairement de la criminalité politique ou institutionnelle, présentent un niveau de dangerosité, d'organisation ou de récurrence tel qu'elles justifient la perquisition de nuit. Ces dérogations ciblées, sont façonnées non seulement par la nature des infractions poursuivies, mais aussi par la nécessité d'adapter la réponse judiciaire aux impératifs de l'enquête et aux réalités sécuritaires.

⁵⁹ Art. 15 al.1 de la loi n° 2015-493 du 7 juillet 2015 portant répression du terrorisme : « Si les nécessités de l'enquête l'exigent, les officiers de police judiciaire compétents, sur autorisation du procureur de la République, procèdent à des perquisitions et saisies de pièces à conviction à toute heure de la nuit et en tout lieu, en vue d'y constater toutes infractions relatives à la présente loi. » V. dans le même sens en droit Béninois, Art. 15 de la Loi n° 2018-13 modifiant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin qui crée la Cour de répression des infractions économiques et le terrorisme : « Les visites et les perquisitions peuvent être effectuées à toute heure de jour et de nuit, sur autorisation écrite du président de la commission de l'instruction ou du procureur spécial, même sans le consentement de la personne au domicile de laquelle elles ont lieu : 1- lorsqu'il y a crime flagrant ; 2- lorsqu'il existe un risque sérieux de disparition de preuves ou indices ; 3- lorsqu'il existe des présomptions qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux ou la visite ou la perquisition doit avoir lieu, se préparent à commettre des actes de terrorisme... »

⁶⁰ V. supra, p. 9.

⁶¹ Cette interdiction de perquisition nocturne se transforme donc en une perquisition légale de nuit.

Ces infractions touchent aux domaines de la criminalité organisée, du trafic de stupéfiants, de la traite des personnes, de la corruption, et d'autres formes de délinquance économique ou sexuelle aggravée⁶². Ces délits, souvent organisés en réseaux, se caractérisent par une forte capacité d'adaptation, une dissimulation des preuves et une exploitation de lieux ouverts au public ou fréquentés à des heures inhabituelles.

L'efficacité de l'enquête pénale moderne repose de plus en plus sur des techniques spéciales d'enquête qui permettent aux autorités judiciaires de lutter efficacement contre la criminalité organisée, la cybercriminalité, le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et autres infractions complexes. Ces infractions, par leur nature même, requièrent souvent un degré de réactivité et de discrétion incompatible avec les limitations temporelles traditionnelles du droit procédural, notamment la règle générale d'interdiction de perquisitions et autres actes d'enquête après les horaires légaux.

Face à la sophistication croissante de la criminalité organisée, le législateur a été conduit à aménager ce régime pour ne pas compromettre l'efficacité des investigations⁶³. En Côte d'Ivoire, les dispositions du Code de procédure pénale relatives aux techniques spéciales d'enquête, introduites par la nouvelle loi, marquent un tournant décisif. Elles consacrent un principe de continuité et d'adaptabilité des mesures d'enquête dans le temps, y compris pendant la période nocturne, chaque fois que les nécessités de l'enquête l'exigent. Confrontées à ces infractions spécifiques, la perquisition de nuit devient légale pour les nécessités de l'enquête.

Il ressort de l'article 641-23⁶⁴ du code de procédure pénale ivoirien que : « *Si les nécessités de l'enquête relative à l'une des infractions visées à l'article 641 I⁶⁵ l'exigent, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction peuvent être opérées à toute heure du jour et de la nuit. Lorsqu'elles sont opérées entre vingt et une (21) heures et quatre (4) heures, les*

⁶² Art. 53, al. 2 et 3 CPP béninois ; art. 59, al. 2 CPP ivoirien.

⁶³ V. la loi n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale.

⁶⁴ Art. 641- 23 de la loi ivoirienne n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale

⁶⁵ Art. 641- 4 de la loi n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale : « *Le champ d'application du présent chapitre concerne les matières suivantes : cybercriminalité ; association de malfaiteurs ; blanchiment de capitaux, financement du terrorisme et prolifération des armes de destruction massive ainsi que les infractions qui leur sont sous-jacentes; les autres infractions relevant de la compétence du Pôle pénal économique et financier.*

Le champ d'application du présent chapitre s'étend également aux infractions connexes à celles prévues à l'alinéa 1 du présent article. »

perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction sont opérées sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction. »

Si l'article 641-23 pose une procédure pénale spéciale commune aux infractions de cybercriminalité ; association de malfaiteurs ; blanchiment de capitaux, financement du terrorisme et prolifération des armes de destruction massive ainsi que les infractions qui leur sont sous-jacentes ; et autres infractions relevant de la compétence du Pôle pénal économique et financier toutes prévues à l'article 641-1, notamment en ce qui concerne les perquisitions légales de nuit, il convient de remarquer que le législateur a aussi prévu à travers chaque infraction ci-dessus une procédure de perquisition légale de nuit au sein même de la loi répressive de chacune d'entre elles⁶⁶.

En outre, la loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 relative aux perquisitions en matière de lutte contre la criminalité⁶⁷, a marqué un tournant majeur en matière de procédure pénale en instaurant, aux articles 1 à 5, un régime spécial applicable aux enquêtes portant sur la lutte contre la criminalité, permettant de réaliser des perquisitions nocturnes sans le consentement de l'occupant. Ces dispositions permettent aux agents des forces de l'ordre, lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une mission de sécurité publique, de procéder à des interventions nocturnes dès lors qu'il existe des indices laissant présumer la commission d'une infraction⁶⁸. La formulation « *à toute heure du jour et de la nuit* » marque une rupture avec le principe traditionnel de prohibition des perquisitions nocturnes. Elle répond à un impératif pratique surtout que les auteurs de crimes graves agissent souvent en dehors des horaires standards, rendant les interventions nocturnes non

⁶⁶ V. Loi n° 2015-493 du 7 juillet 2015 portant répression du terrorisme ; Loi n° 2013-451 du 19 juin 2013 relative à la lutte contre la cybercriminalité ; Ordonnance n°2023- 875 du 23 novembre 2023 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive ; Décret n°2020-124 du 29 janvier 2020 portant création, attributions, organisation et fonctionnement du pôle pénal, économique et financier.

⁶⁷ Voir la Loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 relative aux perquisitions en matière de lutte contre la criminalité (art. 1-5) ; V. aussi en droit comparé, la notion de Perquisitions de nuit pour tous les crimes contre les personnes dans le cadre de l'enquête de flagrance ou l'instruction en présence d'un crime flagrant (art. 59-1 et 97-2 CPP), p4, in « Dispositions entrant en vigueur le 30 septembre 2024 en matière pénale », Conseil national des barreaux, septembre 2024, 27 p.

⁶⁸ Art. 1 de la Loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 préc. : « Dans le cadre de la lutte contre la criminalité et sur autorisation expresse de l'Autorité judiciaire ou administrative, les agents des Forces de l'Ordre chargés de la Sécurité publique peuvent à toute heure du jour ou de la nuit effectuer des fouilles corporelles ou des véhicules, des visites domiciliaires et des perquisitions dans les maisons et en tout autre lieu non ouvert au public lorsqu'il existe des indices d'infraction. »

seulement utiles, mais parfois indispensables pour éviter la perte de preuves ou l'évasion des suspects⁶⁹.

Quant au Code de procédure béninois, il autorise les perquisitions de nuit dans certains lieux ciblés⁷⁰, dès lors qu'il est établi que des personnes impliquées dans ces infractions y sont reçues habituellement⁷¹. La conséquence de cette formulation est qu'à la différence du CPP ivoirien⁷², les perquisitions dans ces lieux ne pourront s'effectuer que s'il est établi que des personnes se livrant à la prostitution, au proxénétisme, à l'usage, au trafic illicite, à la fabrication, au transport et à l'entreposage de drogue, de substances ou plantes vénéneuses, y sont reçues habituellement. Ces perquisitions sont aussi subordonnées à certaines autres infractions typiquement précisées à l'article 53 al. 3 du CPP Béninois⁷³.

Le législateur béninois a donc clairement défini une liste fermée, condition indispensable à la légalité d'une perquisition nocturne. De même, comme le souligne un auteur béninois⁷⁴, les perquisitions peuvent être faites à tout moment en cas de crime ou délit contre la sûreté de l'Etat, aux infractions à caractère économique et financier, au terrorisme, au trafic de drogue, à l'enrichissement illicite et à la pédophilie. Il ajoute⁷⁵ que ces mêmes règles spéciales permettant les perquisitions de nuit s'appliquent dans les locaux où sont entreposés des drogues⁷⁶.

⁶⁹ Par exemple, des opérations de démantèlement de réseaux de trafiquants ou de groupes armés nécessitent une synchronisation précise avec des horaires où les suspects sont présents à leur domicile ou peu susceptibles de se défendre.

⁷⁰ Tels que les hôtels, pensions, clubs, cercles, débits de boisson, dancings, lieux de spectacle et leurs annexes. V. art. 53 al. 2 du CPP Béninois.

⁷¹ Il convient de remarquer que le code de procédure Ivoirien se démarque nettement du code de procédure Béninois. Le CPP Ivoirien autorise les perquisitions de nuit pour constater toute infraction sans qu'il y ait besoin comme dans le CPP Béninois, qu'il soit reçu habituellement dans ces lieux des personnes se livrant à certaines infractions spécifiques.

⁷² Art. 68 alinéa 2 : « Toutefois, des visites, perquisitions et saisies peuvent être opérées à toute heure du jour et de la nuit en vue d'y constater toutes infractions, à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boisson, club, cercle dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public. »

⁷³ Art. 53 alinéas 3 de la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013, portant code de procédure pénale en République du Bénin : « Il en est de même en matière d'enquêtes et de recherche d'informations relatives aux infractions à caractère économique et financier, au terrorisme, au trafic de drogue, à l'enrichissement illicite et à la pédophilie. »

⁷⁴ M. ADAMO, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 136.

⁷⁵ M. ADAMO, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 137

⁷⁶ Article 556 de la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013, portant code de procédure pénale en République du Bénin. : « Les visites, perquisitions et saisies dans les locaux où sont fabriqués, transformés, ou entreposés illicitement des drogues à haut risque, des drogues à risque ou des précurseurs, équipements et matériels destinés à la culture, à la production ou à la fabrication illicites des dites drogues et dans les locaux où l'on use en société des drogues à haut risque, sont possibles à toute heure du jour et de la nuit. Elles ne pourront se faire la nuit au-delà de vingt-et-une heures (21 h) que pour la recherche et la constatation des infractions relatives à la culture, à la production, à la fabrication, au trafic, à la facilitation de l'usage, à l'offre ou à la cession en vue d'une consommation personnelle, à la détention de drogues ou de précurseurs, d'équipements et de matériels. Tout procès-verbal dressé pour un autre objet sera frappé de nullité. »

Par ailleurs, la perquisition de nuit se justifie aussi, en fonction des circonstances dans lesquelles elle intervient.

B- Les circonstances de l'infraction

La nature de l'infraction constitue un premier critère d'appréciation de l'opportunité d'une perquisition de nuit. Toutefois, les circonstances entourant la commission des faits jouent également un rôle décisif dans l'évaluation de la nécessité d'un tel acte d'intrusion.

Page | 329

Certaines situations concrètes peuvent justifier un recours exceptionnel à la perquisition nocturne, notamment lorsqu'elles révèlent un caractère particulièrement urgent, dangereux ou stratégique. Ces circonstances peuvent être examinées à deux niveaux, à savoir celles tenant au caractère de l'infraction (1), et celles tenant au lieu de l'infraction (2).

1- Circonstances tenant au caractère

Certaines caractéristiques propres à la commission de l'infraction peuvent imposer une action rapide, sans attendre les heures légales de perquisition. Ces caractéristiques tiennent essentiellement à l'urgence de la situation, au risque de disparition des preuves, à l'état de flagrance de l'infraction, ou encore à la menace directe à l'ordre public qu'elle fait peser.

L'urgence⁷⁷ constitue l'un des critères les plus invoqués pour justifier le recours à une perquisition nocturne. Lorsqu'un retard dans l'exécution de la mesure pourrait entraîner des conséquences irréversibles disparition d'un suspect, fuite de complices, évacuation de fonds ou de marchandises illicites, il devient impératif d'agir immédiatement, même en dehors du cadre temporel habituel. Tant en droit ivoirien⁷⁸ qu'en droit béninois⁷⁹, l'autorité judiciaire, saisie d'une telle urgence, peut accorder une autorisation spéciale motivée, permettant de perquisitionner de nuit, à la condition que cette opération soit la seule voie raisonnablement efficace pour atteindre les objectifs de l'enquête.

⁷⁷ De façon très ramassée, le phénomène de l'urgence peut être défini comme une nécessité vécue sous l'emprise du temps et réclamant une réaction immédiate. V. D. HOUSSIN, « *L'urgence* », *Les Tribunes de la santé*, 2006/4 n° 13, 2006. p.33-38.

⁷⁸ Art. 63 du CPP ivoirien : « Si la nature de l'infraction est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent y avoir participé, ou déterminer des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire peut se transporter sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. »

⁷⁹ Article 50 du CPP béninois : « Si la nature de l'infraction est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent y avoir participé, ou déterminer des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire peut se transporter sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. »

De même, certains actes criminels nécessitent une réaction prompte pour préserver les éléments matériels de preuve⁸⁰. Lorsque des indices⁸¹ sérieux indiquent que des documents, des substances, des objets ou des équipements essentiels à l'enquête risquent d'être détruits, modifiés ou déplacés dans les heures à venir, l'autorisation d'une perquisition nocturne peut se justifier pleinement.

Dans les cas de trafic de stupéfiants, par exemple, les produits illicites peuvent être rapidement consommés, dilués ou jetés. En matière de fraude financière ou cybercriminalité, les fichiers numériques peuvent être effacés ou chiffrés en quelques secondes. Retarder l'intervention reviendrait à faire perdre à l'enquête tout son sens.

La nuit, sanctuarisée en droit procédural comme un espace-temps de protection renforcée de l'intimité individuelle, connaît une érosion normative en présence de certaines autres situations d'exception, notamment le flagrant délit⁸².

La flagrance est une situation juridique bien connue en procédure pénale ivoirienne et béninoise, il s'agit du cas où l'infraction est en train de se commettre ou vient tout juste d'être commise, et où les indices sont manifestes⁸³. Cette situation confère aux officiers de police judiciaire des pouvoirs étendus, y compris celui de perquisitionner immédiatement, même de nuit, lorsque les conditions matérielles le justifient⁸⁴. La flagrance introduit une logique d'urgence qui bouleverse les règles classiques encadrant les perquisitions, en particulier la règle générale d'interdiction des perquisitions nocturnes. La temporalité devient alors secondaire devant l'impératif de conservation des preuves ou d'arrestation des auteurs. L'intervention nocturne devient ainsi une exigence fonctionnelle. Cette circonstance offre à l'autorité de poursuite un cadre d'action accéléré et justifie juridiquement l'irruption de nuit dans un domicile, dans la mesure où le risque de dépérissement de la preuve ou de disparition des objets incriminés est jugé supérieur

⁸⁰ La preuve, qui est l'indice qui devient concordant avec l'ensemble des éléments du dossier et constitue l'existence d'un acte ou d'un fait.

⁸¹ L'indice, qui est le signe apparent qui indique avec probabilité.

⁸² Désigne à la fois le crime ou délit flagrant.

⁸³ V. art. 77 du CPP ivoirien : « Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui est en train de se commettre, ou qui vient de se commettre... » ; V. aussi art. 47 du CPP béninois.

⁸⁴ V. Art 80 du CPP ivoirien : « Si la preuve du crime flagrant peut être obtenue par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. Il en informe préalablement le procureur de la République. » et V. par ailleurs Art. 50 du CPP béninois.

au principe de la protection domiciliaire nocturne. Ainsi toute attente pourrait faire disparaître des indices matériels, des objets illicites ou permettre la fuite de personnes impliquées.

Le moment de commission du crime conditionne naturellement le moment d'intervention des enquêteurs. Dans les affaires de flagrance nocturne telles que les braquages, agressions, homicides, trafics de nuit, la réaction des services d'enquête doit être immédiate, et la nuit ne saurait être invoquée comme un obstacle procédural à l'accomplissement des actes d'investigation. L'interdiction de principe des perquisitions de nuit devient alors inopérante, car la perquisition n'est plus une mesure intrusive anticipée, mais un acte nécessaire, imposé par la matérialité et la fraîcheur de l'infraction. En effet, l'urgence de la situation justifie une réponse immédiate, y compris la nuit, à condition que l'opération soit strictement finalisée sur l'objet de la preuve.

Page | 331

Enfin, une infraction peut, par sa nature ou son contexte, mettre en péril l'ordre public ou la sécurité de la population. Dans un tel cas, la perquisition de nuit peut apparaître comme une mesure de prévention indispensable⁸⁵.

Ces éléments liés au caractère même de l'infraction justifient le recours exceptionnel à la perquisition de nuit. Cependant, au-delà de la nature urgente et des circonstances temporelles de l'acte, le lieu où l'infraction est commise peut, lui aussi, influencer la décision de recourir à une perquisition nocturne.

2- Circonstances tenant au lieu

Certains lieux sont, par leur finalité ou leur fréquentation, étroitement liés à des activités illégales. Lorsqu'un domicile ou un établissement est suspecté d'abriter de manière régulière des actes délictueux ou criminels, une perquisition de nuit peut s'avérer justifiée pour interrompre une activité en cours, identifier les auteurs, ou saisir les instruments ou les produits de l'infraction. Dans cette perspective, tant en droit ivoirien qu'en droit béninois, la nature des lieux visés peut être déterminante dans la décision d'autoriser une perquisition nocturne. Deux grandes catégories se dégagent : d'une part, les établissements à activité nocturne, d'autre part, les lieux privés identifiés comme bases logistiques de réseaux criminels.

Concernant les établissements à activité nocturne, le Code de procédure pénale ivoirien, à son article 68 dispose que : « *Toutefois, des visites, perquisitions et saisies peuvent être opérées à*

⁸⁵ Il en va ainsi, par exemple, dans les cas de préparation imminente d'un attentat, de réunions nocturnes de groupes criminels armés, de stockage d'armes ou d'explosifs dans des lieux suspects, ou encore d'activités susceptibles de provoquer un soulèvement ou une panique collective.

toute heure du jour et de la nuit en vue d'y constater toutes infractions⁸⁶, à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée⁸⁷, pension, débit de boisson⁸⁸, club, cercle dancing⁸⁹, lieu de spectacle et leurs annexes⁹⁰ et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public. »⁹¹

Cette disposition repose sur un principe de réalité qui se traduit par le fait que ces lieux sont, par nature, ouverts de nuit, très souvent actifs dans des endroits comme les bars, les boîtes de nuit, et hôtels qui peuvent héberger ou faciliter la commission d'infractions. Cela justifie un traitement particulier, car ils peuvent être le théâtre d'activités illicites tels que le trafic de drogue, proxénétisme, jeux illégaux, ou de troubles à l'ordre public. Ils sont donc, exclus de ce fait du régime de protection du domicile pendant la nuit, car leur usage les rend moins privés et plus accessibles au public. Une perquisition de nuit y est donc juridiquement admise sans formalité particulière d'heure, à condition qu'elle respecte les formalités requises par la loi.

De manière similaire, le Code de procédure pénale béninois, à l'article 53, autorise les perquisitions de nuit dans les lieux publics⁹² ou assimilés, dès lors qu'il existe des indices graves que des infractions s'y commettent.

En outre, il faut noter que cette perquisition légale de nuit s'étend à des lieux identifiés comme bases logistiques de réseaux criminels.

En effet, certains lieux, bien que relevant juridiquement du domaine privé, peuvent être utilisés de façon régulière ou exclusive pour des activités criminelles organisées. Il peut s'agir de domiciles servant de laboratoires de drogue⁹³, maisons utilisées comme lieux de séquestration ou

⁸⁶ Le législateur ivoirien utilise le terme « *toutes infractions* » pour signifier que cette mesure spéciale de perquisitions, visites et saisies dans les lieux publics précisés par ledit article ne vaut pas pour un certain nombre d'infractions dument désigné mais bien au contraire concerne toute infraction au sens de l'article 2 du code pénal ivoirien.

⁸⁷ Dans le cadre de l'article 68, le terme "maison meublée" ne doit pas être compris comme une simple habitation privée dans laquelle une personne vit de façon permanente. Mais ici, le législateur cite la maison meublée au même titre que l'hôtel, la pension, le club, etc. Ce regroupement n'est pas anodin, il vise des lieux fréquentés par le public, utilisés à des fins commerciales ou d'hébergement temporaire, et susceptibles de servir de cadre à des infractions, notamment de nuit.

⁸⁸ Bars, buvettes, etc.

⁸⁹ Établissements où se déroule des activités festives.

⁹⁰ Les annexes sont des espaces ou locaux dépendants ou rattachés au lieu principal, dans lesquels se déroulent des activités complémentaires, utiles ou nécessaires à l'exploitation du lieu principal.

⁹¹ Art. 68 al. 2 de la loi n° 2018-975 du 27 juin 2018 portant Code de Procédure pénale ivoirien.

⁹² Par lieux publics, il faut entendre en l'occurrence tous lieux dans lesquels n'importe qui est admis. Un endroit qui sert à une activité publique quelconque, même sous réserve du paiement du droit d'entrée : Magasins, cafés, dancings, cinémas, gares, églises, parties communes des hôtels, bâtiments publics, préfectures, mairies, perceptions, etc.

⁹³ V. en ce sens, article 556 de la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013, portant code de procédure pénale en République du Bénin et article 15 de la Loi n° 2018-13 modifiant la loi n° 2001-37 du 27 aout 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin qui crée la Cour de répression des infractions économiques et le terrorisme.

d'exploitation, entrepôts servant au stockage d'armes, de faux documents ou de marchandises illicites. C'est ce qui explique la loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 relative aux perquisitions en matière de lutte contre la criminalité. Cette loi permet les perquisitions de nuit à l'intérieur des domiciles et autres lieux privés⁹⁴.

Dans ces cas, le lieu devient l'élément central de l'activité infractionnelle, et retarder l'intervention à cause du respect des horaires légaux de perquisition reviendrait à perdre l'effet de surprise, ou à permettre la disparition de preuves ou la fuite des suspects. D'où la permission légale de perquisitions nocturnes dans ce cadre.

Après avoir examiné les conditions justifiant l'opportunité d'une perquisition de nuit, qu'elles tiennent à la nature de l'infraction ou aux circonstances spécifiques de sa commission, il convient à présent de s'intéresser à la manière dont cette mesure exceptionnelle est juridiquement encadrée et pratiquement exécutée.

II- LES MODALITÉS DE LA PERQUISITION

La perquisition constitue une mesure intrusive dans la vie privée des individus, ce qui justifie qu'elle soit strictement encadrée tant sur le plan juridique que procédural. En effet, sa mise en œuvre ne peut se faire que dans le respect de règles précises, garantissant à la fois l'efficacité de l'enquête et la protection des droits fondamentaux. Ainsi, il convient d'examiner les conditions préalables à son autorisation (A), avant de s'intéresser aux règles encadrant son déroulement effectif (B).

A- L'autorisation de la perquisition

Avant d'être exécutée, toute perquisition doit reposer sur une autorisation préalable, destinée à garantir sa légalité et sa conformité aux principes fondamentaux du droit. Cette exigence vise à éviter tout abus dans la mise en œuvre de cette mesure intrusive. L'autorisation dépend d'une autorité compétente, dont la légitimité confère à la perquisition sa validité (1), et doit également respecter certaines conditions de forme, sans lesquelles l'acte serait nul ou contestable (2).

⁹⁴ V. Art. 1 de la Loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 relative aux perquisitions en matière de lutte contre la criminalité. V. par ailleurs Art. 641- 23 de la loi ivoirienne n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale

1- L'autorité compétente

La perquisition de nuit, en tant qu'acte de procédure attentatoire aux libertés individuelles, notamment au droit au respect de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile, ne peut être réalisée que sous le contrôle strict d'une autorité légalement compétente. L'identification de cette autorité varie en fonction de la nature de la procédure⁹⁵ et du lieu concerné par la perquisition⁹⁶.

Page | 334

Dès lors, il convient d'analyser, dans un premier temps, la compétence du procureur de la République et de l'officier de police judiciaire dans les enquêtes, avant d'examiner le rôle du juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire, ainsi que les cas particuliers de compétence renforcée ou partagée.

En premier lieu, il faut noter que le procureur de la République et l'officier de police judiciaire jouent un rôle important dans l'autorisation de la perquisition de nuit.

En effet, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'OPJ ne peut procéder à une perquisition qu'avec l'autorisation expresse de la personne chez qui elle doit être effectuée. En l'absence de ce consentement, l'autorisation du procureur de la République est requise⁹⁷. Par ailleurs, l'OPJ qui veut aller de nuit rapidement faire une fouille en criminalité organisée s'adressera au procureur de la République et c'est le procureur de la République qui demandera l'autorisation de cette perquisition de nuit uniquement pour la criminalité en bande organisée au juge des libertés et de la détention suite à une requête du procureur de la République⁹⁸. La perquisition de nuit, est donc ici subordonnée à l'autorisation du juge des libertés et de la détention suite à une requête du procureur de la République⁹⁹. Le procureur de la République, qui dirige cette phase de l'enquête, joue alors un rôle central dans la décision de recourir à une telle mesure.

En revanche, dans le cadre de l'enquête de flagrance, prévue par le code de procédure pénale béninois¹⁰⁰ et ivoirien¹⁰¹, l'officier de police judiciaire dispose d'un pouvoir étendu. Il peut procéder à une perquisition de nuit¹⁰² sans autorisation judiciaire préalable, à condition qu'elle soit

⁹⁵ Enquête de flagrance, enquête préliminaire, information judiciaire, etc.

⁹⁶ V. supra pp. 17-18.

⁹⁷ Conformément aux articles 67 du CPP ivoirien et 53 du CPP béninois.

⁹⁸ M. ADAMO, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 138.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ Art 50 et suivants du CPP béninois.

¹⁰¹ Art 77 et suivants du CPP ivoirien.

¹⁰² Hors les horaires légaux déterminées par le code de procédure pénale.

justifiée par la situation d'urgence, notamment lorsque la preuve ne peut être acquise que par une perquisition imminente.

En deuxième lieu, le rôle du juge d'instruction dans l'information judiciaire n'est pas à négliger¹⁰³. Lorsque la procédure entre dans la phase de l'information judiciaire, c'est le juge d'instruction qui devient l'autorité compétente pour autoriser et diligenter les perquisitions¹⁰⁴. Selon l'article 99 du CPP béninois, le juge d'instruction peut ordonner une perquisition dans tout lieu susceptible de receler des éléments utiles à la manifestation de la vérité¹⁰⁵. L'acte de perquisition peut être réalisé par lui-même ou par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire¹⁰⁶.

Le juge d'instruction a ainsi le pouvoir d'autoriser une perquisition de nuit sans le consentement du propriétaire des lieux¹⁰⁷. Contrairement à l'enquête préliminaire, le régime de l'information judiciaire est donc plus intrusif, mais plus encadré, notamment grâce à la présence d'un magistrat du siège. Le respect du contradictoire, bien qu'atténué à ce stade de l'instruction, peut aussi se manifester par la notification des droits au mis en examen lors de l'acte.

En dernier lieu, cette autorisation de la perquisition se trouve partagée¹⁰⁸ ou renforcée¹⁰⁹.

Certains domaines spécifiques imposent des règles particulières quant à l'autorité compétente pour autoriser une perquisition. C'est notamment le cas des perquisitions dans les lieux protégés tels que le domicile d'un parlementaire. Dans ces hypothèses, des garanties supplémentaires sont exigées.

¹⁰³ A ce propos sur la notion du juge d'instruction, voir (M) ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., pp. 92-97.

¹⁰⁴ V. Art 98 al. 1^{er} CPP ivoirien : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge. » ; V. pareillement Art. 87 al. 1^{er} du CPP béninois.

¹⁰⁵ Article 99 du CPP béninois : « Les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des papiers, documents ou autres objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité. » ; V. aussi Article 97 al. 1^{er} du CPP ivoirien : « Le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions... »

¹⁰⁶ V. Art 87 al. 5 du CPP béninois ; « Si le juge d'instruction est dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes d'instruction, il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires dans les conditions prévues aux articles 167 et 168 du présent code. De même V. Art 98 al. 3 du CPP ivoirien : « ...dans les conditions prévues aux articles 188 et 189. »

¹⁰⁷ V. Art. 641- 23 de la loi ivoirienne n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale : « ... les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction sont opérées sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction. »

¹⁰⁸ Dans ce cas de figure, l'autorisation peut émaner de plusieurs autorités à la fois compétentes, l'autorisation de perquisition de nuit n'est pas exclusive à une seule entité.

¹⁰⁹ Dans ce cas de figure, en plus de l'autorisation de perquisition de nuit accordée par une autorité compétente, il faut encore une seconde autorisation d'une autre autorité spéciale permettant la mise en œuvre de cette perquisition.

Par exemple, une perquisition chez un parlementaire nécessite l'autorisation préalable du bureau de l'Assemblée nationale à laquelle il appartient¹¹⁰. Ces dispositions visent à préserver certaines fonctions ou libertés essentielles¹¹¹.

Ou encore, il peut s'agir du cas d'infractions soumises aux techniques spéciales d'enquêtes ou de certaines infractions types. Relativement à la loi n° 2024-359 du 11 juin 2024 modifiant la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant code de procédure pénale ivoirien prévoyant les techniques spéciales d'enquêtes, lesquelles autorisent les perquisitions de nuit, l'autorisation est partagée, elle peut être délivrée soit par le procureur de la république, soit par le juge d'instruction selon concrètement le type d'enquête dans lequel l'on se situe.

Aussi, dans les affaires de terrorisme, de criminalité organisée ou d'atteinte à la sûreté de l'État, la compétence peut également être élargie à des juridictions spécialisées ou autorités spécialisées. Par exemple, le droit béninois à travers sa loi n° 2018-13 modifiant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin qui crée la Cour de répression des infractions économiques et le terrorisme, donne compétence au président de la Commission de l'instruction ou au procureur spécial d'autoriser des perquisitions de nuit, notamment aux cas expressément prévus par l'article 15 dudit texte. Le droit ivoirien, quant à lui, à travers l'article 1 de la Loi ivoirienne n° 96-765 du 3 octobre 1996 relative aux perquisitions en matière de lutte contre la criminalité, donne compétence tant à l'autorité judiciaire¹¹² qu'à l'autorité administrative¹¹³ de pouvoir autoriser des perquisitions de nuit dans les maisons et en tout autre lieu non ouvert au public lorsqu'il existe des indices d'infraction.

L'identification de l'autorité compétente pour autoriser une perquisition dépend donc étroitement du cadre juridique de la procédure engagée. Qu'il s'agisse de l'officier de police judiciaire, du procureur de la République, du juge d'instruction ou d'un magistrat spécialisé, ou encore d'une autorité administrative, chacun intervient dans un champ déterminé, selon des règles précises destinées à garantir à la fois l'efficacité de la recherche de la vérité et le respect des droits fondamentaux. Ce formalisme, loin d'être une simple contrainte procédurale, constitue une

¹¹⁰ Art. 90 de la Constitution béninoise.

¹¹¹ Liberté de la presse, secret professionnel, indépendance parlementaire, etc.

¹¹² Sur la notion d'autorité judiciaire, V. RENOUX, S. THIERRY, « L'autorité judiciaire, un service public ? ». *Les Cahiers de la Justice*, 2017/2 N° 2, 2017. p.331-346.

¹¹³ Sur la notion d'autorité administrative, ZELENGO, PIERRE., et al., « Chapitre III. Les autorités administratives ». *Encyclopédie de la culture politique contemporaine*, Hermann, 2008. p.559b-582b.

condition essentielle de la légitimité de l'acte de perquisition. Toutefois, cette exigence n'est pas la seule.

2- La forme de l'acte

L'autorisation de perquisition doit, en principe, faire l'objet d'un acte écrit. Cette exigence découle de la nécessité de laisser une trace claire et vérifiable de l'acte juridique autorisant l'intrusion dans un espace privé¹¹⁴. Toutefois, le code de procédure pénale spécifie que l'autorisation peut être aussi verbale, mais elle doit être confirmée dans les meilleurs délais par écrit¹¹⁵.

Notamment en situation d'urgence, l'autorisation peut être donnée verbalement. Sauf que, cette autorisation doit obligatoirement être confirmée par écrit dans les meilleurs délais afin de préserver une trace officielle et vérifiable de la décision prise. Ainsi, si une certaine souplesse peut exister quant à la forme dans des cas urgents, la règle générale demeure celle d'une autorisation écrite, parfois soumise à des conditions de motivation¹¹⁶ renforcée, en fonction du contexte ou de la nature des lieux concernés.

Dans certains domaines particulièrement sensibles, la loi impose que l'autorisation de perquisition soit non seulement écrite, mais également motivée. C'est le cas, par exemple, des perquisitions menées dans le cadre de la lutte contre certaines infractions spécifiques où l'autorisation se doit d'être écrite et motivée par le procureur de la république ou le juge d'instruction, des perquisitions portant sur des infractions ayant lieu dans des lieux protégés, tels que les cabinets d'avocats. En principe, pour que cette perquisition soit possible, il faut une décision écrite du procureur de la République, indiquant la nature des infractions sur lesquelles portent l'enquête, les raisons justifiant la perquisition¹¹⁷.

Dans ces cas, l'autorité compétente doit justifier précisément les raisons juridiques et factuelles qui rendent la perquisition nécessaire.

¹¹⁴ Art 67 du CPP ivoirien.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ La motivation constitue un aspect fondamental. L'autorité compétente doit justifier la perquisition par des éléments précis et circonstanciés : l'existence d'indices laissant présumer la présence de preuves, l'intérêt de l'enquête, la proportionnalité de la mesure. Cette motivation évite les perquisitions arbitraires ou exploratoires et permet un contrôle juridictionnel a posteriori.

¹¹⁷ M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale, op. cit.*, p. 140.

Une perquisition de nuit autorisée par une autorité incompétente ou non conforme aux exigences de forme peut être frappée de nullité¹¹⁸. Tout acte de procédure entaché d'irrégularité peut être annulé s'il a porté atteinte aux intérêts de la personne concernée.

La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que l'absence de motivation suffisante, la généralité excessive de l'objet de la perquisition, ou encore l'omission d'une mention obligatoire peut entraîner l'annulation de la perquisition et, par voie de conséquence, des éléments de preuve qu'elle aurait permis de recueillir. Par un arrêt en date du 7 juin 2023¹¹⁹, la Cour de cassation française vient rappeler que l'autorisation de perquisition, hors la présence de l'intéressé, délivrée dans le cadre de l'article 706-94 du code de procédure pénale français se doit d'être motivée, au risque d'être frappée d'irrégularité¹²⁰.

La rigueur formelle exigée pour autoriser une perquisition, même de nuit n'est pas une simple contrainte administrative, mais une garantie essentielle du respect des libertés individuelles dans un État de droit. L'écrit, la motivation, et les mentions précises ne sont pas des formalités vaines, mais des éléments protecteurs à la fois pour les citoyens et pour la régularité de la procédure pénale. En encadrant ainsi la forme de l'autorisation, le législateur cherche à concilier l'efficacité de l'enquête avec la nécessité de préserver les droits fondamentaux, notamment face au pouvoir d'investigation de plus en plus large des autorités judiciaires.

B- L'encadrement de la perquisition

Même dûment autorisée, la perquisition de nuit demeure une mesure d'exception. Son déroulement ne peut se faire librement ni arbitrairement. Au contraire, elle doit obéir à un ensemble de règles précises qui encadrent sa mise en œuvre concrète. Ces règles visent à concilier l'efficacité de la recherche de la vérité avec la préservation des droits des personnes concernées. Il s'agit donc dans cette partie, d'examiner d'une part les modalités pratiques de la procédure, depuis l'entrée dans les lieux jusqu'à la saisie éventuelle d'éléments de preuve (1), et d'autre part, les garanties assurant le respect des libertés individuelles tout au long de cet acte intrusif (2).

¹¹⁸ V. Art. 53 du CPP béninois : « Les formalités mentionnées aux articles 50,51 et au présent article sont prescrites à peine de nullité. »

¹¹⁹ Cass. Crim., 7 juin 2023, (n° 22-84.442).

¹²⁰ La cour soutient que, ce n'est pas parce que la délinquance et la criminalité organisées commandent l'application d'une procédure spécifique, faite de règles dérogatoires, que ces exceptions ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle strict ; c'est justement parce qu'elles constituent des exceptions, que le contrôle doit en être encore plus rigoureux.

1- Le déroulement de la procédure

La procédure de la perquisition de nuit n'implique pas seulement l'autorisation préalable de l'autorité compétente, mais aussi le respect rigoureux des modalités d'exécution de la mesure. Le bon déroulement de la perquisition dépend en grande partie de la qualité des agents habilités à la réaliser, de la présence et de l'information des personnes concernées, ainsi que des conditions encadrant la saisie des éléments matériels ou numériques.

Page | 339

De prime abord, la perquisition ne peut être valablement exécutée que par des agents légalement habilités, c'est-à-dire disposant de la compétence nécessaire en fonction de leur statut et du cadre procédural en vigueur. En principe, ce sont les officiers de police judiciaire dits (OPJ) qui sont autorisés à procéder à une perquisition¹²¹. La qualité d'OPJ n'est pas automatique pour tous les membres des forces de l'ordre¹²². Elle est conférée par décret, sous conditions de formation, d'expérience et de contrôle hiérarchique. Les OPJ agissent soit d'initiative, c'est-à-dire d'office¹²³, dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une mission relevant de leur compétence directe, soit sur réquisition ou commission rogatoire d'une autorité judiciaire¹²⁴.

Dans le cadre d'une information judiciaire, le juge d'instruction peut également procéder lui-même à la perquisition ou la déléguer à un OPJ. Lorsqu'il délègue, la commission rogatoire doit désigner clairement l'agent chargé de l'exécution, et ce dernier ne peut pas déléguer à un agent de rang inférieur sans y être expressément autorisé. Les agents de police judiciaire (APJ)¹²⁵ et les simples agents de police ne peuvent en principe intervenir dans une perquisition qu'en assistance, sous la direction d'un OPJ¹²⁶.

Dans certains contextes spécialisés, comme des perquisitions en lien avec des infractions spécifiques telles que, les infractions à la réglementation des Eaux et Forêts et de la Chasse, des agents appartenant à d'autres corps peuvent être compétents¹²⁷, à condition qu'ils soient légalement

¹²¹ Conformément aux articles 60 et suivants du Code de procédure pénale ivoirien.

¹²² Les membres des forces de l'ordre ayant qualité d'officier de police judiciaire sont expressément désignés par le code de procédure ivoirien et béninois.

¹²³ Art. 60 du CPP ivoirien : « L'officier de police judiciaire agit soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office. Lorsqu'il agit d'office, il est tenu d'en informer immédiatement le procureur de la République... »

¹²⁴ Qui peut être le procureur de la République ou le juge d'instruction.

¹²⁵ Art. 32 du CPP ivoirien : « Sont agents de police judiciaire les fonctionnaires des services actifs de police, les sous-officiers de police, les sous-officiers de gendarmerie et les gendarmes qui n'ont pas la qualité d'officier de police judiciaire. »

¹²⁶ Art. 33 du CPP ivoirien : « Les agents de police judiciaire ont pour mission : 1°) de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ; (...) »

¹²⁷ S'agissant des inspecteurs et agents assermentés des Eaux et Forêts.

habilités à intervenir¹²⁸. Ainsi, les inspecteurs et agents assermentés des Eaux et Forêts peuvent procéder à des perquisitions mais, ils ne peuvent cependant pénétrer dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos qu'en présence d'un officier de police judiciaire qui ne peut se refuser à les accompagner et qui signe le procès-verbal de l'opération à laquelle il a assisté¹²⁹.

Page | 340

Cette exigence de qualité vise à assurer une maîtrise juridique et technique de l'acte, tout en engageant la responsabilité de l'agent en cas d'irrégularité. Une perquisition effectuée par une personne non habilitée peut être frappée de nullité, et les preuves recueillies considérées comme irrecevables.

En outre, la transparence de l'acte de perquisition constitue une garantie essentielle du respect des droits de la personne concernée. En principe, celle-ci doit être présente lors de la perquisition. Si elle est absente ou qu'elle ne veut y assister, l'opération a lieu en présence d'un fondé de pouvoir qu'elle nomme ou à défaut, de deux témoins n'ayant aucune relation avec la partie plaignante et en dehors des personnes relevant de l'autorité administrative de l'officier de police judiciaire¹³⁰. Cette prescription est la même qu'en droit pénal procédural béninois¹³¹. Le code de procédure pénale béninois précise encore qu'en cours d'information, si la perquisition a lieu dans un domicile autre que celui de l'inculpé, la personne chez qui elle doit s'effectuer est invitée à y assister. Si cette personne est absente ou refuse d'y assister, la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés présents sur les lieux ou, à défaut, en présence de deux (02) témoins¹³².

L'objectif de cette disposition est double : d'une part, prévenir les abus ou falsifications lors de la fouille des lieux, et d'autre part, permettre à la personne concernée de formuler des observations ou de s'opposer à certaines saisies jugées injustifiées notamment dans le cas de documents protégés par un secret.

Plus encore important, la perquisition vise à collecter des éléments matériels de preuve, mais cette saisie est strictement encadrée. Seuls peuvent être saisis les objets, documents ou

¹²⁸ V. Art. 34 et s. du CPP ivoirien.

¹²⁹ Art. 35 du CPP ivoirien.

¹³⁰ Conformément à l'article 67 alinéa 3 du Code de procédure pénale ivoirien.

¹³¹ V. Art 51 du CPP béninois : « Sous réserve des dispositions de l'article précédent concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu ou de son représentant. A défaut, l'officier de police judiciaire choisira deux (02) témoins requis par lui à cet effet, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. »

¹³² Art. 101 du CPP béninois.

fichiers présentant un lien direct avec l'infraction recherchée¹³³. Tout élément sans rapport avec l'enquête ou obtenu de manière irrégulière pourrait être déclaré inopérant ou annulé.

Les objets saisis doivent faire l'objet d'un inventaire détaillé, immédiatement dressé sur procès-verbal, signé par l'OPJ et la personne concernée, ou par le témoin requis. Les objets sont présentés aux personnes en présence desquelles l'opération a eu lieu, à l'effet de les reconnaître et attester qu'ils ont bien été trouvés sur les lieux de l'opération¹³⁴. Il en est fait mention au procès-verbal dont copie est remise à chacune d'elles¹³⁵.

Ce procès-verbal précise la nature, la quantité, l'état et la localisation des objets, et sert de garantie juridique pour la suite de la procédure.

Lorsqu'il s'agit de documents protégés par le secret médical, professionnel, ou des sources journalistiques, des précautions supplémentaires s'imposent¹³⁶. Par exemple, pour les avocats, la perquisition et les saisies entraînées par celle-ci ne peut être faite que par le procureur de la république, et qu'en présence du bâtonnier de l'ordre des avocats ou de son délégué qui a seul le droit de prendre connaissance des documents¹³⁷. Et à peine de nullité, aucune saisie ne peut concerner les documents relatifs à d'autres infractions¹³⁸. En outre, le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document¹³⁹. Lorsque le bâtonnier s'oppose à la saisie d'un document, le débat est porté devant le juge des libertés et des détentions qui au vu des pièces communiquées, doit décider si la saisie peut s'effectuer¹⁴⁰.

La perquisition ne peut être légitime que si elle est conduite par des agents qualifiés et encadrée par des règles procédurales précises. De la compétence des intervenants à la transparence de l'acte, en passant par la régularité des saisies, chaque étape doit répondre à un haut degré d'exigence juridique¹⁴¹.

¹³³ Art. 65 alinéa 5 du CPP ivoirien : « Avec l'accord du procureur de la République, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité. »

¹³⁴ Art. 67 alinéa 4 du CPP ivoirien.

¹³⁵ Art. 67 alinéa 5 du CPP ivoirien.

¹³⁶ V. en ce sens Art 102 du CPP béninois ou 69 du CPP ivoirien.

¹³⁷ M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 140.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Les sanctions du non-respect de ces garanties. C'est la nullité. Il s'agit d'une nullité textuelle.

Sauf que lorsqu'il y a irrégularité, elle n'est pas toujours prononcée bien que le texte la prévoit expressément. En effet, il y a une restriction à la possibilité de prononcer l'annulation d'un acte irrégulier qu'il s'agisse d'une nullité textuelle ou substantielle. Elle se déduit d'une règle générale du droit processuel, que l'on retrouvera aussi en procédure civile : « pas de nullité sans grief ». Cf. M. ADAMOU, *L'essentiel de la procédure pénale*, op. cit., p. 141.

2- Le respect des droits individuels

La perquisition de nuit bien que revêtant un aspect légal ne peut être exécutée que dans le respect strict des droits fondamentaux garantis tant par la Constitution¹⁴² que par les textes internationaux¹⁴³. Cela implique le respect du principe de proportionnalité et de finalité de l'acte, la protection du secret professionnel et de certaines catégories sensibles de personnes, ainsi que l'existence de voies de recours effectives pour dénoncer une atteinte injustifiée à ces droits.

Toute perquisition de nuit doit répondre à un objectif clair et légitime qui n'est autre que la recherche de la vérité dans le cadre d'une procédure pénale, en lien avec une infraction déterminée. Le principe de proportionnalité impose que la mesure soit adaptée, nécessaire et non excessive par rapport à la gravité des faits poursuivis et aux intérêts de la justice.

Cela se traduit par l'interdiction d'actes de violences sans nécessité aucune sur les personnes concernées par cette perquisition ou tierces se trouvant sur les lieux. En effet toute action des autorités publiques doit être conduite dans le respect de la dignité humaine, valeur fondamentale consacrée par le droit.

Il faut donc une transparence dans la mise en œuvre de ces procédures, permettant aux citoyens concernés de contester les abus et aussi permettre aux juridictions de jouer leur rôle de gardiennes des libertés car bien souvent, ces mesures présentent parfois des entraves aux droits fondamentaux.

Face au mécontentement des populations, qui dénoncent déjà les abus des forces de l'ordre dans l'application de mesures de routines¹⁴⁴, il faut assurer une réelle effectivité du respect des droits individuels lors d'une mesure intrusive en plein cœur de la nuit ou le citoyen est encore plus fragilisé vis-à-vis de l'autorité légitime. Ainsi, une perquisition ne saurait être autorisée ou réalisée dans un but purement exploratoire, sans indices sérieux ou objectifs. Lorsqu'une personne estime que ses droits ont été violés lors d'une perquisition¹⁴⁵, elle peut exercer un recours, garantissant un contrôle juridictionnel effectif. Si la perquisition est jugée irrégulière, l'acte peut être annulé, et les preuves obtenues peuvent être déclarées irrecevables.

¹⁴² V. Art 2 de la Loi n° 2016-886 du 08 Novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, telle que modifiée par les lois constitutionnelles n° 2020-348 du 19 Mars 2020 et n° 2023-693 du 25 Juillet 2023.

¹⁴³ A ce propos, voir CEDH, DUDH.

¹⁴⁴ Des interpellations musclées sans aucune nécessité, des violences corporelles injustifiées ou encore des mesures excessives fondées sur un abus d'autorité des forces de l'ordre même en pleine journée. Quid de ce qu'il peut en être en temps de nuit, période marquée par l'obscurité, l'isolement, la peur, la fragilité.

¹⁴⁵ Absence d'autorisation valable, atteinte à la vie privée, saisie irrégulière...

Suite au contrôle de la mesure de perquisitions nocturnes, si la décision se revêt arbitraire et disproportionnée¹⁴⁶, le cas échéant, la mesure est annulée ou une réparation en cas d'atteinte injustifiée aux droits fondamentaux est octroyée¹⁴⁷. Ce principe a été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui rappelle régulièrement que les mesures de contrainte doivent être strictement nécessaires dans une société démocratique. Tel est le cas dans l'affaire *Funke c. France*¹⁴⁸, dans laquelle la France a été condamnée pour une perquisition portant une atteinte injustifiée au droit au respect du domicile. De même, dans l'arrêt *Camenzind c. Suisse*¹⁴⁹, la Cour a souligné que toute perquisition doit être strictement encadrée et ne peut être admise que si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et repose sur une base légale précise.

La jurisprudence considère que ces sanctions sont nécessaires pour faire respecter les droits procéduraux et dissuader les pratiques abusives.

Le respect des droits individuels lors d'une perquisition n'est pas une simple exigence de procédure, mais un principe fondamental du droit pénal. Il reflète l'exigence de concilier les pouvoirs de l'autorité publique avec la préservation des libertés personnelles. Il revient aux législateurs, aux juridictions et aux autorités administratives de veiller au strict respect de ce principe, gage d'un équilibre entre ordre public et libertés fondamentales.

Conclusion

En ce qu'elle permet l'intrusion dans le domicile d'une personne pendant les heures normalement définies et protégées par la loi, la perquisition de nuit constitue une atteinte renforcée à la vie privée et aux libertés individuelles. C'est pourquoi la procédure pénale béninoise et ivoirienne l'envisage non comme une mesure ordinaire, mais comme plutôt une exception rigoureusement encadrée.

Ce recours exceptionnel repose d'abord sur une appréciation circonstanciée de son opportunité, fondée sur la gravité de certaines infractions comme celles liées à la sûreté de l'État, au terrorisme ou à la criminalité organisée mais aussi sur les circonstances concrètes qui rendent nécessaire une intervention en dehors des heures légales. Il ne s'agit donc pas d'un instrument

¹⁴⁶ CEDH, 15 octobre 2013, n° 34529/10, GUTSANNOVI c/ Bulgarie.

¹⁴⁷ V. CE, Sect., 26 janvier 1973, req. n° 84768, Ville de Paris c/ DRIANCOURT, LEBON p. 77.

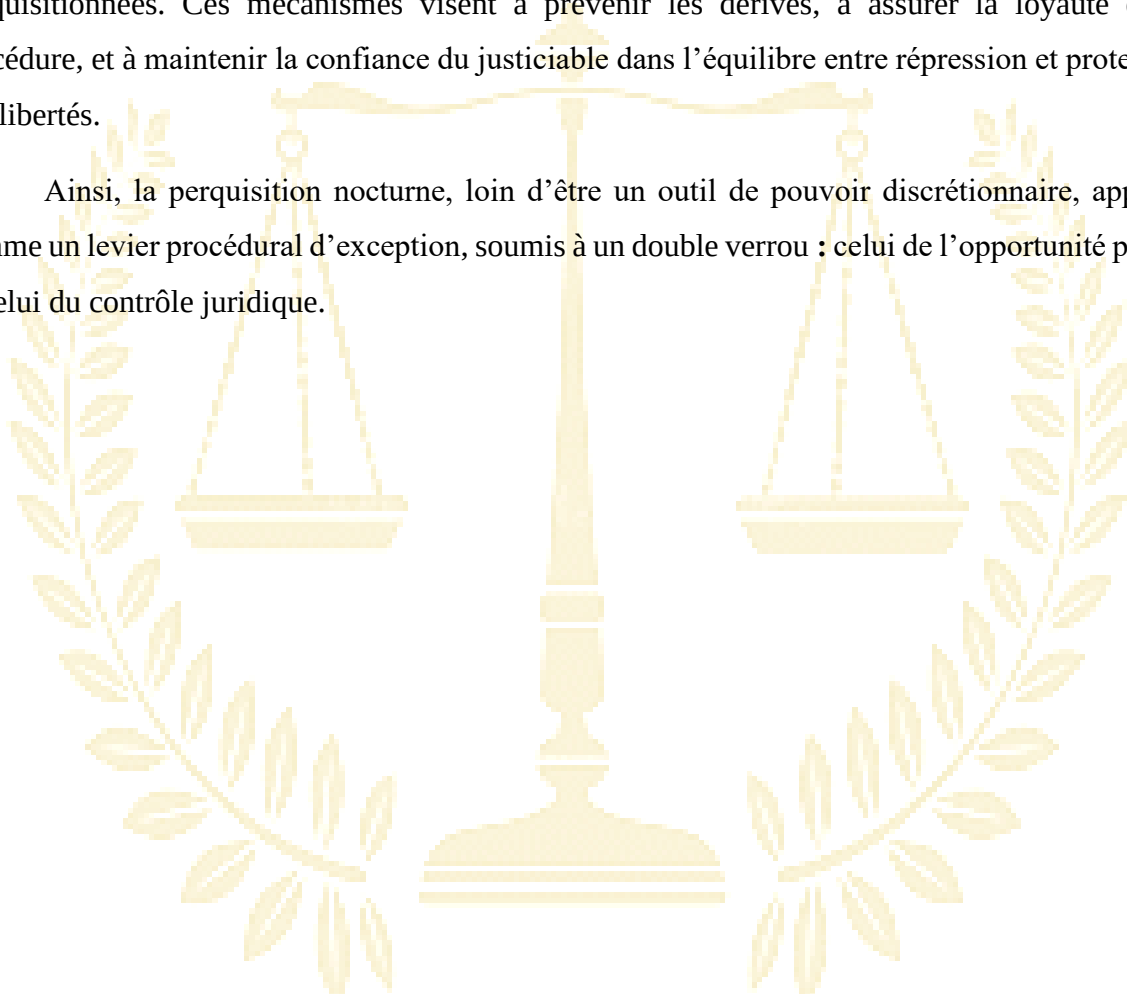
¹⁴⁸ V. CrEDH, Arrêt du 25 févr. 1993, Funke c/ France, n° 10588/83, § 44.

¹⁴⁹ V. CrEDH, Arrêt du 16 décembre 1997, affaire Camenzind c/ Suisse, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, p. 2880 ss.

systématique, mais d'une réponse ciblée et proportionnée, justifiée par des impératifs d'efficacité et de préservation des preuves.

Ensuite, les modalités procédurales de la perquisition de nuit sont marquées par une série de garanties renforcées à savoir, une autorisation judiciaire obligatoire, des agents spécialement habilités, des conditions de forme strictes, et un respect impératif des droits des personnes perquisitionnées. Ces mécanismes visent à prévenir les dérives, à assurer la loyauté de la procédure, et à maintenir la confiance du justiciable dans l'équilibre entre répression et protection des libertés.

Ainsi, la perquisition nocturne, loin d'être un outil de pouvoir discrétionnaire, apparaît comme un levier procédural d'exception, soumis à un double verrou : celui de l'opportunité pénale et celui du contrôle juridique.





Reviewing the Endangerments of Violence and Gender Based Discrimination in Cameroon: A Far-reaching Catastrophe in the Protection of Women Right and Status

Examen des dangers de la Violence et de la Discrimination Fondée sur le Sexe au Cameroun: Page | 345

Une Catastrophe de grande envergure dans la Protection des Droits et du Statut des Femmes

By:

Nana Charles Nguindip

Associate Professor in Law

Department of English Law

Faculty of Law and Political Science

University of Dschang

Abstract:

Women in every given society are treated as abandoned possessions and sometimes vulnerable as to what they represent. The international community continue to experience violation done on women rights especially those related to Female Genital Mutilations, Sexual Harassment, voluptuous abuses, rape, widow practices and many other harmful practices. These practices experienced by women on the international scene are not exempted in Cameroon in matters related to violence. Cameroon grasped and recognized as a State of Law devours great efforts in certifying that women anguishing from the effect of violence should be protected. In exercising these efforts, the country has ratified a series of international, regional and even sub-regional laws in combating violence done on women. National laws such as the Constitution, the Penal Code, Labour Code, Civil Status Registration Ordinance, Civil Code and many others have been enacted to deal with cases of violence done on women. The question posed is in ascertaining whether this continuous silent crime done on women can be exterminated? Will the women in their status and right experienced security on their established identity? In its entire ramification the story of violence experienced by women will be an unacceptable forum to say without terror that the women will be free from bondage of violence on their various statuses. This is really an oblivious hallucination.

Keywords: Violence on Women, Gender Based, Disaster, Cameroon, Violation

Résumé :

Dans toutes les sociétés, les femmes sont traitées comme des biens abandonnés et parfois vulnérables quant à ce qu'elles représentent. La communauté internationale continue de subir des violations des droits des femmes, en particulier celles liées aux mutilations génitales féminines, au harcèlement sexuel, aux abus de volupté, au viol, aux pratiques de veuvage et à bien d'autres pratiques néfastes. Ces pratiques vécues par les femmes sur la scène internationale ne sont pas exemptes au Cameroun en matière de violence. Le Cameroun saisi et reconnu comme un Etat de droit consacre de grands efforts pour certifier que les femmes souffrant des effets de la violence doivent être protégées. Dans le cadre de ces efforts, le pays a ratifié une série de lois internationales, régionales et même sous-régionales pour lutter contre la violence faite aux femmes. Des lois nationales telles que la Constitution, le code pénal, le code du travail, l'ordonnance sur l'enregistrement de l'état civil, le code civil et bien d'autres ont été adoptées pour traiter les cas de violence à l'égard des femmes. La question qui se pose est de savoir si ce crime silencieux et permanent commis à l'encontre des femmes peut être exterminé. Les femmes, dans leur statut et leur droit, connaîtront-elles la sécurité sur la base de leur identité établie ? Dans toute sa ramification, l'histoire de la violence subie par les femmes sera un forum inacceptable pour dire sans terreur que les femmes seront libérées de l'esclavage de la violence dans leurs différents statuts. Il s'agit vraiment d'une hallucination inconsciente.

Mots-clés : Violence à l'égard des femmes, violence fondée sur le genre, catastrophe, Cameroun, violation

Introduction

Issue of violence has been of great essence to the Cameroon government. They believe that the problem we have nowadays is not just to a party of a treaty, convention, covenant or declaration. In showing its commitment and engagement in respective human right laws, the country saw the need to ratified necessary laws dealing with women treatment. In 2012, Cameroon ratified the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa. It is really surprising that ever since Cameroon ratifies this Protocol, there country till this moment has done nothing in establishing or enacting a law or bill that comprehensively addresses violence against women, however a draft law addressing violence against women and gender-based discrimination is under consideration. The country has however enacted some laws pertaining to different forms of violence against women, such as rape, sexual harassment, and female genital mutilation. In 2012, the government drafted a National Strategy to Combat Violence against Women, provided health and financial assistance victims, established and operate a hotline for victim support and reporting cases, and implemented awareness-raising activities at the national and local levels.

Page | 347

Despite these government efforts, there is a high prevalence of violence against women throughout the country, in large part due to the inadequate legislation to address the problem and lack of systematic action to eliminate stereotypes and harmful practices that discriminate against women. Paired with this is a limited number of investigations and prosecutions of such cases and overall failure to hold perpetrators accountable.

Domestic violence in Cameroon is a pervasive problem. A 2018 study found that, of 2,570 women, 995 (38.7%) reported physical violence and 381 (14.8%) reported sexual violence.¹ These data match more recent statistics, including a study from Douala-based La Maison des Droits de l'Homme that approximately 39 per cent of women suffered from physical violence in 2008,² thus indicating that little has been done to stem the epidemic of domestic violence over the years. The vast majority of victims are women, as females account for 92% of domestic violence victims in Cameroon.³ The Government of Cameroon fails to engage in effective criminal investigation and

¹ Alio, Amina P., et al, "Association between intimate partner violence and induced abortion in Cameroon," 112 International Journal of Gynecology & Obstetrics 2 (Feb. 2018).

² 159NGO Report On the implementation of the ICCPR (Replies to the List of Issues, available at CCPR/C/CMR/Q4) http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/GeED_Cameroon_HRC99.pdf (last visited August 20, 2013).

³ L'Association Camerounaise des Femmes Juristes, Lutte contre les violences faites aux femmes au Cameroun: Une mobilisation Considérable, Justice & Solidarité, July 2012, p. 4.

prosecution of domestic violence acts. Cameroon's penal code does not specifically criminalize domestic violence.⁴ In the absence of a specific criminal domestic violence provision, victims are thus left to rely on the general assault provisions in the Penal Code, which address murder,⁵ grievous harm,⁶ assault causing death,⁷ assault causing grievous harm, simple harm, failure to assist women abandoned by their husbands, and assault of a pregnant woman.⁸ Marital rape is not a crime under Cameroon law.⁹ Current attempts at legal reform do not suggest that prohibiting marital rape is a priority objective of the Government of Cameroon at this time. The Government of Cameroon's 3rd Periodic Report states that "the draft bill of the Criminal Code, which is in the process of being finalized, contains provisions that criminalize violence against women, in particular sexual harassment, disruption of growth of an organ etc."¹⁰ This paragraph does not include, however, any specific mention of criminalizing spousal rape.

Although general assault and murder provisions are available, legal systems actors' practices show a failure to prioritize the prosecution of domestic violence. Domestic violence is generally considered a private matter by the community and law enforcement and is rarely addressed at the level of the courts for these same reasons.¹¹ Harmful practices also perpetuate domestic violence, as men at times defend their use of domestic violence because of the bride price they paid for their wives.¹² In its 3rd Periodic Report, the Government of Cameroon points out the 2010 indictment of one defendant, a police officer, for murdering his wife, a magistrate.¹³ While the prosecution of this single offender for domestic violence homicide is a welcome step toward offender accountability, the Report makes no other reference to or mention of prosecution for the hundreds of other domestic violence cases in Cameroon. Moreover, victims of domestic abuse have little recourse for protection. There is no domestic violence law in Cameroon that would

⁴ Country Reports on Human Rights Practices for 2012: Cameroon, U.S. Department of State (2012), at 27; Beijing + 15, "The Stance of Cameroon and the Unfinished Business," Gender Power and Development, July 2010, pg. 36.

⁵ Articles 275 and 276 of the Cameroon Penal Code

⁶ Ibid, Article 277

⁷ Ibid, Article 278.

⁸ I(Article 278), Immigration and Refugee Board of Canada, *Cameroon: Domestic violence, including legislation, availability of state protection and support services for victims*, 2 December 2010, CMR103371, available at: <http://www.refworld.org/docid/4db7b9d92.html>].

⁹ Country Reports on Human Rights Practices for 2012: Cameroon, U.S. Department of State (2012), at 27.

¹⁰ 3rd Government Report within the Framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, Section 30.

¹¹ Beijing + 15, "The Stance of Cameroon and the Unfinished Business," Gender Power and Development, July 2010, pg. 35-36.

¹² Johnson Takwa, Teke. 2009. "Violence Against the Women and the Girl Children in Cameroon." Poster presented at the International Conference on Population, 27 September-2 October 2009, Marrakech, Morocco, at 5, <http://iussp2009.princeton.edu/papers/90344>.

¹³ 3rd Government Report within the Framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, para. 505

provide women with an order for protection against their abusers.¹⁴ The Family Code that was drafted in 1997 to address issues of domestic violence has remained on the shelf.¹⁵ Stakeholders see this failure to adopt the law as a lack of political will to address domestic violence.¹⁶ Women seeking to escape the violence through divorce are hindered by the fact that spousal abuse is not a legal ground for divorce.¹⁷ Other practices by the government also create additional obstacles for victims seeking safety. The Cameroonian Government in its report states that it provides marital and family mediation services in cases of marital or family disputes, noting that it's counselling and mediation units processed 17,000 cases and settled 3,668 of them "amicably."¹⁸ It is well-documented; however, that mediation is problematic and dangerous for domestic violence victims, because the assumptions underlying the use of mediation do not apply when there has been domestic violence. Mediation assumes that both parties are equal, yet an abuser holds tremendous power over a victim. This imbalance of power between the parties cannot be remedied, even with the skills of a trained mediator. During mediation, the abuser can easily control the victim through the use of signals known only to the couple. Also, a victim is often afraid and reluctant to voice her concerns. Further, mediation focuses on future behavior, and many mediators do not allow the victim to address past issues of violence. This furthers the victim's sense of personal responsibility for the abuse, and undermines the accountability of the abuser.¹⁹

I- AN ANALYSIS OF THE VARIOUS SITUATION OF VIOLATION OF WOMEN RIGHT: A COMMON DEFILEMENT

More than half of women (55%), since the age of 15, have been physically abused, mainly by their husband or partner.²⁰ While it is true that the current husband / partner (51%) remains the principal perpetrator of physical violence, the most recent husband / partner (16%), father's mother or wife (15% or the husband of the mother (14%) and the sister or brother (12%), teachers (8%) are the other perpetrators of physical violence against women;²¹ Of the women who has had sexual intercourse, 20% were forced to have first sexual intercourse and 30% had sexual intercourse

¹⁴ Nisha Giridhar, *The Global Spread of Domestic Violence Legislation: Causes and Effects* (Spring 2012), at 20, http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4600/Giridhar_Nisha.pdf.

¹⁵ Written Communication with Ndi Richard Tanto, Ecumenical Service for Peace, Aug. 20, 2013.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Country Reports on Human Rights Practices for 2012: Cameroon, U.S. Department of State (2012), at 27

¹⁸ 3rd Government Report within the Framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, paras. 446, 506.

¹⁹ *Mediation*, StopVAW, Feb. 2008, <http://www.stopvaw.org/Mediation>

²⁰ Institut National de la Statistique (INS) et ICF International, *Enquête Démographique et de Santé et à Indicateurs Multiples*, Calverton, Maryland, USA, INS et ICF International, septembre 2012, pp. 327-328.

²¹ Ibid., p.329.

before the age of 15;²² Overall, 41% of women reported that they were aged 15 to 49 at the time when they first experienced sexual abuse and 19% were 10 to 14 years old at the time of the experiment.²³ Overall, 34% of women between the ages of 15 and 49 were physically assaulted, only 8% were sexual assaults, and 21% were both physical and sexual;²⁴ among pregnant women, 14% of women reported experiencing violence during pregnancy; among women in union or in a break-up, a total of 60% of women have experienced physical, sexual and / or emotional violence by their current or most recent husband.²⁵ According to the National Institute Statistics in 2016,²⁶ in the last 12 months prior to the survey, 29% of women have been physically abused; almost two out of three women reported being physically abused at any time. 11% of women were victims of sexual violence and 33% of emotional violence. Among women in union, 40% said they had injuries²⁵. The occurrence of injuries as a result of acts of physical or sexual violence is 43%.

1.1. The Existence of Breast Ironing: A concrete and continuous practice

Breast ironing occurs in all of Cameroon's provinces across ethnic and religious groups, although it is more common in Littoral Province (53%).²⁷ Up-to-date statistics on the prevalence of breast ironing are not readily available, but a 2006 study by the German Technical Corporation (GTZ) found that 24% of adolescent girls and 50% of girls with signs of early breast development had been subjected to breast ironing.²⁸ It is estimated that girls as young as nine years of age are subjected to this practice.²⁹ Breast ironing has serious health effects and can lead to burns, physical deformities, psychological issues, pains, high fever, abscesses and cysts in the breast, breasts pimples around the nipples, itching, severe chest pain, flow of breasts, interference with breast development, and infections.³⁰ Family members are frequently the perpetrators who carry out or condone breast ironing.¹⁸³ Breast ironing is primarily motivated by the misperception that the practice protects girls from sexual advances, rape, early marriage, and pregnancy. The practice of

²² Ibid., p. 333

²³ Ibid., p.330.

²⁴ Ibid., p.334.

²⁵ Ibid., p.337

²⁶ Institut National de la Statistique (INS) et ICF International, Enquête Démographique et de Santé et à Indicateurs Multiples, Calverton, Maryland, USA, INS et ICF International, septembre 2016, pp. 327-328.

²⁷ Bawe Rosaline Ngunshi, *Breast Ironing: A Harmful Traditional Practice in Cameroon*, 2011, at 4, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/cedaw_crc_contributions/GenderEmpowermentandDevelopment.pdf.

²⁸ Johnson Takwa, Teke. 2009. "Violence Against the Women and the Girl Children in Cameroon." Poster presented at the International Conference on Population, 27 September-2 October 2009, Marrakech, Morocco, at 4.

²⁹ Country Reports on Human Rights Practices for 2012: Cameroon, U.S. Department of State (2012), at 30.

³⁰ Ibid.; Bawe Rosaline Ngunshi, *Breast Ironing: A Harmful Traditional Practice in Cameroon*, 2011, at http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/cedaw_crc_contributions/GenderEmpowermentandDevelopment.pdf (last visited Aug. 23, 2013).

breast ironing highlights the gaps in the Cameroon legal system to adequately prevent and punish sexual assault and sexual harassment, leaving it instead to civilians to resort to harmful practices as perceived prevention. There are currently no laws addressing breast ironing or sexual harassment. Provisions of the current Penal Code could be used to prosecute cases of breast ironing, including provisions on harm and assault. Recent research in Cameroon, however, failed to identify any legal interventions, arrests, or detentions for breast ironing based on these provisions.

1.2. The Notion of Female Genital Mutilation

Female genital mutilation is believed to reduce the sexual desire of the women and girl children thereby assisting them to remain virgins as long as possible and faithful to their husbands when they later marry but this practice constitutes a permanent health risk. This act which is usually performed by traditional methods without the use of anaesthesia often lead to severe pain, haemorrhage, and other complications that often result in difficulties of conception and child delivery. It equally increases the exposure of the concerned women to HIV/AIDS and tetanus infection. It also reduces the possibility of attaining full sexual satisfaction as it hinders victims from reaching orgasm.

Female genital mutilation (FGM) is carried out in nearly all areas of Cameroon. Most FGM practices are clitorectomies; it is reported that infibulation has been performed in the Kajifu area. In the southwest and far northern provinces, FGM is reportedly practiced on 100% of Muslim and 63.6% of Christian girls. There is no law prohibiting FGM. The government's history and recent statements by ministry officials suggest that addressing FGM is not a priority for the Cameroon Government. Attempts by the Cameroon Parliament to address FGM have been unsuccessful and protracted over the course of nearly a decade. As early as November 2003, a private member's bill to abolish FGM was introduced, subsequent efforts have since failed. In 2010, Ministry of Justice authorities informed Amnesty International that the process was underway to criminalize FGM, but three years later, such legal reform has yet to happen. Furthermore, the Minister of Justice downplayed FGM as practiced in Cameroon, stating that it is "slicing off a section of the clitoris and is not as dramatic as in West Africa." In its 3rd Periodic Report, the Government of Cameroon describes its support and rehabilitation for victims of FGM experiencing obstetric fistula as "psycho-social welfare." It does not, however, detail any medical assistance it is providing these girls to address their physical and reproductive health care needs. a harmful traditional practice involving partial or total removal of the female external genitalia. It

includes the most severe form of abuse, infibulation, usually practiced on preadolescent girls. The Government has criticized the practice; however, no law prohibiting FGM is implemented. At present, the practice of FGM by groups is tending to decline, albeit slowly. This is due to its condemnation by the State -even if not prohibited by law, the discreet but effective influence of the NGOs and the threat of HIV. FGM continues to be practiced especially in the Ejagham tribe of the South West Province and the Hausas and Araphous in Northern Cameroon. Furthermore, migration contributed to the spread of FGM to different parts of the country. Public health centres in areas where FGM is frequently practiced counselled women on the harmful consequences of FGM; however, the government did not prosecute anyone for performing FGM.³¹ Female genital mutilation affects more than 1.4% of the female population at the national level and 20% in the outbreak areas⁴⁵. Women and girls in the Far North are the most circumcised (5.4%) followed by those in the Southwest (2.4%) and the North (2.2%).³²

1.3. Assessing the Position of Employment Discrimination

The Government of Cameroon's 3rd Periodic Report states: "In a bid to promote gender, the Government and National Community will ensure equitable representation of girls in all sectors, particularly in vocational training, higher education and access to employment."³³ In light of this goal, the Report points to the formulation of a National Gender Policy ("NGP") which seeks to "guarantee the enjoyment of the same rights by men and women including an equitable and equal participation in the development of the country" by 2035.³⁴ The NGP also seeks to ensure the "promotion of the equality of chances and opportunities between men and women in the economic and employment spheres."³⁵ Cameroon's Civil Code of 1981 ("Civil Code") perpetuates gender discrimination and significantly impairs the ability of women to pursue their right to employment. Specifically, Chapter VI, Section 74 of the Civil Code states the following:

(1) A married woman may exercise a trade different from that of her husband.

³¹ Country Sheet Cameroon on Female Genital Mutilation, European Commission on Human Right in Cameroon, 2015

³² MINPROFF Cameroun, Annuaire Statistique 2015 du Ministère de la Promotion de la Femme et de la Famille, MINPROFF Cameroun, p.6.

³³ 3rd Government Report within the Framework of the African Charter on Human and Peoples' Rights, Section 3(1)(c).

³⁴ *Id.*, para. 460.

³⁵ *Ibid.*

(2) The husband may object to exercise of such a trade in the interest of the marriage or their children³⁶ against women and their right to work under Article 15 of the African Charter. Second, this provision has a de facto discriminatory effect on women, as employers may be reluctant to hire women and, in some cases, may even require written authorization from a woman's husband before hiring.³⁷ As a result, women may have less ability to exercise their employment options given their husbands' authority, particularly in the Northern Muslim-dominated region, where misperceptions that the men are superior to women prevail.³⁸ Additionally, some men are reluctant to employ well-educated women, such as lawyers and journalists. Women may refuse certain jobs that they feel may put their matrimonial harmony at risk. Finally, a husbands' veto power in the interest of their children is exacerbated by the scarce and insufficient facilities for children such as crèches, childcare centres, and kindergartens.³⁹ The Civil Code's discriminatory effect against women in employment is evident in the employment statistics reported by the Cameroon Government in its 3rd Periodic Report: 61.3% of males are employed versus 44.5% of females.²⁰⁷ When employment data is broken down by employment in the formal sector, the gender disparity becomes even more apparent: 11.9% of males are working in the formal sector, whereas just 4.1% of women are employed in the formal sector.²⁰⁸ Women's employment as salaried, permanent workers is low, and only 8.2% of women working in any capacity falling in this category

2.0 FORCED AND EARLY MARRIAGES, AN EXAGGERATING EXPOSITION ON CHILDREN RIGHT AND STATUS

The Cameroon Penal Code provides punishment for the perpetrators of forced or early marriage under article 356 of the Penal Code:

“(1) Whoever compels anyone to marry shall be punished with imprisonment for from five to ten years and with a fine of from 25,000 to 1,000,000 francs.

(2) Where the victim is under the age of 18, the punishment may not be less than two years' imprisonment, whatever the mitigating circumstances.

³⁶ Cameroon Civil Code of 1981, Chapter VI, Section 74.

³⁷ Cameroon Society and Culture Complete Report, World Trade Press, 2010, Petaluma CA

³⁸ Written Communication with Ndi Richard Tanto, Ecumenical Service for Peace, Aug. 20, 2013

³⁹ Isidore Léopold Miendjiem, Etude nationale sur la discrimination en matière d'emploi et de profession et proposition d'un plan national d'action au Cameroun, at 78, Geneva 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_164856.pdf

(3) Whoever gives in marriage a boy under 16 years of age or a girl under 14 shall be punished as under the two last foregoing subsections.

(4) Upon conviction, the court may deprive the offender of parental power and disqualify him from being the guardian or curator of any person for the period stipulated in article 31(4) of this Code.”

Page | 354

Forced marriages are considered a big problem in Cameroon. Such marriages are traditional and not civil and occur for females between the ages of 14 and 18. The marriages tend not to be civil because the birth certificate and marriage certificate has to be paid for. In addition to being too young to get married, the girls are not protected through the family law and have few rights. Such marriages usually occur in the north and far north, although the practice may occur throughout the country. The legal age for women to enter into marriage in Cameroon is 15 but according to the results of the Third Demographic and Health Survey of Cameroon carried out in 2004, the median age for entry into marriage was 17.6 years. This national average conceals wide variations within Cameroon with a median age at first marriage for women in three Northern regions of 15.4 years and 20.6 years for Yaoundé and Douala. Some girls especially in the northern parts of Cameroon enter into marital unions as early as 11 years. Girls who enter into early marital unions are usually either forced or tricked into it with little or no regard for their will. There is a close link between early marriage and early fertility which may lead to obstructed delivery and high rates of maternal deaths. There is also a close link between high rates of early marriages and high divorce rates. Divorce exposes the woman to prostitution with the many negative consequences that are connected to it such as high exposure to infection by sexually transmitted diseases including HIV/AIDS. For early and forced marriages, the MICS 2014 report shows that 11.4% of girls enter the union before the age of 15 and 36% before the age of 18 and that 42.5% of girls aged 15 To 19 years are in union with a partner of at least 10 years their elder. The study carried out⁵⁰ by the local NGO ALVF-EN in 2014 revealed that 89% of the respondents indicated that women should not have their first period under the roof of their parents but rather their spouses and 15% of these people believe that early and forced marriage protects girls against abortions and unwanted pregnancies.

2.1. ASSESSING THE TENDENCY OF VIOLENCE ON BIRTH-RATE

The non-declaration of births or the possession of invalid acts constitutes a violation of the right to identity and nationality in Cameroon. This lack of respect for the right to identity hinders

the exercise of many other rights such as the right to education, work and health care. A study conducted from August 2014 to June 2015 in 477 kindergartens and primary schools in the Littoral region revealed that 27,273 children (5.4 %) did not have birth certificates.⁴⁰ In the same period, in the North of the country, more than 200,000 children under the age of 15 were also identified as being without birth certificates.⁴¹

In 2017, the Committee on the Rights of the Child had noted the problem of the cost of birth registration, the lack of information of parents about the importance of birth registration, and the deadlines for doing so and the fact that civil registration offices are sometimes inaccessible and lack sufficient resources, which has disproportionate effects on vulnerable populations.⁴² The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has also raised this problem in its list of issues addressed to Cameroon, requesting it to provide statistical data on unregistered births and information on the impact of measures taken by the State party to urgently address the problems of non-declaration of birth and the possession of invalid acts.⁴³ Finally, it should be noted that Cameroon has noted, without providing any justification, a recommendation from its 3rd Universal Periodic Review to: “Ensure universal birth registration without discrimination by developing information systems with solid databases that would include information on the number of people yet to be registered, creating mobile registration units to reach the most remote areas, and conducting campaigns to inform all factory.

2.2. The Health Arena, a Fatal Error in Protecting Female Standard

The maternal mortality rate is high (782 deaths per 100,000 live births). The birth rate among adolescent girls, aged 15 to 19, is 105.8 births per 1,000 girls.⁴⁴ In recent years, maternal and infant mortality has increased as women practice traditional deliveries in the bush with various risks to their babies' health and their own health.⁴⁵ In some areas of the Southwest and Northwest, only 6% of women give birth in health centres.⁴⁶ The low rate of assisted deliveries, inadequate management of obstetric complications and limited access to health services contribute to an

⁴⁰ Information and public awareness project on specific formalities and obligations for the rehabilitation of civil status, Douala 2015, funded by the European Union

⁴¹ Diagnostic study on the status of issuance of civil status records in the Department of Benoue, 2014-2015, funded by the European Union

⁴² CRC/C/CMR/CO/3-5, paragraphs 18 and 19

⁴³ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has raised this issue in its list of issues E/C.12/CMR/Q4, paragraph 18

⁴⁴ <http://hdr.undp.org/en/composite/GII>

⁴⁵ ONU Femmes, *Profil...*, p.4

⁴⁶ IMC, July 2018

increased maternal mortality. 5% of women and 2.3% of men aged 15 to 64 live with HIV / AIDS.⁴⁷ Women are less knowledgeable than men about how to prevent the sexual transmission of STDs and HIV / AIDS.⁴⁸ Risk taking behaviour, sexual violence and the use of prostitution as a survival strategy lead to an increase in infectious diseases, especially HIV / AIDS. Lack of access to contraceptive methods, combined with low coverage of sexual and reproductive health services, reinforces this problem. Young people (adolescent girls in particular) are the most exposed to risky behavior, resulting in early pregnancy, unsafe abortion and STDs. Because of the beliefs about the use of contraceptive methods, girls have very little access to them. In the South West and North West, the male condom remains the most common method of preventing STDs and unwanted pregnancies.⁴⁹ In South West and North West, people living with HIV who were on ARVs can no longer access drugs when they are in the bush, increasing the risk of contamination.⁵⁰ Fear of social stigma, concerns about parents rejecting them, poverty and impossibility of sharing with the father of the future baby parental responsibilities; push some pregnant girls to terminate their pregnancies. In the Southwest and Northwest, while 61% of them seek help at the hospital, 56% of them use traditional doctors, 28% do this at home, using drugs or other methods.⁵¹

2.3. Educational Manipulation

Despite the adoption of a law on free public primary education, the payment of fees to Parents' and Teachers' Associations and other related costs is still required in public primary schools as well as in secondary schools. Many civil society organisations contest this practice, which is not only a violation of the law on free education, but also a violation of the right to education, which encourages corruption and embezzlement by school headmasters. The Committee on the Rights of the Child also noted in 2017 during its review of Cameroon: "(c) Excessive costs for education in the form of informal fees disproportionately affecting the large number of families in the State party living in poverty" and recommended that the Government abolish all indirect costs in primary education and punish educational staff who demand payment of unofficial fees.⁵²

⁴⁷ *Rapport de l'enquête CAMPHIA 2018*

⁴⁸ *Annuaire Statistique du MINPROFF*, p.84

⁴⁹ CARE & PLAN INTERNATIONAL, *Ibid.*

⁵⁰ ONU Femmes, *Profil...*, p.4

⁵¹ CARE & PLAN INTERNATIONAL, *Ibid.*, p. 7

⁵² CRC/C/CMR/CO/3-5, paragraphs 38 (c) and 39 (d)

The percentage of women over 25 with some secondary education is 32.5% compared to 39.2% for men. Young girls in university studies focus primarily on humanities, social studies, law and social and economic management studies. They represent only 32.3% of the students in sciences, school streams that are more promising in terms of employment.⁵³ For more than three years, tens of thousands of children in the Far North, North-West and South-West of Cameroon have not been able to return to school. In areas still offering schooling possibilities, boys are in some cases privileged when school fees cannot be paid for all: While they go to class, girls are responsible for domestic chores and small trade to support their families. This tendency takes place in a national environment already favouring, before the crisis, the boys' education: In elementary school, 110% of girls against 125% of boys are enrolled (gross rate of schooling). In secondary school, the gap widens, with 53% of girls enrolled compared to 65% of boys.⁵⁴ Beyond the costs associated with schooling, adolescent girls face additional barriers, particularly in secondary school, mainly because of the burden of household chores. The safety conditions and distances to go to school are also important barriers to education. Poverty and displacement have caused many girls to never go to school.⁵⁵

3. GENDER BASED VIOLENCE PROTECTION: A COMPLETE FORGOTTEN NETWORK IN CAMEROON

Violence against women is a form of violence that is very prevalent but lacks recognition as a social problem due to the fact that it is sometimes invariably accepted as a way of life. Violence takes various forms but the most pervasive is violence against women in the private sphere that is domestic violence. Domestic violence in the form of physical assault is very rampant and is compounded by societal acceptance as either a form of correction by the husband and other family members, or as a sign of love in certain cultures. It is a serious violation of women's human rights because adequate actions to prevent violations have not been taken nor where violations occur, the State has not adopted proper measures (e.g. a specific law on violence against women) that provide remedies to the victims of domestic violence. Law enforcement officers and medical personnel are not adequately trained to deal with the issue. It is either regarded as a private domestic matter or victims are discouraged from bringing their partners and other culprits before the law. This is the more reason why the draft law on Gender Based Violence needs to be urgently promulgated into

⁵³ Annuaire statistique MINESUP 2012

⁵⁴ Annuaire statistique de l'éducation 2018

⁵⁵ Plan International, *Ibid*, p.52

law. Statistics show that 53% of women are subjected to one form of violence or another as from the age of 15. In 36% of the cases it is the husband who is the perpetrator of violence. Amongst women who are assaulted, 55% are those living in marital unions while 19% are single women.

Physical violence is a common phenomenon in Cameroon. 40% of women living in urban areas are subjected to it while those living in rural areas constitute 37%. Violence against women knows no distinction of class or status. Studies revealed that educated women suffer more violence (45 %) than uneducated women (36 %). 64 % of employed women suffer physical violence. Furthermore, domestic violence is common amongst the childless (77 %), while 53 % of those with five or more children are victims of such violence.

In Cameroon 43.2% of women in union are confronted with domestic violence. 39.8% and 14.5% respectively face emotional and sexual violence. Nationally, 20.1% of women were reported to have been forced to have sex for their first sexual relationship.⁵⁶ Overall, 56.4% of women in union experienced at least one of these forms of violence. The lack of legal criminalization of domestic violence and marital rape is a major gap in the protection of women's rights.⁵⁷ Gender-based violence has increased since the beginning of the crisis: A consultation in the South-West shows that 85% of respondents think that women and girls face violence, whether rape, sexual abuse, domestic violence, denial of resources or opportunity, psychological abuse, physical violence or early marriage.⁵⁸ Young women, aged 15 to 35, would be most at risk. In the Far North region, from February 2018 to June 2019, 97% of cases of Gender Based Violence are reported by women, of which about 12% are sexual violence. In 84% of cases, the perpetrator is the intimate partner.⁵⁹ Sexual violence by armed groups or other men is a reality that is sometimes faced by boys and men. Thus, 11% of GBV cases reported in June were boys and men.⁶⁰ While domestic violence and sexual assault against women is reported very little to the police, these figures are virtually non-existent when it comes to violence against men.⁶¹ Prosecuting the perpetrators of sexual violence against men is a real challenge since the definition in Cameroon's penal code does not provision for rape against the male population. Thus, the lawyers had to use the term "forced homosexuality" as an element to establish legal proceedings.⁶² The lack of a

⁵⁶ Annuaire Statistique du MINPROFF, p.55

⁵⁷ http://www.wilpf-cameroon.org/wp-content/uploads/2018/10/Cameroon-UPR_EnglishWEB-FINAL-.pdf

⁵⁸ IRC Cameroon Country, *Ibid*

⁵⁹ Rapports GBVIMS (février 2018 à Juin 2019)

⁶⁰ OCHA, *Cameroon...*, p.7. At the national level, 54.6% of women and 41.2% of men have been victims of physical violence since the age of 15 (Annuaire statistique du MINPROFF, p. 55)

⁶¹ Annuaire Statistique du MINPROFF, p.32

⁶² OCHA, *Cameroon...*, p.7

formal referral mechanism to guide survivors greatly limits their access to appropriate holistic services. Health centres, while more accessible, do not offer the privacy and confidentiality that is recommended for the treatment of such cases. Information about cases of violence is also not stored safely. Lack of support to cover medical costs as well as the lack of complete PEP kits undermines the quality of care.⁶³ The accessibility to the forensic certificate remains limited because they are paying. In addition, survivors in some localities do not report abuse to the police for fear of arrest or fear that their case will not be handled in a way that places their own safety at the centre. Beyond the absence and inadequacy of existing services, survivors face various obstacles preventing them from reporting abuse. Thus, the social representation of marriage, with the perception that a raped woman / girl has very little chance of finding a husband, being considered a "torn cloth", reduces them to silence. Also, the guilt of the rape suffered is sometimes placed on the victim who, by her actions or inadequate outfit, would have "provoked" the aggression. Sometimes survivors think they cannot be believed. Finally, the level of power often held by the perpetrators of such acts, with an ascendant over their victims, the threat of reprisals, the apprehension of being repudiated or the fear of being married to the executioner, are all obstacles to denunciation. Cases of breast ironing and female genital mutilation are noted, which already prevailed in some regions before the crisis.⁶⁴ Physical violence exercised against women and the girl children takes many forms. It can take the form of sexual aggression which involves the use of force to have sexual relations with either a very young girl or a mature woman. Sexual aggression can even take place within marriage circles. It can also be practised by someone who is very close to the young girl such as the father, teacher, the pastor, the doctor, a brother, etc. This involves a form of abuse of confidence. Forced sex intercourse is usually carried out without the use of the condom and is often accompanied by injury, STD infection and unwanted pregnancies.

In other cases, sexual aggression may take a milder form where the aggressor uses persuasive methods such as the use of money or the offer of non-financial items to lure the woman or the girl child into sexual relation. The men involved in such sexual acts are usually quite older and financially viable than their female partners (sugar daddies) and most often have more other sex partners. Sexual relations occurring under such circumstances expose the girl child to various forms of unpleasant effect including injury which leads to high rates of infection by sexually transmitted diseases including HIV/AIDS, early and unwanted pregnancy which at times

⁶³ IRC Cameroon Country Program, *Ibid*.

⁶⁴ ONU Femmes, *Profil...*, p.3

compromise educational career of victims and reduce their chances to develop their productive potentials and increase the risk of dying from pregnancy and child delivery related complications. Cases of sexual aggression on women and girl children in Cameroon are usually under reported. Women and girl children who undergo these unfortunate circumstances usually keep quiet to spare themselves of the shame usually associated to this by the societies they live in. Sometimes, they keep quiet for fear of being accused of provoking the situation. Information collected during the 2017 Cameroon Demographic and Health Survey shows that in 2017 alone, 13.0% of Cameroonian women underwent sex under physical constraints.

Apart from sexual aggression, other forms of physical assaults on the women and the girl children involve inflicting pain and injury on the women using the hands, the head, the cane, arms, etc. Although such aggressions usually takes place within the households, coming from especially the husband (domestic violence), young girls are usually physically assaulted by the boyfriends. In some parts of Cameroon especially the Centre and South regions, some people claim that beating the woman is a sign of deep affection and beating the woman is generally more accepted in these regions than other regions of Cameroon. Men usually beat their wives under the influence of alcohol. Some men claim that since they spend much money on the bride prize paid to marry their wives, they can do almost anything that they want with them including the practice of physical or psychological violence on them.

3.1. THE PHENOMENON OF GENDER-BASED VIOLENCE:

Violence against women is a form of violence that is very prevalent but lacks recognition as a social problem due to the fact that it is sometimes invariably accepted as a way of life. Violence takes various forms but the most pervasive is violence against women in the private sphere that is domestic violence. Domestic violence in the form of physical assault is very rampant and is compounded by societal acceptance as either a form of correction by the husband and other family members, or as a sign of love in certain cultures. It is a serious violation of women's human rights because adequate actions to prevent violations have not been taken nor where violations occur, the State has not adopted proper measures (e.g. a specific law on violence against women) that provide remedies to the victims of domestic violence. Law enforcement officers and medical personnel are not adequately trained to deal with the issue. It is either regarded as a private domestic matter or victims are discouraged from bringing their partners and other culprits before the law. This is the more reason why the draft law on Gender Based Violence needs to be urgently promulgated into law. Statistics show that 53% of women are subjected to one form of violence or another as from

the age of 15. In 36% of the cases it is the husband who is the perpetrator of violence. Amongst women who are assaulted, 55% are those living in marital unions while 19% are single women.

Physical violence is a common phenomenon in Cameroon. 40% of women living in urban areas are subjected to it while those living in rural areas constitute 37%. Violence against women knows no distinction of class or status. Studies revealed that educated women suffer more violence (45 %) than uneducated women (36 %). 64 % of employed women suffer physical violence. Furthermore, domestic violence is common amongst the childless (77 %), while 53 % of those with five or more children are victims of such violence.

In Cameroon 43.2% of women in union are confronted with domestic violence. 39.8% and 14.5% respectively face emotional and sexual violence. Nationally, 20.1% of women were reported to have been forced to have sex for their first sexual relationship.⁶⁵ Overall, 56.4% of women in union experienced at least one of these forms of violence. The lack of legal criminalization of domestic violence and marital rape is a major gap in the protection of women's rights.⁶⁶ Gender-based violence has increased since the beginning of the crisis: A consultation in the South-West shows that 85% of respondents think that women and girls face violence, whether rape, sexual abuse, domestic violence, denial of resources or opportunity, psychological abuse, physical violence or early marriage.⁶⁷ Young women, aged 15 to 35, would be most at risk. In the Far North region, from February 2018 to June 2019, 97% of cases of Gender Based Violence are reported by women, of which about 12% are sexual violence. In 84% of cases, the perpetrator is the intimate partner.⁶⁸ Sexual violence by armed groups or other men is a reality that is sometimes faced by boys and men. Thus, 11% of GBV cases reported in June were boys and men.⁶⁹ While domestic violence and sexual assault against women is reported very little to the police, these figures are virtually non-existent when it comes to violence against men.⁷⁰ Prosecuting the perpetrators of sexual violence against men is a real challenge since the definition in Cameroon's penal code does not provision for rape against the male population. Thus, the lawyers had to use the term "forced homosexuality" as an element to establish legal proceedings.⁷¹ The lack of a formal referral mechanism to guide survivors greatly limits their access to appropriate holistic

⁶⁵ Annuaire Statistique du MINPROFF, p.55

⁶⁶ http://www.wilpf-cameroon.org/wp-content/uploads/2018/10/Cameroon-UPR_EnglishWEB-FINAL-.pdf

⁶⁷ IRC Cameroon Country, *Ibid*

⁶⁸ Rapports GBVIMS (février 2018 à Juin 2019)

⁶⁹ OCHA, *Cameroon...*, p.7. At the national level, 54.6% of women and 41.2% of men have been victims of physical violence since the age of 15 (Annuaire statistique du MINPROFF, p. 55)

⁷⁰ Annuaire Statistique du MINPROFF, p.32

⁷¹ OCHA, *Cameroon...*, p.7

services. Health centres, while more accessible, do not offer the privacy and confidentiality that is recommended for the treatment of such cases. Information about cases of violence is also not stored safely. Lack of support to cover medical costs as well as the lack of complete PEP kits undermines the quality of care.⁷² The accessibility to the forensic certificate remains limited because they are paying. In addition, survivors in some localities do not report abuse to the police for fear of arrest or fear that their case will not be handled in a way that places their own safety at the centre. Beyond the absence and inadequacy of existing services, survivors face various obstacles preventing them from reporting abuse. Thus, the social representation of marriage, with the perception that a raped woman / girl has very little chance of finding a husband, being considered a "torn cloth", reduces them to silence. Also, the guilt of the rape suffered is sometimes placed on the victim who, by her actions or inadequate outfit, would have "provoked" the aggression. Sometimes survivors think they cannot be believed. Finally, the level of power often held by the perpetrators of such acts, with an ascendant over their victims, the threat of reprisals, the apprehension of being repudiated or the fear of being married to the executioner, are all obstacles to denunciation. Cases of breast ironing and female genital mutilation are noted, which already prevailed in some regions before the crisis.⁷³ Physical violence exercised against women and the girl children takes many forms. It can take the form of sexual aggression which involves the use of force to have sexual relations with either a very young girl or a mature woman. Sexual aggression can even take place within marriage circles. It can also be practised by someone who is very close to the young girl such as the father, teacher, the pastor, the doctor, a brother, etc. This involves a form of abuse of confidence. Forced sex intercourse is usually carried out without the use of the condom and is often accompanied by injury, STD infection and unwanted pregnancies.

3.2. GENDER BASED VIOLENCE AND COMPLEXITIES OF FEMALE GENITAL MUTILATION

Female genital mutilation (FGM) is carried out in nearly all areas of Cameroon. Most FGM practices are clitorectomies; it is reported that infibulation has been performed in the Kajifu area. In the southwest and far northern provinces, FGM is reportedly practiced on 100% of Muslim and 63.6% of Christian girls. There is no law prohibiting FGM. The government's history and recent statements by ministry officials suggest that addressing FGM is not a priority for the Cameroon Government. Attempts by the Cameroon Parliament to address FGM have been

⁷² IRC Cameroon Country Program, *Ibid*.

⁷³ ONU Femmes, *Profil...*, p.3

unsuccessful and protracted over the course of nearly a decade. As early as November 2003, a private member's bill to abolish FGM was introduced, but the majority Cameroon People's Democratic Movement (CPDM) party defeated it. Subsequent efforts have since failed. In 2010, Ministry of Justice authorities informed Amnesty International that the process was underway to criminalize FGM, but three years later, such legal reform has yet to happen. Furthermore, the Minister of Justice downplayed FGM as practiced in Cameroon, stating that it is "slicing off a section of the clitoris and is not as dramatic as in West Africa." In its 3rd Periodic Report, the Government of Cameroon describes its support and rehabilitation for victims of FGM experiencing obstetric fistula as "psycho-social welfare." It does not, however, detail any medical assistance it is providing these girls to address their physical and reproductive health care needs. a harmful traditional practice involving partial or total removal of the female external genitalia. It includes the most severe form of abuse, infibulation, usually practiced on preadolescent girls. The Government has criticized the practice; however, no law prohibiting FGM is implemented. At present, the practice of FGM by groups is tending to decline, albeit slowly. This is due to its condemnation by the State -even if not prohibited by law, the discreet but effective influence of the NGOs and the threat of HIV. FGM continues to be practiced especially in the Ejagham tribe of the South West Province and the Hausas and Araphous in Northern Cameroon. Furthermore, migration contributed to the spread of FGM to different parts of the country. Public health centres in areas where FGM is frequently practiced counselled women on the harmful consequences of FGM; however, the government did not prosecute anyone for performing FGM.⁷⁴ Female genital mutilation affects more than 1.4% of the female population at the national level and 20% in the outbreak areas⁴⁵. Women and girls in the Far North are the most circumcised (5.4%) followed by those in the Southwest (2.4%) and the North (2.2%).⁷⁵

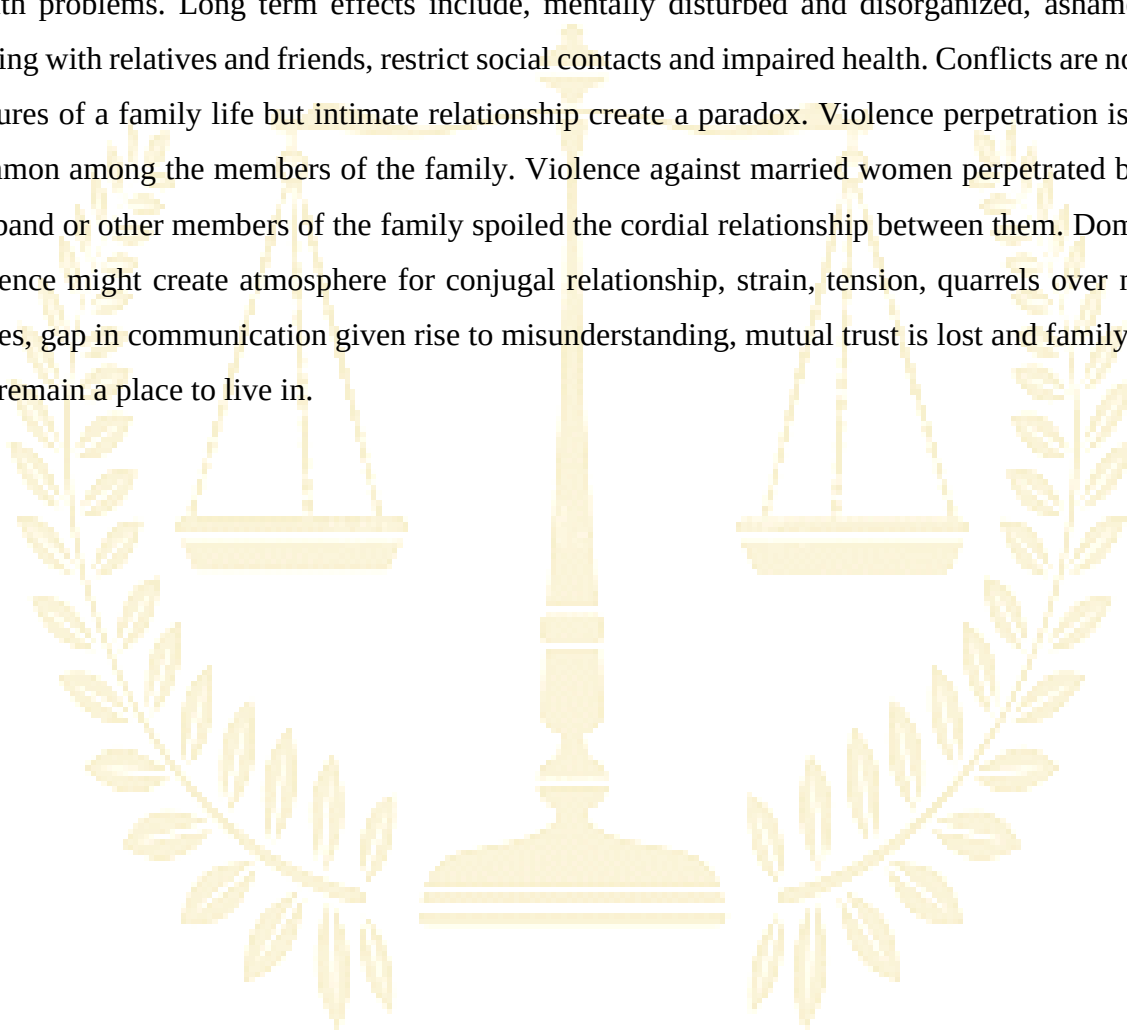
Conclusion

Violence causes long and short term effects on the victims, not leaving out the children, family and even the sex-life of the victim. It is therefore necessary to study the impact of domestic violence against women. Violence against women causes stress, anxiety, depression, disturbed sleep, palpitation, physical, fatigue chronic headache, psychological pains to a woman. A single victim may suffer from one or more ailments. So far as physical and mental disorder arising out

⁷⁴ Country Sheet Cameroon on Female Genital Mutilation, European Commission on Human Right in Cameroon, 2015

⁷⁵ MINPROFF Cameroun, Annuaire Statistique 2015 du Ministère de la Promotion de la Femme et de la Famille, MINPROFF Cameroun, p.6.

of domestic violence against women is discuss, it is necessary to examine how and what extend the personal and the social life of a woman is affected due to domestic violence. There are women who faced the violent situation boldly and do not allow their personality to be adversely affected, but there are others who get mentally disturbed and disorganized. They restrict their social contact and feel ashamed of their abusive situations. Others get worried and become victims of chronic health problems. Long term effects include, mentally disturbed and disorganized, ashamed of mixing with relatives and friends, restrict social contacts and impaired health. Conflicts are normal features of a family life but intimate relationship create a paradox. Violence perpetration is very common among the members of the family. Violence against married women perpetrated by the husband or other members of the family spoiled the cordial relationship between them. Domestic violence might create atmosphere for conjugal relationship, strain, tension, quarrels over minor issues, gap in communication given rise to misunderstanding, mutual trust is lost and family does not remain a place to live in.



The rationale for ensuring a safe digital environment for minors under cameroonian law

Les justifications de la garantie d'un environnement numérique sécurisé pour les mineurs en
vertu de la loi camerounaise

By:

NGWAYI LUCY NKA

Ph.D. student, The University of Bamenda

KELESE George NSHOM, Ph. D

Associate Professor, The University of Bamenda

Abstract:

The cyberspace is ever-growing and ever-expanding synchronously with furtherance in the development in networking technologies. Nearly every aspect of our life is continually developing an online side as a mirror image of the offline world. In this ever-expanding cyberspace, children have come to play the role of the 'harbingers of the cyber-era'. Talking in round figures, some two-thirds of the world's almost three billion internet users are from the developing world, with the numbers growing every day. This explosion in digital technologies has created unprecedented opportunities for children and young people to communicate, connect, share, learn, access information and express their opinions on matters that affect their lives and their communities online. Unfortunately, there are always two sides to a coin. Today, developments in technology pose a serious threat to the dignity and welfare of the child. This ranges from issues of privacy, to peer-to-peer-violence, and violent and/or age-inappropriate content, to crimes against children such as online grooming, online stalking, cyber bullying, trafficking in children, sexual abuse and exploitation, vulnerability to online violence, and countless issues regarding data protection and privacy. Hence, for children to thrive on the cyberspace, a sound legal mechanism needs to be put in place to guarantee a safe digital environment for them. This paper, therefore, seeks to analyse the motivational reasons for taking legal measures in Cameroon to guarantee a safe digital environment for minors, through the doctrinal and non-doctrinal methods of research.

Keywords: Rationale – Ensuring - Digital environment - Minors.

Résumé :

Le cyberspace semble en constante expansion, parallèlement au développement des technologies de réseau. Presque tous les aspects de notre vie développent continuellement un côté en ligne, reflet du monde réel. Dans ce cyberspace en constante expansion, les enfants jouent le rôle d'ancêtres de l'ère numérique. En chiffres ronds, environ les deux tiers des près de trois milliards d'internautes dans le monde proviennent des pays en développement, et ce nombre augmente chaque jour. Cette explosion des technologies numériques a créé des opportunités sans précédent pour les enfants et les jeunes de communiquer, de se connecter, de partager, d'apprendre, d'accéder à l'information et d'exprimer leurs opinions sur des sujets qui affectent leur vie et leur communauté. Malheureusement, il y a toujours deux côtés à la médaille. Aujourd'hui, les progrès technologiques constituent une grave menace pour la dignité et le bien-être de l'enfant. Ces défis vont des questions de confidentialité à la violence entre pairs, en passant par les contenus violents et/ou inappropriés pour l'âge, jusqu'aux crimes contre les enfants tels que le grooming en ligne, le harcèlement en ligne, la cyberintimidation, la traite des enfants, les abus et l'exploitation sexuels, l'exposition à des contenus inappropriés, la vulnérabilité à la violence en ligne, ainsi que d'innombrables questions relatives à la protection des données et à la confidentialité. Par conséquent, pour que les enfants puissent s'épanouir dans le cyberspace, un mécanisme juridique solide doit être mis en place pour leur garantir un environnement numérique sûr. Par conséquent, cet article, outre un résumé des mesures juridiques prises au Cameroun pour garantir un environnement numérique sûr aux mineurs, cherche à analyser, à travers des méthodes de recherche doctrinales et non doctrinales, les raisons motivant ces mesures.

Mots clés : Justification – Garantir – Environnement numérique – Mineurs.

Introduction

The advent of modern technology in the late 20th and the 21st century, made the world more digitally connected than ever before. The cyberspace is ever-growing and ever-expanding synchronously with furtherance in the development in networking technologies. Nearly every aspect of our life is continually developing an online side as a mirror image of the offline world. Modern information communication technology (ICT) and the internet grew in importance as the computer has become central to commerce, entertainment, communication and government. In this ever-expanding cyberspace, children have come to play the role of the ‘harbingers of the cyber-era’.¹ Talking in round figures, some two-thirds of the world’s almost three billion internet users are from the developing world, with the numbers growing every day.² Many of these new users are children and young people; in fact in many countries, internet users under the age of 24 far outnumber the rest.³ This explosion in digital technologies has created unprecedented opportunities for children and young people to communicate, connect, share, learn, access information and express their opinions on matters that affect their lives and their communities online. These 21st century children are more intuitive when it comes to digital literacy. A growing body of evidence from across the world is also telling us that no matter where they are from, more and more children are relying on digital tools, platforms and services to learn, engage, participate, play, innovate, work or socialise.⁴

Page | 367

Unfortunately, there are always two sides to a coin. Before the “cyber” prefix became ubiquitous, criminals did not need a computer to commit fraud, traffic in child pornography and intellectual property, steal an identity, or violate someone’s privacy.⁵ But today’s developments in technology pose a serious threat to the dignity and welfare of the child. Nowadays, the wider and more easily available access to online services poses significant challenges to children’s safety. These challenges range from issues of privacy, to peer-to-peer-violence, and violent and/or age-inappropriate content. They include crimes against children such as online grooming, online

¹ “Harbingers of the cyber-era” refers to individuals, events, or technologies that signal or precede the widespread adoption and influence of the digital age. These are the people, tools, and moments that foreshadow the profound changes brought about by the internet and digital technologies. (Cf. Xin, Q. (2019), *Harbinger of the Digital Era: A Brief History of Human Culture in the 20th Century*, China Academic Library, Springer, Singapore.

² ITU report of 5th May 2014 at Geneva on ICT figures, Available at https://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2014/23, accessed on 24/10/2024.

³ *Ibid.*

⁴ Aurora Redza (2002), *Children’s Rights and Cybersecurity: Protecting Youth in the Digital Age, Women for Cyber*, Montenegro, p.23.

⁵ Micheal Aaron D. (2025), “Universal Declaration of Human Rights, History of the Declaration”, *Encyclopaedia Britannica*, Vol. 2, p. 1-3.

stalking, cyber bullying, trafficking in children, sexual abuse and exploitation, exposure to inappropriate content, vulnerability to online violence, and also countless issues regarding data protection and privacy, such as spam, hacking, and denial of service attacks against specific sites and acts of cyber terrorism.⁶ According to the UN Secretary General's special Rapporteur,

Page | 368

*“The Internet brings tremendous positive opportunities, in particular for children and young people. Although the Internet may not represent a determinant per se of the sale and sexual exploitation of children, it does nonetheless operate as an instrument for offenders, multiplying the possibilities of obtaining, distributing and selling child abuse material and facilitating access to children in all parts of the world, and consequently promoting the growth of this phenomenon”.*⁷

In fact, today's children face many serious risks on the cyberspace. These threats are multiplying and perpetrators increasingly operate simultaneously across borders, making them hard to track and even harder to hold to account. In addition, the COVID-19 global pandemic saw a surge in the number of children joining the online world for the first time, to support their studies and maintain social interaction.⁸ This indicates that despite its negative side, the online environment is relevant to children. Hence, the dire need to protect their dignity from the offensive use of the internet by creating a safe digital environment for them.

Since the inception of Juvenile Jurisprudence in the mid-nineteenth century, there has been a great deal of debates and discussions on juvenile justice and rights of the children. The Universal Declaration on the Rights of 1948 protected the rights and freedoms of everyone, men and women alike. The Declaration of the Rights of the Child in 1959 was later adopted to address issues specific to children. Owing to its insufficiencies and inexhaustive nature, the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) was adopted and it came in to force on 2nd September 1990. African leaders equally saw the need to protect the rights and dignity of its people in the context of the African culture. As such, the African Charter on Human and Peoples' Rights, also known as the Banjul Charter, was adopted on June 27, 1981, and entered into force on October 21, 1986.⁹ With the vulnerability of the African child in mind, at the ordinary session of the African

⁶Schanze Bryce (2012), “Human Rights, Children and the Internet, Internet Society”, *Cheryl Langdon Orr com.*, p. 2-4.

⁷ UN Secretary General's Special Rapporteur on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography. Report to the Human Rights Council of December 2013.

⁸International Telecommunication Union (Development Sector), “Measuring digital development: Facts and Figures”, (2022), ITU, *Global Digital Compact Objectives*.

⁹ Cameroon ratified the Charter on June 20, 1989.

Union in July 1990,¹⁰ the Heads of State and of Government again adopted the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

The basic principles¹¹ enshrined in these instruments relating to children were non-discrimination against children, right to life, survival and the right to be heard, the bedrock being the principle of the best interest of the child.¹² These rights at the wake of digitalisation have increasingly been threatened in the cyberspace, an arena with its own dynamics and complexities. In an interview with Christopher de Bono¹³, the latter said *“When children’s social environment is no longer only physical but also digital, then that’s got to have an impact on almost every aspect of their lives . . . If there were a CRC for the Digital Age and secondly a series of policy recommendations that we could put in place to governments ... to do to ensure that our young people’s engagement is constructive, rather than destructive or worrying, then that would be a hell of a good start.”*¹⁴

The government of Cameroon has taken upon itself to create a safe digital environment for children that will permit the latter to learn and interact without fear. It has adopted or ratified several pieces of legislation, national, regional and international, all in a bid to create a safe digital environment for minors. The journey of the protection of all citizens of Cameroon from cyber offences in general commenced effectively in the year 2010 with the adoption of Law N° 2010/012 of 21st December 2010 relating to Cyber security and Cyber criminality in Cameroon and Law N° 2010/013 of 21st December 2010 as amended and supplemented by Law N° 2015/006 of 20th April 2015 governing electronic communications in Cameroon. But following the International Telecommunication Union (ITU)¹⁵ 2018 Guidelines on Child Online Protection,¹⁶ Cameroon paying attention to children, by Presidential Decree N° 2022/169 of May 23rd 2022 proclaiming

¹⁰ Association of the Head of States and Government OAU, 26th Ordinary Session at Ethiopia - Addis Ababa July 1990.

¹¹ Jacques Iris (2019), “The four principles of the Convention on the Rights of the Child”, *UNICEF Armenia*, p.3-4.

¹² Michael Freeman (2007), “Article 3. The Best Interests of the Child”, in: André Alen, et al. (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 7.

¹³ Christopher De Bono, (Chief of Media at UNICEF), UNICEF East Asia and Pacific Regional Office, Bangkok, On 8 February 2013 in an interview by Sonia Livingstone and Monica Bulger. (Excerpt from the article ‘Sonia Livingstone & Monica Bulger (2014), “A Global Research Agenda for Children's Rights in The Digital Age”, *Journal of Children and Media*, p.3-4.

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ The ITU is the United Nations specialized agency for information and communication technologies.

¹⁶ In Geneva on 23rd June 2020 ITU launched the 2020 Guidelines on Child Online Protection (COP) as response to new challenges and significant shifts in the digital landscape. These Guidelines are a comprehensive set of recommendations for children, parents and educators, industry and policymakers on how to contribute to the development of a safe and empowering online environment for children and young people. It directs on how to develop a safe and empowering online environment for children and young people.

accession¹⁷ to the Budapest Convention by the Republic of Cameroon, gained the said accession after parliament adopted Law N° 2022/002 of April 27th 2022 authorising the President of the Republic of Cameroon to ratify the Council for Europe's Convention on Cybercrime (Budapest Convention). It further adopted the landmark instrument relating to children, Law N° 2023/009 of 25th July 2023 to Institute the Charter on Child Online Protection closely followed by Law N° 2024/017 of 23rd December 2024 relating to Personal Data Protection in Cameroon. Cameroon is equally a signatory to several CEMAC regulations relating to electronic communications and commerce, the Commonwealth Declaration of 2018 and its consequent Guidelines on the Treatment of Electronic Evidence in Criminal Proceedings. Today it is part of the negotiation of the United Nations Convention¹⁸ against Cybercrime, an instrument still pending signature and eventual ratification by member states.

In addition to Law N° 2016/007 of 12th July 2016 relating to the Penal Code as amended and supplemented by Law N° 2019/020 of 24th December 2019, the afore cited instruments criminalised several acts and omissions against minors committed with the use of electronic communications.¹⁹ To supplement Law N° 2005/007 of 27th July 2005 relating to the Criminal Procedure Code, the said laws created judicial police with specialised competence in the course of investigation and prosecution,²⁰ and provided stringent sanctions and other extra-legal measures for authors of online infringement on children's dignity in Cameroon.²¹ These measures ensure responsible operation and use of the digital environment.

According to Jeremy Bentham's²² Utilitarian theory the value of an outcome is wholly determined by the well-being of the individuals in it, and a given quantity of wellbeing is equally valuable no matter whose wellbeing it is.²³ The number of children using the internet today and its

¹⁷ Accession is the opportunity given to state party, who neither negotiated nor signed a treaty or Convention, or is not even privy to same, to ratify the said Treaty of Convention.

¹⁸ The United Nations Convention against Cybercrime was adopted by the General Assembly of the United Nations on 24 December 2024 in New York by resolution 79/243. The Convention is the first comprehensive global treaty on this matter, which provides States with a range of measures to be undertaken to prevent and combat cybercrime. It also aims to strengthen international cooperation in sharing electronic evidence for serious crimes. The Convention will open for signature on 25 October 2025 at a signing ceremony to be held in Hanoi, Viet Nam, and thereafter at United Nations Headquarters in New York until 31 December 2026. The Convention will enter into force ninety days after the deposit of the fortieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

¹⁹ Section 30 to 46 of the Online Protection Charter

²⁰ Section 78 of law No 2010/013 governing telecommunication in Cameroon creating the National Agency for Information and Communication Technologies, ANTIC and the Telecommunication Regulatory Board

²¹ Sections 20 to 26 and Sections 27 to 29 of the child online protection charter relating to specific obligations and administrative sanctions respectively.

²² Jeremy Bentham (2000), "An introduction to the Principles of Morals and Legislation", Batoche Books Kichener, p. 207-300.

²³ Monica Bulger, *op.cit*, p.30.

impact on society at large, therefore, justifies the close attention to the digital safety of the children. The rationale for a legal guarantee of a safe digital environment thus includes the examination of the legal, ethical, and social imperatives that underscore the need for legal measures and their implications for society at large. These motivational reasons span from the very vulnerability of minors, to the enhancement of the minor's rights and basic principles of protection, to the need safeguard child dignity and to ensure child autonomy.

1. The vulnerability of minors and the need to enhance their psychological wellbeing

The Oxford English Dictionary defines “vulnerability” as *“the quality or state of being exposed to the possibility of being attacked or harmed, either physically or emotionally.”*²⁴ The protection of minors as vulnerable persons is a legal obligation. Legal protection equally takes into account developmental considerations, which necessitate the enhancement of the psychological wellbeing of the minors.

1.1 The vulnerability of the minors

Minors are in a critical stage of cognitive and emotional development. Their ability to process complex information and make informed judgments is still maturing. They lack the emotional maturity and critical thinking skills necessary to navigate harmful or inappropriate material. They may be easily manipulated by online predators, exposed to inappropriate or harmful content or engage in risky behaviours like cyberbullying or sharing personal information. Research indicates that exposure to harmful online content can lead to adverse psychological effects, including anxiety, depression, and distorted self-image. For instance, studies have shown a correlation between exposure to sexualized or violent content and increased aggression or anxiety in young people.²⁵ Given the prevalence of internet usage among young people, it is crucial that robust measures are put in place to protect minors from these dangers. Parents, schools, and policymakers all have a responsibility to ensure that the online environment is safe and secure for this vulnerable group. Criminalizing offensive content helps create a safer digital environment for children.²⁶

²⁴ Vulnerability definition, English Oxford Living Dictionaries, 2018, Available: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/vulnerability> accessed 18 June 2024.

²⁵ Craig A. Anderson & Karen E. Dill. (2000), "Video Games and Aggressive Thoughts, Feelings, and Behaviour in the Laboratory and in Life", *Journal of Personality and Social Psychology*, p. 772-790.

²⁶ Sonia Livingstone & Leslie Haddon (2009), “Kids Online: Opportunities and risks for children”, London, *EU Kids Online*, p.23-65.

Juvenile Jurisprudence finds its root in the belief that immaturity and lack of experience of children makes them vulnerable to a larger range of threats and dangers than the adults, and by reason of that sole fact they deserve extra care as well as special treatment.²⁷ However, general prudence and reasonable humanitarian instinct also dictate the preferential treatment of children over adults, as the future of any given society unequivocally depends on them. The need of a legal recognition to the preferential treatment in legal proceedings initiated many debates and conflicts among the academia and intellectuals regarding the nature and extent of such preferential treatment. With passing of time though, increasing number of jurists have had the realisation that justice is the product of amalgamation of rights and duties, and juvenile justice is not possible without juvenile rights.²⁸

One of the primary threats facing minors online is the risk of exploitation and abuse by predators. Anonymity and lack of oversight on many internet platforms make it easy for adults to target and groom young victims. Minors may be lured into sharing explicit content, engaging in inappropriate conversations or even meeting up in person. The psychological and emotional damage caused by such experiences can be devastating and long-lasting. Strong age verification systems, content moderation, and reporting mechanisms are essential to identify and remove predatory behaviour before it escalates. Additionally, educational programs that teach young people how to recognize and avoid online dangers are crucial.

Beyond the threat of exploitation, minors also face risks of exposure to harmful or age-inappropriate content online. This can include graphic violence, hate speech, substance abuse, and sexual material. Unregulated access to this type of content can have a profoundly negative impact on a young person's development, mental health, and worldview. Comprehensive content filtering, age restrictions, and parental controls are needed to shield minors from encountering such material accidentally or against their will.²⁹ Equally important is instilling digital literacy skills that empower young people to make informed, responsible choices about their online activity.³⁰ Only through a multi-faceted approach can we effectively protect minors in the digital age. Society has

²⁷ V. R. Krishna Iyer (2020), "Jurisprudence of Juvenile Justice: A Preambular Perspective", Vol. 2, *International Journal of crime, justice and social democracy*, p.18.

²⁸ US Department of justice report on Special Litigation: Children's Rights in the Juvenile Justice System, June 11 2024 available at <https://www.justice.gov/crt/rights-juveniles> accessed 23/10/2024.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ Urs Gasser *et al.* (2010), "Working towards a Deeper Understanding of Digital Safety for Children and Young People in Developing Nations", *Berkman Center Research Publication*, No 7, *Beckman Centre for Internet and Society*, p.677.

a profound legal and moral responsibility to protect its youngest members. Creating a legal guarantee for a safe digital environment for minors is a formal recognition of this duty.

1.2 Enhancing the psychological wellbeing of the minors

Psychosocial wellbeing and dignity of a person in general and a minor in particular, are intertwined concepts that are crucial for a person's overall health and quality of life. Psychosocial wellbeing encompasses an individual's mental, emotional, social, and spiritual health, while dignity refers to the inherent worth and value of every human being, regardless of their circumstances. Promoting both psychosocial well-being and dignity is essential for creating a society where individuals can thrive and reach their full potential. Exposure to offensive content, such as hate speech, cyberbullying, or sexual exploitation, can lead to long-term psychological effects, including anxiety, depression, and low self-esteem.³¹ By criminalizing such content, society aims to reduce the risk of these harmful outcomes. As such, robust protective measures are essential to shielding young people from the potential psychological damage of unsupervised internet usage. The psychological ramifications of exposure to harmful online content can be profound and lasting. Studies have demonstrated that repeated exposure to degrading or explicit material can lead to normalization of violence and unhealthy attitudes towards relationships.³² By criminalizing such content, society actively works to protect the mental health and emotional wellbeing of minors, fostering a healthier developmental environment.

A safe online environment is crucial for the healthy social and emotional development of minors.³³ The internet has become an integral part of modern childhood, offering a wealth of educational, social, and entertainment opportunities. However, the online world also poses significant risks to the healthy social and emotional development of minors, a uniquely vulnerable population. Exposure to harmful and age-inappropriate content, cyberbullying, online predation, and excessive screen time can all have detrimental impacts on a child's maturing mind and interpersonal skills. As such, creating and maintaining a safe digital environment is essential to supporting the wellbeing of young people in the 21st century.

³¹ Janis Wolak, Kimberly J. Mitchell, & David Finkelhor (2007), "Online victimization of youth: Five years later", *National Center for Missing & Exploited Children*, p. 56-98.

³² Rowell Huesmann L. (2007), "The Impact of Electronic Media Violence: Scientific theory and Research", *American Psychological Association*, p. 153-170.

³³ Patti M. Valkenburg & Jochen Peter (2007), "Adolescents' online communication and their closeness to friends". *Developmental Psychology*, p.267-277. doi: 10.1037/0012-1649.43.2.267. PMID: 17352538.

Beyond the risks of harmful content and peer-to-peer abuse, excessive or unsupervised screen time can also have detrimental effects on children's emotional regulation and social skills.³⁴ Overuse of digital devices has been linked to increased anxiety, depression, and difficulty forming meaningful interpersonal connections. Furthermore, the dopamine-driven feedback loops³⁵ inherent in many online activities can foster addictive behaviours and disrupt healthy sleep patterns, further exacerbating psychological distress. Establishing clear boundaries around screen time, encouraging offline hobbies and social interaction, and modelling healthy digital habits are all crucial to mitigating these risks and preserving children's wellbeing in the modern era.

Ultimately, a safe and secure online environment is not a luxury but a necessity for the healthy social and emotional development of minors. By shielding young people from exploitation, abuse, and excessive digital immersion, they can be assisted to cultivate the interpersonal skills, emotional resilience, and positive self-image required to thrive in both the virtual and physical worlds.³⁶ Through a multi-faceted approach of robust legislation, rigorous content moderation, digital literacy education, and engaged parenting, a digital landscape can be created that empowers rather than imperils the next generation. Establishing legal consequences for harmful online behaviour reinforces the message that society does not tolerate actions that can harm minors, thereby promoting healthier social norms.³⁷

2. Upholding of the fundamental principles of child protection

The numerous instruments relating to child protection have consistently made reference to the fundamental principles of children's rights. These instruments, particularly the United Nations Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, were adopted in the non-digital age. Progressively, though still very fundamental, they are at risk of being disregarded, misconstrued or simply undermined in the cyberspace. The principle of the best interest of minors and the principle of non-discrimination against the child, whether as offenders or as victims, are the most prominent.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ The dopamine reward loop is a self-driven feedback loop in which a person does something pleasurable that results in feelings of happiness after receiving a hit of dopamine. The person will then repeat this behaviour in anticipation of feeling good.

³⁶ Smith James (2014), *Child Rights International Network (CRIN)*, SB 152 Black Prince Road London UK, p. 2.

³⁷ Dempsey Jerome (2002), "The Media and the Criminalization of the Internet", *Harvard Journal of Law & Technology*, p. 1-30.

2.1 The principle of the best interest of the child

It asserts that the best interest of the child should be a primary consideration in all actions concerning them. It emphasizes the need to prioritise children's welfare in decision-making processes. The *best interest of the child* principle is a fundamental guideline in both international and domestic law concerning children's rights. Enshrined in Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC)³⁸ and as re-enacted in the Preamble of the Cameroon Constitution, this principle mandates that the wellbeing of the child must be a primary consideration in all actions and decisions affecting them, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law or legislative bodies. This concept emphasises that every child is unique and requires special protection and care to ensure their physical, emotional, and psychological well-being.³⁹ The principle serves as a critical framework for evaluating decisions that impact children, guiding policymakers, social workers, and legal authorities in their actions. It requires a holistic assessment of the child's needs, taking into account their emotional and developmental stages, family circumstances, and the broader social environment. This approach is intended to promote positive outcomes for children, ensuring that their rights to safety, education, health, and development are prioritised.⁴⁰ Ultimately, the best interest of the child principle aims to create a protective framework that promotes the holistic development of children, ensuring their rights are upheld and their dignity is respected.⁴¹

General comment No. 25⁴² interprets children's rights specifically in relation to the digital environment. It posits that the digital environment was not originally designed for children, yet it plays a significant role in children's lives. It enjoins state parties to ensure that, in all actions regarding the provision, regulation, design, management and use of the digital environment, the best interests of every child is a primary consideration.⁴³

³⁸ This provision is restated mutatis mutandis in Article 4(1) of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

³⁹ United Nations General Assembly (1989), Convention on the Rights of the Child. Retrieved from [UN.org]. visited on 04/09/2024.

⁴⁰ Gerison Lansdown (2005), "The Evolving Capacities of Children", *UNICEF*, Retrieved from [UNICEF.org]. visited on 13/10/2024.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² General comment No. 25, para. 12, UN Committee on the Rights of the Child (2021).

⁴³ *Ibid.*

2.2 The principle of non-discrimination

It is a fundamental principle enshrined in Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), which states that children should not be subjected to discrimination on any grounds, including race, colour, sex, language, religion, political or other opinions, nationality, ethnic or social origin, property, disability, birth, or other status.⁴⁴ By emphasising non-discrimination,⁴⁵ the *UNCRC* aims to ensure that all children, especially those from marginalised or vulnerable groups, have equal access to rights and opportunities.

Page | 376

The principle of non-discrimination is crucial in addressing the various forms of inequality that children may face. For instance, girls, children with disabilities and those from minority backgrounds often encounter systemic barriers that hinder their access to education, healthcare, and protection from violence. By promoting non-discrimination, societies can work to dismantle these barriers and create an inclusive environment where every child can thrive. This principle also recognizes that different children may have different needs, and it supports the implementation of affirmative measures to ensure that disadvantaged groups receive the necessary support to enjoy their rights fully.⁴⁶ Furthermore, non-discrimination fosters social cohesion and respect for diversity, which are essential for harmonious community life. By ensuring that all children are treated equally and with respect, societies can cultivate a culture of acceptance and understanding, reducing prejudice and discrimination.

The principle of non-discrimination against children in the digital age means that all children should have equal access to the digital environment. This includes access to the internet, digital devices and educational resources.⁴⁷ Children around the world want and need to use the internet and digital services for school, entertainment, information and to be in contact with families and friends. Digital services should be accessible to all children and available in all the languages that children speak, and there should be more stuff designed especially for children of different ages and living in different situations. Digital divides need to be addressed by ensuring

⁴⁴United Nations General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 1989. Retrieved from [UN.org]. Visited on 20/10/2024.

⁴⁵Article 2 is worded in broadly comparable language with the Article 2 provisions on non-discrimination embodied in previous core human rights instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Hence, the UNCRC only emphasizes the situation of children *vis a vis* the principle of non-discrimination.

⁴⁶ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, The Right to Non-Discrimination, Retrieved from [OHCHR.org]. Visited on 23/10/2024.

⁴⁷ UN Human Rights, "Access to Remedy and the Technology Sector: Understanding the perspectives and needs of affected people and groups", (January 2021), *B-Tech Foundational Papers*, p. 7

all children, regardless of location, socio-economic status, or disability, have access to internet and digital devices. Digital literacy needs to be promoted *via* providing opportunities for children to develop the skills necessary to navigate and engage with the digital world safely and effectively.

Nevertheless, this principle of non-discrimination must be complemented with protection from online contents that will offend the dignity of these minors. It is very important to protect children from online harm through implementation of measures to prevent cyberbullying, exploitation, and exposure to harmful content. Safeguarding privacy and data protection by ensuring that children's personal information is protected and used ethically in the digital space, is very fundamental. The principle of non-discrimination is further enhanced in the digital platform by empowering children to participate, providing platforms for children to express their views, participate in decision-making processes and contribute to the digital world.⁴⁸ Such measures must be such that they do not vitiate the child's own rights to access information and other benefits online but better their dignity.

3. Guaranteeing the protection of the rights of minors

As afore mentioned, the Convention on the Rights of the Child was the first instrument to incorporate the complete range of international human rights including civil, cultural, economic, political and social rights as well as aspects of humanitarian law *vis à vis* minors. The Convention provided every child across the globe, without any discrimination on the basis of race, sex, colour, religion, place of birth, with some basic child rights. The UNCRC under part I⁴⁹, declares some of those rights of the child, not in an exhaustive but in an inclusive manner. These rights today, have become more and more difficult to guarantee in the cyberspace. For the purposes of this work, we shall randomly examine four of the fundamental rights of the child, to wit, the right to life, survival and development, the right to participation, the right to a fair trial and the right to privacy, plus the need to balance their rights and freedoms.

3.1 The right to life, survival and development

This is a reiteration of the fact that children have the right to life, health, and adequate standards of living. This includes access to nutrition, healthcare, education, and a safe environment that supports their physical, mental, and emotional development. The cyberspace has become the

⁴⁸Dawid Stadniczeńko, Tekla Komisji P., Pan O. (2022), "Children's Rights in the Digital Environment under the Convention on the Rights of the Child", *International Journal on Crime Justice and Social Democracy*, vol. 15, no. 2, p. 321–331.

⁴⁹ Articles 1 to 41 of the UNCRC on the fundamental right of the child.

mirror image of life offline. Article 6 of the UNCRC highlights that every child has the inherent right to life and that states must ensure, to the maximum extent possible, the survival and development of the child.⁵⁰ In fact, in analysing this principle guaranteeing the child's right to life, survival and development, it would be difficult to imagine anything more fundamental in the whole panoply of human rights than recognition of the right to life.⁵¹ Indeed, the United Nations Human Rights Committee has described it as *the supreme right from which no derogation is permitted even in time of public emergency which threatens the life of the nation*.⁵² It requires state parties to take specific measures to guarantee the child's right to life and to create an environment conducive to ensuring, to the maximum extent possible, the survival and development of the child, including physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development, in a manner compatible with human dignity, and to prepare the child for an individual life in a free society.⁵³

Furthermore, the right to survival and development underscores the importance of a supportive environment that nurtures children's capabilities and encourages their active participation in society. This right recognizes that children are not just passive recipients of care but active agents in their own development. By involving children in decisions that affect their lives, societies can empower them and promote resilience. Ultimately, ensuring the right to survival and development is vital for creating a future where all children can grow up healthy, educated, and capable of contributing positively to their communities. In this digital age, safety of the digital environment is as important to the survival and development of the child, as the physical environment is. Hence, legal measures to ensure digital safety for minors is a necessary move in enhancing this supreme and fundamental right of minors.

3.2 The right to participation

This right expounds on the notion that children have the right to express their views freely in matters affecting them and to have those views taken into account. This principle recognises children as active participants in their own lives and decision-making processes. The right to participation is a right which ensures child autonomy. Child autonomy refers to a child's capacity

⁵⁰ United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7: Implementing Child Rights in Early Childhood, 2005. Retrieved from [OHCHR.org]. Visited on 02/09/2024.

⁵¹ Elaine E Sutherland (2015), "The Child's Right to Life, Survival and Development: Evolution and Progress", vol.4, *Bitstream Sutherland*, p.12.

⁵² UNCHR General Comment No. 6: Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies (1982) UN Doc HRI/GEN/1/Rev.6, para 1.

⁵³ General Guidelines for Initial Reports, (UN Committee on the Rights of the Child 1991, para. 13), and General Guidelines for Periodic Reports (UN Committee on the Rights of the Child 1996, para. 40).

to make their own choices and act on their own desires, interests, and values. It is a developmental process that involves gradually gaining control over one's actions and decisions, fostering independence and self-confidence.⁵⁴ Encouraging child autonomy, even in small ways, is crucial for building self-esteem. Enshrined in Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), this principle asserts that children have the right to be heard in matters that concern them, and their opinions should be given due weight according to their age and maturity.⁵⁵ This recognition of children as active participants in their own lives challenges traditional views that regard them as passive recipients of care and protection.

Implementing the principle of participation involves creating opportunities for children to engage meaningfully in decision-making processes at various levels, from family discussions to community planning and national policies. It requires adults, whether as parents, educators, policymakers, or community leaders, to listen to children's voices and consider their perspectives seriously. By doing so, societies not only empower children but also foster a sense of responsibility and agency, helping them develop essential skills for civic engagement and leadership. This participatory approach can lead to more effective and relevant policies and programs that truly reflect the needs and aspirations of children. Furthermore, promoting participation contributes to the overall development and wellbeing of children.⁵⁶

Ensuring child autonomy through the right of participation creates room for the child's efforts to be respected. Yet it is necessary to provide guidance, while offering support and encouragement, encouraging exploration of their environment in a bid to learn new skills. Mindful of the minor's inability to process complex information, it is very important to create a safe space, that is, to ensure a supportive environment where children feel comfortable taking risks and making mistakes. Such safe space is best created by, *inter alia*, the criminalisation of online contents offensive to the dignity of minors, wherein punishment of offenders acts as reassurance to minors who venture into the cyberspace with reasonable autonomy and eligible to making mistakes.

⁵⁴ Sarah Mühlbacher and Ferdinand Sutterlüty (2019), "The principle of child autonomy: A rationale for the normative agenda of childhood studies", *Global Studies of Childhood (GSC)*, (2019), Vol. 9(3), p. 249–260

⁵⁵ Gerison Lansdown (2005), *op.cit.*

⁵⁶ United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12: The Right of the Child to be heard, 2009. Retrieved from [OHCHR.org]. visited on 11/09/2024

3.3 The child's right to privacy online

Children have the right to privacy and protection from arbitrary interference with their family, home, or correspondence. The right to privacy is the most infringed right of the minor online. The right to online privacy for children is a critical aspect of their overall rights in the digital age. As children increasingly engage with the internet and digital technologies, protecting their personal information and ensuring their privacy becomes essential. This right is grounded in various international frameworks, including the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC), which emphasises the need for children to be protected from harmful interference and exploitation, including in online environments. Children have the right to control their personal data and this includes the right to know how their information is collected, used, and shared online.⁵⁷

Page | 380

The importance of online privacy for children is underscored by their vulnerability. Children may not fully understand the implications of sharing personal information online, making them susceptible to risks such as cyberbullying, exploitation, and identity theft.⁵⁸ Therefore, ensuring children's right to online privacy involves implementing robust protections that limit data collection, enhance security measures and promote safe online practices.⁵⁹ It also requires parents, educators and policymakers to educate children about digital literacy, empowering them to navigate online spaces safely and responsibly. By fostering an environment where children's privacy is protected, societies can promote their well-being and encourage healthy digital engagement. Ultimately, safeguarding children's online privacy is crucial for building a safe, respectful, and inclusive digital world that honours their rights and supports their development.⁶⁰ By recognizing and enforcing these rights, society can create an environment where all children can thrive, free from harm and discrimination.

The right to privacy encompasses several key facets that collectively protect individuals' personal information and their ability to maintain autonomy over their private lives. These facets are essential for understanding how privacy functions within legal, social, and digital contexts. Personal privacy involves the protection of an individual's personal space and autonomy, including physical privacy in one's home, confidentiality of personal communications, and the right to make

⁵⁷ Personal Data Protection for Children: Special Considerations and Laws (PDTN), September 1, 2023.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sonia Livingstone, & Leslie Haddon, *op.cit.*, p.55-156

⁶⁰ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), "Guidelines for the Protection of Children's Data Online", 2021. Retrieved from [UNESCO.org], visited on 22/10/2024.

personal decisions without interference. It ensures that individuals can live without unwarranted intrusion from the state or other entities.⁶¹ They should control personal data and information - collection, storage, and sharing of personal details, such as financial records, health information, and online activities. Individuals have the right to know how their data is being used and to consent to their collection and processing.⁶²

The 2024 Data Protection law in Cameroon is very articulate on information privacy, especially in the processing of data belonging to minors. This law, *inter alia*, specifically sanctions any state, regional, municipal or other authorities who collect personal data *via* fraudulent or unfair means or who disseminate any personal data outside the regular legal circuit without the consent of the subject and in case of minors, the express consent of the parents or guardians. Communication privacy protects the privacy of communications, ensuring that personal conversations, whether in person or through electronic means, remain confidential. It encompasses the right to communicate without surveillance or interception, thereby safeguarding the integrity of personal interactions.⁶³ This facet of privacy assists children to further encrypt their communications and to ensure that they remain confidential. With the rise of digital technology, digital privacy has become increasingly important. This facet addresses the protection of personal information in online environments, including social media, websites, and applications. It involves measures to secure data against unauthorised access, cyberbullying and exploitation.⁶⁴ Increasingly platforms such as Facebook, *Whatsapp*, *twitter*, *instagram* and even regular e-mails, demand the entry of confidential information of individuals in the opening of accounts. Digital privacy requires that such information remains confidential between the business administrators and the owner of the information. Increasingly, many online programs require the users to sign in their ages and to fit in parental control apps in a bid to access the said programs. This is a limitation placed on child autonomy for the good of the vulnerable minor.

The right “to-Be-Forgotten” is an emerging facet which allows individuals to request the removal of personal information from online platforms, particularly when such information is no longer relevant or is damaging. This right supports the idea of maintaining a positive digital

⁶¹ Alan F. Westin (1967), *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, p.15-23

⁶² Daniel J. Solove (2008), *Understanding Privacy*, Harvard University Press, p. 46-53.

⁶³ Priscilla M. Regan (1995), *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy*, The University of North Texas Press, p. 421.

⁶⁴ Zeynep Tufekci (2015), “Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency”, *Colorado Technology Law Journal*, p. 203-218.

footprint and protecting individuals from past mistakes being permanently accessible.⁶⁵ As afore said, the minors sometimes ignorantly put up information which backfires against them. This facet of privacy is that which enjoins control services, like ANTIC to totally obliterate all such information from the computer systems to permit the minor to begin afresh or for such information to be as if it never appeared on any electronic communication medium.

4. The necessity to balance children's rights and freedoms

As per John Stuart Mill's 'harm principle', *"the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others."* In essence, individuals should be free to act as they choose unless their actions cause harm to someone else. This principle is further re-echoed in the International Covenant on Civil and Political Rights⁶⁶ which stipulates that everyone shall have a right or freedom of expression. But that the exercise of the right carries with it special duties and responsibilities. Hence, it shall be subject to such restrictions as necessary for the respect of the rights and reputations of others and for the protection of national security or public order or of public health or morals. Freedom of speech and expression, therefore, may not be recognised as being absolute, and common limitations or boundaries to freedom of speech relate to libel, slander, obscenity, pornography, sedition, incitement, hate speech, classified information, and the right to privacy and to dignity.

Juxtaposing the right to protection with the freedom of expression, one can rightly say that while freedom of speech is a cornerstone of democratic societies, it should not come at the expense of a minor's dignity and safety. Criminal laws aimed at regulating online content can help navigate this tension, ensuring that harmful expressions do not infringe upon the rights of vulnerable individuals.⁶⁷ Protecting children from online harm requires a careful balance between ensuring safety and safeguarding free speech, user privacy, and parents' rights. The most effective approach would split responsibility between the government, parents, and online services. Offensive content often includes misleading or harmful information. Criminalizing such content helps combat the spread of misinformation that can negatively impact minors and society at large⁶⁸.

⁶⁵Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, C-131/12 (2014).

⁶⁶ Article 1 of ICCPR.

⁶⁷ Silvio Waisbord (2013), "Media, Communication, and the Politics of Protection", *International Journal of Communication*, p. 2283-2301.

⁶⁸Sonia Livingstone (2014), "Children and the internet: Great expectations, challenging realities", *Cambridge: Polity Press*, p. 5-21.

Also, the “Child autonomy” right needs to be controlled by the obligation of parental and community involvement. Establishing legal standards empowers parents and guardians to take proactive roles in safeguarding children online, promoting dialogue about online safety and educating them on the responsible internet use. This communal effort is vital in reinforcing protective measures and fostering a culture of awareness and responsibility.⁶⁹ The duty comes against the child autonomy rights which gives a child the absolute right to make decisions and be heard in matters that concern him/her. Criminalisation provides a legal basis for parents, educators, and guardians to monitor and address harmful content.⁷⁰ It empowers them to advocate for the protection of minors in digital spaces. Community engagement and education are crucial components of protecting children online.⁷¹ By fostering an informed and engaged community, a collective responsibility is created that supports law enforcement officers in their mission to protect children online, ultimately leading to a safer and more secure digital landscape.

5. The quest to align with evolving legal frameworks and encourage responsible online behaviour

Activities in the cyberspace are very rapid and volatile in nature; legislation needs to meet with them. Mindful of the vulnerability of the child, prompt and effective instruments need to be put in place to meet up with current global legal protection of children, adapted to the contemporary challenges and which align with international standards. This equally encourages responsible online behaviour.

5.1 Align with evolving legal frameworks

Many jurisdictions have enacted laws targeting various forms of harmful content such as child exploitation, hate speech and cyberbullying. These laws reflect a societal consensus on the importance of protecting minors and illustrate the necessity of criminalisation in addressing the complexities of online harm.⁷²

As technology advances, so too must the legal frameworks governing online content. Criminalisation provides a foundation for evolving laws that can adapt to new challenges, such as

⁶⁹Lwin, M., & Malik, S. (2017), "Parental Mediation of Internet Use: A Review of the Literature", *Communication Research Reports*, N° 34(1), p. 1-10.

⁷⁰Harm Damen *et al.* (2021), "Parental empowerment as a buffer between parental stress and child behavioural problems after family treatment", *Children and Youth Services Review*, Vol. 124, ISSN: 0190-7409, p. 1034-1320.

⁷¹Jeffrey D Burke, Edward P Mulvey *et al.* (2014), "The Challenge and Opportunity of Parental Involvement in Juvenile Justice Services.", *Child Youth Serv Rev.*, p. 39-47.

⁷²Smith James (2013), *Child Exploitation and Online Protection Centre (CEOP), The Impact of Online Abuse*, SB 152 Black Prince Road London, p. 43.

the rise of social media, deep fakes, and online harassment. Continuous dialogue among stakeholders, lawmakers, educators, parents, and technology experts, is essential to ensure that legal protection remains relevant and effective.⁷³ As per paragraph 23 General Comment 25;

“State parties should review, adopt and update national legislation in line with international human rights standards, to ensure that the digital environment is compatible with the rights set out in the Convention and the Optional Protocols thereto. Legislation should remain relevant, in the context of technological advances and emerging practices.

... ”⁷⁴

By aligning national laws and policies with this overarching treaty, countries can enshrine robust protections for minors online, encompassing measures to prevent the production and distribution of child sexual abuse material, prohibit the grooming and luring of children, and hold perpetrators accountable through the criminal justice system. Alignment with international standards also facilitates cross-border cooperation and information-sharing, which is essential for disrupting the global networks of online child exploitation. Through multilateral agreements and operational partnerships, law enforcement agencies can more efficiently identify, investigate, and apprehend offenders regardless of geographical boundaries. Additionally, international bodies like INTERPOL can leverage their global reach to coordinate joint efforts to combat this transnational threat, further strengthening the protective measures in place.

Ultimately, the protection of children online is a universal imperative that requires a unified, globally coordinated response. By aligning national laws, policies and practices with established international standards, countries can create a robust and harmonized framework to safeguard minors in the digital age. Through this collaborative approach, we can foster a digital landscape that empowers young people to harness the benefits of the internet while shielding them from the most pernicious online harms. Upholding the fundamental rights and wellbeing of children must remain at the forefront of our collective efforts to shape a safer and more equitable online world.

5.2 Encourage Responsible Online Behaviour

By criminalising offensive content, society promotes a culture of accountability among content creators and distributors. It encourages individuals and organisations to take responsibility

⁷³Zizi Papacharissi (2010), *The Networked Self: Communication, Community, and Identity*. Routledge, p. 707.

⁷⁴General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment.

for the material they produce and share online⁷⁵. As the internet has become an integral part of modern childhood, it has also opened the door to a range of predatory and exploitative behaviours targeting young vulnerable users. One of the most effective ways to encourage responsible online behaviour and protect minors from harm is through the criminalisation of offensive content directed at this population. By establishing clear legal prohibitions and meaningful consequences for individuals who produce, distribute, or engage with such material, we can deter this abusive conduct and cultivate a digital landscape that prioritises the safety and wellbeing of children.

At the core of this approach is the recognition that minors possess an inherent right to be shielded from harm, both in the physical and virtual worlds. The production and dissemination of content that is obscene, threatening, or designed to harass, humiliate, or exploit children should be unequivocally prohibited and subject to stringent penalties. This includes not only the blatant distribution of child sexual abuse material, but also more nuanced forms of online abuse such as cyberbullying, hate speech, and non-consensual sharing of explicit images. By codifying these offences in law and ensuring robust enforcement, we can send a clear message that the exploitation and harassment of minors online will not be tolerated.

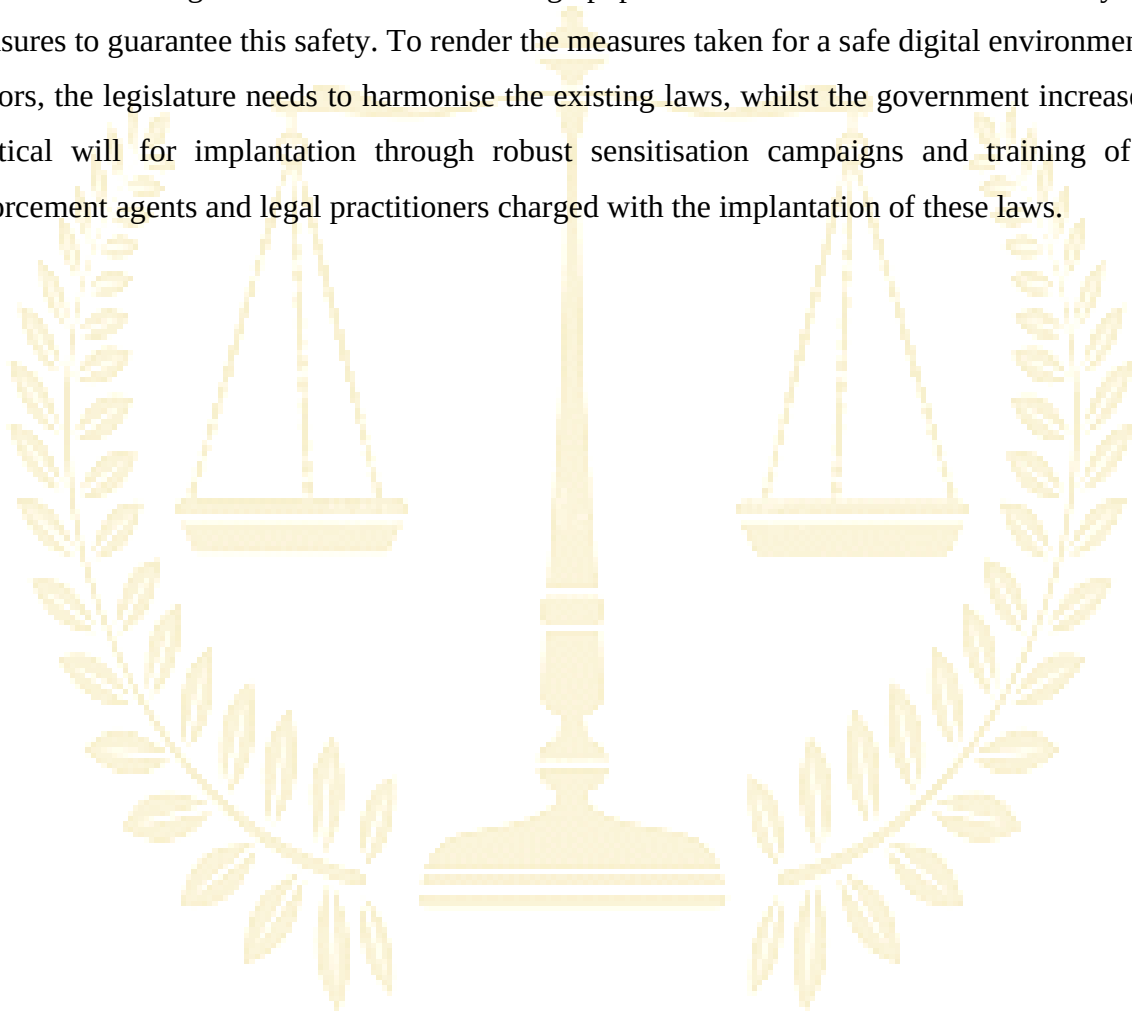
Ultimately, the criminalisation of offensive content targeting minors is not merely a punitive measure, but a means of fostering a culture of responsible online behaviour and safeguarding the fundamental rights of children. By establishing clear legal boundaries and consequences, we can deter would-be offenders, empower victims to speak out, and create a digital environment that prioritises the healthy social, emotional, and psychological development of the next generation. Through a coordinated, multi-faceted approach, we can harness the power of the law to shape a safer, more equitable online world for all young people.

Conclusion

All in all, a safe digital environment for minors is best guaranteed by workable and practicable legal dispositions. Cameroon, no doubt is one of the leading African countries that has recognised the need for such a safe environment for minors and has gone a long way to put in place a legal framework that allows the minor to navigate the cyberspace in comfort. This no doubt is not without challenges. These limitations include the absence of universal laws on the subject, the lack of harmonised national laws, unskilled law enforcement officers, and an acute shortage in the

⁷⁵ O’Keeffe, G. S., & Clarke-Pearson, K. (2011), “The impact of social media on children, adolescents, and families”, *Pediatrics NIH*, p. 800-804.

number of forensic IT experts, a dearth in reporting and in data. These challenges are further accentuated by a limited knowledge and understanding of these laws by vital stakeholders in its implementation. This notwithstanding, mindful of the fact that every cloud has a silver lining, the legal dispositions put in place are giant steps in the right direction, in line with the political policy of Cameroon and in alignment with international standards. The state of Cameroon has seen reason to ensure a safe digital environment for its huge population of minors and has effectively taken measures to guarantee this safety. To render the measures taken for a safe digital environment for minors, the legislature needs to harmonise the existing laws, whilst the government increases its political will for implantation through robust sensitisation campaigns and training of law enforcement agents and legal practitioners charged with the implantation of these laws.



The justiciability of nsif pension related claims under cameroonian law

La Justiciabilité des Recours liées à la Pensions de la CNPS en Droit Camerounais

By:

Prince NGWIEH Michelson SAH

Ph.D Fellow, Faculty of Law and Political Science, The University of Bamenda, Cameroon

KELESE George NSHOM

Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, The University of Bamenda,
Cameroon

Prof. **MBIFI Richard**

Faculty of Law and Political Science, The University of Bamenda, Cameroon

Abstract:

The adjudication of pension benefits in Cameroon is a hybrid of administrative and civil procedures. The procedure commences with filing of a pre-litigation complaint at the Administrative Complaints' or Reprieve Committee of the Board of Directors of NSIF. Where the petitioner is aggrieved by the decision of the Reprieve Committee or if the latter fails to reply within three months, the petitioner can bring the matter before the Regional Social Insurance Disputes Commission, whose decisions are susceptible to appeal to the Appeal Court of the Region and ultimately to the Supreme Court. After a critical review of the complex procedures in pension claims, this article reveals that in most cases, claimants are either caught up by prescribed deadlines or initiate wrong procedures. It therefore recommends amongst others, that laws relating to pension benefit claims should be amended to simply and purely suppress the prescription period for bringing pension benefits claims.

Key Words: Justiciability, Pension, Claims.

Résumé :

Le règlement des prestations liées à la regime de Pensions de la CNPS au Cameroun est un hybride de procédures administratives et civiles. La procédure commence par le dépôt d'un recours gracieux auprès de la Commission des recours administratives du Conseil d'administration de la CNPS. Lorsque le requérant est lésé par la décision du Commission de recours ou si ce dernier ne répond pas dans un délai de trois mois, le requérant peut porter l'affaire devant la Commission Régionale du Contentieux de la Prévoyance Sociale, dont les décisions sont susceptibles d'appel devant la Cour d'Appel de la région et, en dernier ressort, devant la Cour Suprême. Après un examen critique de ce procédure complexe des contentieux de la prestation liée à la Pensions de la CNPS, cet article révèle que, dans la plupart des cas, les demandeurs sont soit rattrapés par les délais prescrits, soit engagent des procédures erronées. Il est fortement recommandé, entre autres, que les textes régissant les prestations sociales soient modifiés afin de supprimer purement et simplement le délai de prescription pour l'introduction des demandes de prestations de retraite.

Mots clés : Justiciabilité, Pension, Recours.

1. Introduction

A couple of years back, individuals, precisely the old during their young age, dedicated their energy and life in working on their farms which was a source of livelihood for them and their families. They engaged in mutual and social undertakings within groups, which provided some sort of social assistance. With the advent of industrialization, there was a paradigm shift from people working solely on their farms, to working in factories. This made people to leave their homes and families to work for others usually out of their habitual place of residence. When they got old and were apparently unproductive, they were redundant and circumstances compelled them to go back to their families as their last hope at old age. This situation created a lot of hardship until the introduction of pension benefits¹. The situation is not different in Cameroon; the National Social Insurance Fund (NSIF)², hereinafter referred to as the Fund, runs a defined Contribution Scheme³ which is compulsory for all workers in Cameroon governed by the Labour Code⁴. This is intended to guarantee a source of livelihood to the worker once he/she ceases or retires from active working life. This scheme is extended to non-workers who decide voluntarily to pay social insurance contributions to the Fund.

Unfortunately, the cessation from remunerative career through retirement is one of the fundamental challenges to some individuals. While some people perceive retirement positively and await it happily due to the guarantee of their livelihood they see in pension benefits, others have a negative view about retirement as they associate it not only with boredom but above all,

¹ Pension benefits constitute the result of pension insurance. It represents regular financial payments made to a former worker or voluntary socially insured person, who has ceased from remunerative activity to alleviate the hardship that awaits workers and voluntary socially insured persons at the end of their career. As per article 29 of Law n° 69/LF/ 18 of 10 November 1969, there are three (03) main categories of pension benefits alongside three (03) alternative benefits schemes in default of the three standard categories including one (01) accessory or complimentary scheme namely: Old-Age Pension benefits, Invalidity Pension benefits, Death or Survivors' Pension benefits, Old-Age allowance, Invalidity allowance, Survivors' allowance and Early Retirement pension.

² Caisse Nationale de Prévoyance Sociale.

³ This is one where there are fixed contributions from both the employer and the employee based on a percentage defined by law or a fixed amount wherein the eventual benefits of the member are equal to the contributions made throughout his/her career, minus running costs incurred by the pension management institution (NSIF). In fact, article 3 of Decree n° 2016/072 of 15 February 2016 to fix the rates of social contributions and ceilings of remunerations applicable in the branches of family benefits, old-age, invalidity and death pension insurance, industrial accidents and occupational diseases managed by the National Social Insurance Fund, amending article 4(2) of the 1969 Pension Law, fixes the contributions at 4.2% for both the employer and the employee, to give a total of 8.4% of the basic salary of the worker. Similarly, the amount a retiree may be entitled to benefit is only determined at the time he/she is eligible and is calculated from the aggregate of accumulated contributions throughout the working career of the employee or voluntary socially insured person.

⁴ Law n° 92/007 of 14th August 1992 instituting the Labour Code of Cameroon.

economic suffering, ill-health and untimely death, triggered by the uncertainty that is reminiscent of not being entitled to a retirees' pension benefits in Cameroon. This certainly explains why most workers in Cameroon (of both public or private sectors), are hesitant going on retirement⁵ and most often are forced to leave office⁶. In fact, some workers trade unions of the public sector are clamoring for an increase of the average retirement age from 50 – 70 years⁷.

This is the reverse in developed countries like Germany, France, Italy and others, that are characterized by wide spread demonstrations by Union rights organizations requesting for the reduction of the retirement age to permit workers gracefully have access to their old age pension benefits. In developed countries, pension is the primary source of income and protection at old age, while in developing countries including Cameroon, only a few retirees easily have access to their deserved pension benefits as soon as they go on retirement and therefore, the rest must have to rely on other sources of income or cling to their occupations⁸. In fact, in Cameroon, going on retirement and having automatic access to ones' pension benefits is seen as a miracle. This is more so because, retirees spend months or years chasing pension claims upon retirement and there are reports of many retirees who died without having their deserve pension benefits due to ineffective implementation of pension texts and unwarranted delays in administrative procedures with their inherent vices⁹.

From the foregoing, the question that is posed is, why would a *bona fide* retiree fail to swing into full enjoyment of his pension entitlement from the first months he/she retires? This happens often times because of failure to meet the requirements as prescribed by the pension law. Meeting all the requirements as prescribed by the pension law and failing to have access to ones' pension benefits on time due to ineffective implementation of texts and unwarranted delays in administrative procedures, is tantamount to a fundamental breach of pension contract by NSIF,

⁵ ATANGANA, B. (2016), "Corruption and Structural Reforms in Cameroon", *Research in World Economics*, Vol. 03, No. 02, p.11.

⁶ Prime Ministerial Circular n° 004/CAB/PM of 12 November 2015 requesting civil servants who are due retirement to leave office.

⁷ KAMANDA, B. (2016), "Cameroon: the Retrenched Workers of the Civil Service & Parastatals: Assessing the Needs for Reforms", Yaounde: *Bulletin de l'APAD*, p. 3.

⁸ DUGAROVA, E. (2018), "UNDP: Aging, Older Persons and the 2030 Agenda for Sustainable Development", cited by ISATOU J. et al in "Retirement Preparedness of Public Sector Employees in Cameroon: The Case of Civil Servants in the Buea Municipality", *PAID-WA Buea*, January 2019, p. 2.

⁹ The Post News Paper of 6th February 2009, "CRTV sends off Retired Workers in Grand Style but will soon start Chasing Pension Files", p.1. Though there is no empirical study that so far exist in Cameroon on the total number of retirees who have spent more time, that is, more than a month as required by law to be entitled to their pension benefit or, have died thereby being deprived of such entitlements, the overwhelming tendency from observation is that, most former workers' pension rights are greatly abused on retirement in Cameroon, either due to ignorance on the part of the retiree or blatant abuse of power by the insurer, NSIF.

thereby exposing the socially insured worker to suffer untold hardship for which the insurer should be held accountable for the loss and injury suffered by the insured.

The above situation gives rise to pension litigations. Consequently, it can be safely stated that, litigations related to social benefits spring from conflicts between NSIF and the socially insured person when they cannot agree on a disputed social benefit. NSIF may refuse to grant a social benefit in respect of the laws governing the attribution of such a benefit while the socially insured person remains convinced that, he is entitled to a right to enjoy such pension benefit. At this juncture, the next thing that comes to the mind of the aggrieved party is the resolution of the deadlock through adjudication that sets out the pension rights of the parties. Particularly, the litigant is preoccupied with the competent jurisdiction as well as the procedure and timeframe within which pension claims suits can be instituted.

In fact, the complexity and pertinence of litigating pension claims in Cameroon have been acknowledged and reaffirmed by the Director General of NSIF when he cautions all his staff involved in the litigation chain to,

not only master the texts as it concerns substantive and procedural norms, but and above all, to keep proper documentary evidence needed by the National Social Insurance Fund to establish its case whenever called upon to do so by pension claimants¹⁰.

One of the striking specificities of the Cameroonian social security litigation is its hybrid characteristic. The uniqueness of pension litigation in Cameroon is the sacrosanct amalgamation of both administrative and civil litigations rules in pension claims. Social benefits disputes in Cameroon are governed by Ordinance n° 73/17 of May 22, 1973, on the organization of Social Security as amended by Law n° 84/006 of July 4, 1984. The legislator has granted both the insured retiree and/or his legal claimants the right to assert their interest if they feel cheated by a decision of the National Social Insurance Fund, refusing or inadequately awarding them pension benefits. Prior to the enactment of the 1973 Ordinance, the adjudication procedures for pension claims from NSIF were provided for by Law n° 67/LF/8 of 12 June 1967 governing Social Security in Cameroon. By dint of the above law, a socially insured retiree or his legal claimant who was dissatisfied with the decision of NSIF in respect of an application for a particular social benefit,

¹⁰ Service Note n° 17/16/ DG/CNPS of 12th February 2016 regulating the follow-up of technical litigations emanating from the treatment of pension benefits and the control of employers.

could commence his legal action by way of a petition or complaint before the Litigations Committee lodged at the General Directorate of the Fund. If the litigant was not satisfied with the outcome at the Litigations Committee, he could address an appeal to the Board of Directors of NSIF and thereafter to the Minister of Labour and Social Security. It was only after the exhaustion of these three (3) instances that an unsatisfied litigant could seize the Administrative Bench of the Supreme Court¹¹ to hear and determine the merits of the case. This navigation from one level to the other was very disadvantageous to the insured retirees or their legal claimants considered as weaker party in the pension insurance relationship.

However, the 1973 Ordinance ushered in a total overhaul of the judicial procedure to adjudicate pension matters as specialized bodies were created. These were the Administrative Complaints' Committee of the Board of Directors (BoD) of NSIF¹² and the National Social Insurance Disputes Committee. With these institutions put in place, what is the procedure for litigating pension benefits claims in Cameroon? To answer this question, this paper through doctrinal and case law analysis, succinctly presents the pension claim litigation procedure for potential litigants as well as legal defenses at the disposal of NSIF. Unlike in pure administrative matters or ordinary civil litigations, pension insurance litigations in Cameroon are quasi-administrative and quasi-civil. These claims are subject to special rules of procedure that call for strict adherence, failure of which the suit may be thrown out merely for want or vice of procedure and not necessarily due to the substantive issues raised therein. The procedure unfolds principally in two phases: the pre-litigation phase which is purely administrative in nature and the contentious phase before the competent judicial instances.

2. Pre-litigation Phase Before the Administrative Complaints Committee

The adjudication of the pension rights by an aggrieved insured retiree or his legal claimant starts with the filing of a pre-litigation complaint to the Administrative Complaints' or Reprieve Committee of the Board of Directors of NSIF created for that purpose¹³. This phase of the contestation is aimed at seeking an "*equitable relief*"; the petitioner prays the Administrative Complaints' Committee of the BoD – NSIF to review the contested act of the Fund and grant the

¹¹ ATANGANA B., *op. cit.*, p.19

¹² Article 10 (1)(b) of Ordinance n° 73/17 of 22 May 1973 on the organization of the NSIF as modified by Law n° 84/006 of 04 July 1984.

¹³ *Ibid*, article 2 (1).

relief sort¹⁴. The Administrative Complaints' Committee is not a jurisdiction *per se* but an administrative arm of the Board of Directors, which is found in almost all social security establishments around the world¹⁵. Basically, the Committee aims at safeguarding the interests of social partners of the institution, to wit: socially insured persons who constitute the main beneficiaries of the Fund, employers registered with the Fund and the State which ensures the regulatory function and provider of public service. In Cameroon, the Committee has a well-defined composition and competence.

2.1. The Composition of the Administrative Complaints' Committee

Its composition is representative in nature, reflecting the various socio-professional corps that interact within the framework of social security promotion and protection in Cameroon. This option is intended to permit the representatives of the various corps to ensure that they properly articulate the interest of their members within the limits of the existing legislation so that justice can be guaranteed at the end. The Committee comprises of the following:

- A President, a magistrate from the Ministry of Justice appointment by the President of the BoD of NSIF;
- One representative of the Ministry of Finance;
- One representative of employers;
- One representative of workers; and
- any person the President may decide to invite as a result of the issues programmed for hearing.

For the Committee to validly deliberate, three quarters ($\frac{3}{4}$) of its members must be present, save in a case of force majeure like death¹⁶. The Committee has a functional Permanent Secretariat

¹⁴ This is intended to have the administrative authority, author of the contested administrative act, do a second reading of the substantive and procedural issues involved in the act for which it has been seized. *Equitable relief* is purely discretionary in nature. This means that the author of the act may decide to review it or not to when he is convinced of its rightness though it may lead to contentious action, see COTTIN M. (2007), *Naissance et evolution d'une jurisdiction: le contentieux général de la sécurité social entre ordre judiciaire et droit Administratif*, 1^{er} Ed, CERCRID, p.70.

¹⁵ HUTEAU G. (2008) *Sécurité Sociale et Politiques Sociales*, 3^e Ed. Paris, Dalloz, p. 94

¹⁶ This is because the Members of the Committee are designated from amongst the Members of the BoD-NSIF, appointed by decree of the President of the Republic and thus, cannot be replaced except by another decree, whose timing is the sole prerogative of the President of the Republic. In the case of force majeure like death, only three of its statutory members and an additional invitee meet within the framework of its mission. This was the case in 2020 following the demise of the President of the Committee where one of its members, Mr AYANGMA Protais was Acting President till the appointment of Justice MBARGA Rosalie Marie Rose as new President in 2022.

with experts that coordinate its activities. Even though endowed with a Permanent Secretariat, it does not have its own independent staff but simply makes use of the personnel of the competent technical services of the Directorate of Legal Affairs and Litigations, the Directorate in charge of Social Benefits (in matters relating to pension benefit claims by insured persons), and the Directorate of Recovery (in cases linked to social contributions).

2.2. The Competence of the Administrative Complaints' Committee

The Administrative Complaints' Committee is the only competent administrative organ through which matters related to social benefits can be initiated at the pre-litigation phase. Consequently, it is the sole competent body to receive petitions from aggrieved socially insured persons registered with the Fund, contesting *inter alia*, assessment elements of the different benefits, liquidation incomprehension, irregular disqualification of a socially insured person to benefit. Equally, the Administrative Complaints' Committee also receives similar petitions coming from NSIF, either out-rightly contesting the amount requested or the social benefit applied for by the socially insured worker or his legal claimant. The Committee is also competent to hear and determine petitions relating to the recovery of social insurance contributions from employers or voluntarily insured persons as the case may be (*les contentieux du recouvrement*)¹⁷. Thus, it can be safely submitted that all cases of contestations related to social security to wit: those relating to social benefits as well as those linked to the recovery of social insurance contributions, must initially be presented before the Administrative Complaints' Committee as a *conditio precedent*, for the potential justiciability of any claim before the competent jurisdictions. In this perspective, section 20(1) & (2) of the 1973 Ordinance provide that:

20 (1) Complaints may only be made to the Regional Social Insurance Disputes Commission after rejection of a claim to the Administrative Complaints Committee set up within the Board of Directors of the National Social Insurance Fund.

(2) Failure by the Committee to reply within three months after submission of the claim shall be deemed to constitute a rejection.

¹⁷ It should be noted that this second class of litigations do not form the core of this study. This study focuses on the examination of litigations relating to social benefits by the socially insured persons or their legal claimants against NSIF (*Les contentieux des prestations*).

This administrative procedure is sacrosanct and not subject to any derogation within the Cameroonian procedural law and jurisprudence on pension and social security.

2.3. The Procedure before the Administrative Complaints' Committee

Petitioning the Administrative Complaints' Committee of the BoD-NSIF by any disgruntled litigant at the pre-litigation phase, is a *conditio sine qua non* for commencing any pension benefit contentious lawsuit before any tribunal competent to adjudicate. However, this procedure is fundamentally different from that of a typical administrative litigation, which warrants that all contestations of any injurious administrative act should first be addressed to the author of the act or his mandated representative¹⁸. The specificity of this pre-litigation procedure is that, complaints against dissatisfactory acts/decisions of competent NSIF regional or divisional representatives, are neither addressed to the concerned Chiefs of Centres nor to the Director General on whose behalf they acted as is the case with purely administrative litigations. Curiously, they are addressed to the Administrative Complaints' Committee of the BoD-NSIF that did not participate in taking the act.

Consequently, any eligible beneficiary, who has good reason to believe that his pension rights have been violated by NSIF, can file a pre-litigation complaint to the said Committee. The petitions are addressed to the President of the Committee within three (3) months following the decision rejecting an application for pension benefits by NSIF¹⁹. The Committee hears the matter and determines its regularity and the basis of the petitioned. If the claim is founded, the request is granted, if not, it is rejected and the grounds for rejection stated in the decision of the Administrative Complaints' Committee. A copy of the decision is served to the complainant who acknowledges receipt of same within two (2) months²⁰. This was scrupulously observed in the case of *ADAMOU Madi v. NSIF*²¹, where the applicant aged 51 applied and was successfully placed on old age pension before due date. NSIF later on *suo motu*, cancelled the said benefit on grounds that the applicant was not eligible to it. Convinced that such action by NSIF was tantamount to violation of his pension rights, AMADOU Madi filed a pre-litigation complaint to the Administrative Complaints' Committee, requesting the cancelation of the said injurious

¹⁸ Section 12 of Ordinance n° 72/06 of 26 August 1972 re-enacted by section 17 (1) of Law n° 2006/ 022 of 29 December 2006, creating Lower Administrative Courts in Cameroon provides that, "*a petition may only be filed in the administrative court following the rejection of a complaint made to the competent administrative authority that issued the act being challenged or his legally empowered representative.*"

¹⁹ S.20(2) of the 1973 Ordinance.

²⁰ *Ibid*, S.21(1).

²¹ CNPS Immatriculation n° 00060473326-7, 1986.

decision and the reinstatement of his old age pension before due date. This request was rejected²² thereby paving the way for a legal suit before the competent jurisdiction. However, there arise situations where the Administrative Complaints' Committee may remain mute without any opinion on the matter presented before it. Section 20(2) of the 1973 Ordinance provides that, if the Committee fails to reply within three (3) months following the lodging of the complaint, it shall amount to implicit rejection of the said complaint as was the case in *CNPS (B.P 1038 Bafoussam) c/ NGUEKAM Joseph*²³.

It is based on this implicit or express rejection by the Committee of the Board of Directors of NSIF that, either the petitioner or respondent can proceed to file a motion within two (2) months²⁴ for the insured person, and fifteen (15) days for the employer from the date of notification of the publication of the decision of the Administrative Complaints' Committee, before the competent jurisdiction. At the expiration of this period, any interested party is precluded.

3. The Contentious Phase Before the Regional Social Insurance Disputes Commission

Another striking uniqueness of pension litigations in Cameroon is that, its matters are heard and determined in a special tribunal created for that purpose namely, the Regional Social Insurance Disputes Commission²⁵, acting as a court of original jurisdiction. The Courts of Appeal territorially competent and the Supreme Court are appellate jurisdictions. Article 14 of Law n° 84/ 006 of 4 July 1984 modifying Ordinance n° 73/17 of 22 May 1973 on the Organization of the National Social Insurance Fund in Cameroon enacts:

1. There shall be set up a National Social Insurance Disputes Commission. This Commission shall settle in the first instance any disputes resulting from the application of the laws and regulations governing social insurance with regard to liability, basis of assessment and collection of contributions and the granting and settling of allowances.

²² Decision n° 27816cc/cc2/CPSGRA/SBT/BPV/DCNPS of 15 April 2016.

²³ Arrêt n°. 36/SOC Du 03-06-2010.

²⁴ S. 21 (2) of the 1973 Ordinance.

²⁵ By dint of section 14 of Law n° 84/06 of the 4 July 1984 amending certain provisions of the 1973 Ordinance. This has been reaffirmed by Article 61 of Law n° 96/ 06 of 18 January 1996 that transformed the ten provinces to regions in Cameroon.

2. There may be established by Decree, within the jurisdiction of each Court of Appeal, a section of the National Social Insurance Disputes Commission.

The legislators' decision to create a special jurisdiction charged with specific competence on social security litigations was driven by the fact that the ordinary courts did not devote the special attention this category of cases warranted, taking into account their complex and specific nature. On the contrary, they were treated as residual and inconsequential cases, rendering decisions without sufficient consideration²⁶. The creation of the Commission is in sharp contrast to what obtains in some CEMAC Member countries such as Equatorial Guinea, Congo-Brazzaville and Gabon, where this "Commission" is instituted as a Labour Court²⁷ within the judicial system, side-by-side other trial courts with its own structures and personnel as of right. Thus, it could be safely argued that the creation of the Commission is a limp attempt by Cameroon to conform to the generally affirmed principle that, social security litigations are ordinary civil proceedings and not administrative litigations. Not only is its procedure different, but its composition and competence of the Commission are distinct from those of the ordinary courts.

Page | 397

3.1. The Composition of the Regional Social Insurance Disputes Commission

Unlike a typical trial court of original jurisdiction that is made up of legal and judicial officers (magistrates) as well as trained registrars, the composition of the Regional Social Insurance Disputes Commission is transversal, made up of judicial, administrative or non-judicial authorities, as defined by the section 15 of the 1973 Ordinance. It comprises:

- *A President*, Magistrate appointed by Decree of the President of the Republic²⁸;

²⁶ It remains to be ascertained if this motivation has been satisfactorily achieved. This worry continues to linger as a result of the fact that, despite its "apparent" autonomous status as a jurisdiction in its own right, the said Commission lacks an independent structure of its own as it continues to be hosted and presided over by the President of the competent.

²⁷ Section 89(1) of Law n° 6/75 of 25 November 1975 on the Social Security Code of the Republic of Gabon provides as follows: "*Les différents auxquelles donne lieu l'application des législations et règlements de sécurité sociale, à l'exception des affaires pénales et des litiges qui appartiennent par leur nature à un autre contentieux, seront réglés par le Tribunal du Travail dans le ressort duquel se trouve le domicile de l'assuré ou de l'employeur intéressé ou, en matière d'accident du travail par le Tribunal du Travail dans le ressort duquel l'accident est survenu. La procédure devant le Tribunal du Travail est gratuite.*" "Disputes arising from the implementation of the Social Security Code, with the exception of criminal cases which fall under a separate legal regime, shall be settled by the Labour Court of the place of residence of the socially insured person or the concerned employer. In cases of industrial accidents, by the Labour Court of the place where the accident occurred. The Procedure before the Labour Court is free of charge". (Authors' translation).

²⁸ In practice, the President of the High Court at the Regional Headquarters is appointed as president in the Regional Social Insurance Disputes Commissions.

- Two (2) Assessors appointed from amongst employers and employees' movements for a two-year mandate in line with the provisions of article 133 of the Labour Code; and
- a Registrar, the Regional Labour Inspector who assumes the functions of the secretariat²⁹.

The specificity of the Insurance Disputes Commission is that it is a collegial tribunal made up of both judicial and non-judicial authorities. For the non-judicial authorities to fully play their role in the dispensation of justice, they are bound to take the following oath of office before the High Court:³⁰

(1) The secretary ...: «I swear and promise to discharge my duties well and faithfully and to fulfil in every respect the obligations incumbent on me». (2) The assessors ...: «I swear to discharge my duties with zeal and integrity and to preserve the secrecy of the proceedings».

The secretary and the assessors together with the president (who does not take oath again since he had initially taken oath as a magistrate), discharge the duties of the Commission within the framework of its jurisdiction.

3.2. Competence of the Regional Social Insurance Disputes Commission

In legal parlance, a courts' competence or jurisdiction refers to the legal authority or power it has to hear and determine matters conferred on it by law. Put alternatively, it consists of the court's ability to adjudicate matters by examining the facts and applying the law. The competence attributed to the Commission implies that the adjudication of pension insurance matters in Cameroon is out of the realm of the ordinary courts system *per se*. It further implies that ordinary courts with original jurisdiction are incompetent in all pension insurance disputes brought before them; any judgment emanating therefrom is null and void *ab initio*. This was the outcome of the ruling of the High Court of Donga-Mantung in *TUMLI Loveline v. NSIF (Nkambe Centre) & SHEY Felix NCHANJI*³¹. In that case, the applicant, widow of the late NGEH FAI, instead of seizing the competent Regional Social Insurance Disputes Commission-Bamenda, filed a motion on notice through her counsel praying the High Court of Donga-Mantung to award her *inter alia*, a survivor pension benefit. Instead of declining jurisdiction, the trial judge went ahead to hear and grant the request, which was swiftly quashed on appeal by the North West Court of Appeal. The

²⁹ Article 17 of the 1973 Ordinance.

³⁰ *Ibid*, article 18(1) (2).

³¹ Suit n° HCN/06M/2010 of 08/06/2010 (unreported)

Commission therefore, has exclusive jurisdiction both territorial and material, in social insurance matters.

3.2.1. Competence *ratione loci* of the Commission

In ordinary law, the jurisdiction geographically competent³² is that of the defendant except in cases where there is a contrary provision in the contract³³. However, in insurance and social security law, determining territorial competence is subject to particular rules for which the primary aim is to avoid further hardship to the insured. That is why the pension law has put in place a body of rules to ensure that the socially insured worker or his legal claimants are well protected. The principle is that the competent tribunal is that of the insured's domicile³⁴. The Cameroonian legislator has clearly demonstrated its will to protect the insured by adopting this principle which is derogatory to ordinary principles of civil procedure, usually captioned in the maxim "*actor sequitur forum rei*"³⁵. It is of no consequence whether the defendant is NSIF or the socially insured person. It implies, therefore, that in case of litigation, NSIF is compelled by law to displace itself constantly until the litigation is over. A historical justification can, however, be given for this principle in that a few years back in France, insurance companies stated in their contracts that in case of litigation, the competent courts shall be the courts of Paris. This specification caused severe hardship on insured persons living in other regions far-off from Paris, who needed justice. It is to avoid such situations that the Cameroonian legislator opted to take such a stand by providing that the domicile of the insured be the place to hear litigation arising from pension and social insurance contracts.

The domicile of the socially insured worker here should be understood as the insured's principal place of work or his retirement home – that is to say, where he/she currently lives. The notion of domicile is always almost clear when used to determine the domicile of moral persons. But when used with respect to natural persons, it becomes somehow complicated because it is usually confused with residence. However, such confusion does not exist in matters of pension litigation because there is only one Commission per region. The provision of article 14(1) of the 1973 Ordinance is emphatic and very instructive. It enacts as follows "*a Regional Insurance Disputes Commission is hereby created in each Region.*" It goes without saying that, the tribunal territorially competent remains that of the region where the petitioner works and or resides. It follows from this provision that if a socially insured worker living in Sawi³⁶ has good reason to

³² BERR C. J., GROUDEL H. (1978), *Les grandes arrêts du droit d'Assurances*, Paris, Sirey, P. 398.

³³ Article 8 & 9 of the CCPC.

³⁴ Article 14 (1) of the 1973 Ordinance.

³⁵ The competent tribunal is always that of the defendant.

³⁶ A locality in Bum Sub Division, Boyo Division in the North West Region of Cameroon.

believe that he has been unfairly treated by NSIF, he can after an unsuccessful attempt at administrative settlement, file an action before the North West Regional Social Insurance Disputes Commission, notwithstanding the amount involved. He cannot introduce the petition before any other tribunal of the same status within the national territory because the tribunal will be considered territorially incompetent.

3.2.2. Competence *ratione materiae* of the Commission

Unlike the CIMA Code that has no specific provisions dealing with determination of the subject matter jurisdiction of courts when it comes to insurance disputes in general, the 1973 pension law as amended and supplemented, consecrates in *grossu modu*, the subject matter competence of the Regional Social Insurance Disputes Commission as follows:

.....this Commission shall settle at first instance any disputes resulting from the application of the laws and regulations governing Social Insurance with regard to liability, basis of assessment and collection of contributions and the granting and settling of allowances ³⁷.

From the wordings of article 14(2) above, read alongside other provisions of the 1984 law amending the 1973 Ordinance on the organization of NSIF, it could be deciphered that the material jurisdiction of the Regional Social Insurance Disputes Commission consists of hearing and determining petitions emanating from the rejection by the Administrative Complaints Committee, of applications filed by an aggrieved socially insured worker or a retiree as well as their legal claimants and employers against NSIF and vice versa, concerning all pension and social insurance matters in Cameroon. Therefore, as a tribunal of original jurisdiction, it is endowed with the competence to hear and determine the following pension claim petitions for the first time:

- Petitions relating to unwarranted delays in the payment of pension benefits as due;
- Petitions relating to inadequate compensation of pension insurance benefits;
- Petitions relating to the rejection of applications from eligible beneficiaries by NSIF;

³⁷ Article 14 (2) of the 1973 Ordinance.

- Petitions relating to the irregular suspension and suppression of pension benefits by NSIF; and
- Any other petition pertaining to the application of pension laws in Cameroon.

As a moral person of public law endowed with a distinct legal personality and financial autonomy, NSIF will be civilly liable vis-à-vis the petitioner if found wanting on any of the above grounds. In all, the Regional Social Insurance Disputes Commission remains the only tribunal with original jurisdiction to entertain and try the above-mentioned petitions in matters relating to pension claims throughout any region. That any other tribunal that entertains same is acting *ultra vires* can be seen in the judgment of the Administrative Bench of the Supreme Court in *YEMIE Felix c/. CNPS*³⁸. In that case, Mr. YEMIE Felix prayed the Administrative Bench of the Supreme Court for the settlement of his old-age pension, including costs and indemnification for prejudice suffered due to non-payment of his pension benefits for over six (6) years. In its ruling, the Supreme Court declared itself incompetent stating that, the litigation fell within the competence of the Regional Social Insurance Disputes Commission. That this rule remains a sacrosanct principle, was stated by the Administrative Court of the North region in *AMADOU MADI c/. Etat du Cameroun (CNPS)*³⁹. In that case, the petitioner represented by *Me. BOUBA Malai* requested the North Administrative Court for the annulment of a decision rejecting his application for old-age pension before due date by NSIF. After reviewing the substantive basis of the petitioners' claim of one million francs (1,000,000FRS CFA), representing prejudice and costs, the Court declared that, it was incompetent *ratione materiae*, to entertain the matter at first instance, citing article 14 of Law n° 84/ 006 of 4th July 1984 modifying Ordinance n° 73/17 of 22nd May 1973.

3.3. The Procedure Before the Regional Social Insurance Disputes Commission

In the regular discharge of its duties when seized by a litigant, the President of the Regional Social Insurance Disputes Commission summons monthly sessions after ensuring that the case files are in order for deliberation or in reference to the last adjournment date. The Commission is seized by way of a simple petition or by a letter addressed through the Secretariat or directly to the

³⁸ Jugement n° 55/2008/CA/CNPS du 02nd Avril 2008.

³⁹ Jugement n° 017/2017/TA/GRA du 27 Septembre 2017, <https://editions-alexandrie.com> accessed on the 15/01/2025.

President. Legal procedures before this Commission are free of charge⁴⁰. Once the President of the Commission is convinced that hearing can proceed, the parties are invited to tender their submissions⁴¹. This is intended to permit the tribunal acquaint itself with the facts and merits of the case to enable it rule on its merits. The judgment passed by the Regional Social Insurance Disputes Commission must be collegial and motivated⁴².

The reasoned rejection of the pre-litigation complaint contested by an aggrieved insured worker or the expiration of three months' period after filling a complaint to the Administrative Complaints' Committee, is a *conditio sine qua non* for the admissibility of a lawsuit filed by an aggrieved insured worker or his legal claimant before the competent Regional Social Insurance Disputes Commission for examination. A dissatisfied litigant files a simple petition accompanied by a copy of the decision rejecting his pre-litigation complaint by the Administrative Complaints' Committee of the Board of Directors of NSIF within two (2) months from the date of rejection⁴³. Alternatively, his petition may be accompanied by a dated application backed by proof of service addressed to the Administrative Complaints' Committee and which has remained untreated for more than three months. After this deadline the insured worker forfeits his legal rights to recover damages judicially. In *CNPS c/. MONGOU Amadou*⁴⁴, the West Regional Social Insurance Disputes Commission did not hesitate to take cognizance of the silence of the Administrative Complaints' Committee seized on the 14th May 2018 to declared the petition of *MONGOU* filed on the 18th August 2018, admissible and founded for the award of old age pension arrears. Thus, timelines in pension claims litigations remain a major call for review because of its adverse consequences on the applicant for non-compliance.

It is very disheartening and inconceivable that because a socially insured worker presents himself after the statutory deadline set by law, it becomes a valid justification to deprive a bona fide retiree from enjoying part of his salary that was compulsorily deducted and saved for his rainy

⁴⁰ The State is conscious of the fact that, most of the socially insured persons who contest rejection decisions of the NSIF are often than not very poor since they have ceased from all remunerative activities. Besides, in most cases, apart from the benefit which they are soliciting, they barely survive on the generosity of family members' charity, generally with very preoccupying health conditions that come along with old age. Furthermore, the pension which they benefit are generally very insignificant (pension benefit vary with some insured persons receiving 36.000 FCFA quarterly, representing 12000 FCFA per month), leaving the socially insured retiree with almost nothing to pay court fees for the procedure to contest a decision.

⁴¹ Articles 22, 23, & 24 of the 1973 Ordinance.

⁴² *Ibid*, articles 26 & 27.

⁴³ *Ibid*, article 21 (1) (2).

⁴⁴ Decision n° 02/20 du 07 Mai 2020, Commission Régionale du Contentieux de la Prévoyance Sociale de l'Ouest (unreported).

day. This is so absurd considering that it is not a grant from the State but rather the retirees' long-time savings during his active career. That being the rationale behind the pension scheme, the whole objective is dashed when the neediest retiree is deprived of his personal income that accumulated over time just because of lateness. On the contrary, the retiree is supposed to be at liberty to decide how soon to request for such retirement benefits to start flowing, considering that it is intended to replace his terminated monthly wages due to old age, invalidity or death. It is as a result of such unreasonable and flimsy grounds advanced by NSIF to deprive the socially insured from their legal entitlement that the working public considers or view NSIF as scam. A review of three hundred and forty-five (345) decisions passed by the Administrative Complaints' Committee⁴⁵, reveals that two hundred and ninety-seven (297) were rejections due to prescription or non-respect of deadlines to apply for pension benefits upon cessation from all remunerative activities. Upon contestation before the competent Regional Commissions, only thirty-eight (38) of the 297 rejections were reversed on appeal. What becomes of the "lost" pension benefits of the unfortunate retirees are what we cannot tell? With no clear answer to this worry, these authors opine that NSIF uses prescription as a pretext to "misappropriate" private funds.

Time limits relating to contentious pension claims are general (time within which an existing pension right can be claimed before the competent jurisdiction) and procedural (time limits in the course of prosecuting a pension claim).

3.3.1 General Time limits

Prescription period in law refers to the time limits within which an action can be brought before the competent jurisdiction to seek redress, the expiry of which such action is barred. Time is of essence in pension insurance claims. There are specified deadlines set, for instance, time within which losses must be presented to the insurer – NSIF and the time within which claims must be settled. In pension insurance, article 23 of the pension law provides that the period within which an action can be brought to the Regional Social Insurance Disputes Commission is five (5) years. This period starts to run from the date the claims were due or made known to the beneficiary. After this period, the insured's' right to judicially lay a claim is forfeited.

⁴⁵ Decisions of the Administrative Complaints Committee issued between 2009 and 2022, randomly selected at the Directorate General of the National Social Insurance Fund in Yaounde, NSIF Bafoussam, NSIF Douala-Bonanjo and NSIF Bamenda, from September 2022 to March 2023.

The case of *VOUNSOUMNA Pierre (Insured No.000-0420145-5) v. NSIF*⁴⁶ is very illustrative. Mr VOUNSOUMNA who retired on the 31st of December 2010, presented an application for old-age allowance on the 11th of December 2019. The Chief of Center of NSIF for YAGOUA rejected the request via correspondence reference n° 595/19/CNPS/CPSY/CC/SBT of 12th December 2019, prompting the applicant to petition the Administrative Complaints' Committee of the BoD-NSIF on the 7th of January 2020, praying the Committee to reexamine his application for old-age allowance. Based on the available evidence before the Committee, it declared the request admissible but unfounded due to total prescription of pension rights by virtue of section 15 of Law n° 69/LF/18 of 10 November 1969 as amended by Law n° 90/063 of 19th December 1990. Similarly, in *MEGOUMOU Augustine A/D of late OTTOU Paul Jean Yves (351-1016770-6) v. NSIF*,⁴⁷ the applicants who were legal claimants of the deceased - OTTOU Paul, contested the amounts of survivors' pension benefits attributed to them by NSIF Chief of Centre for Messamendongo on the 2nd of September 2019 before the Administrative Complaints' Committee of the BoD-NSIF. Unfortunately, the Committee held that the petition was admissible but unfounded because the calculation was done in strict conformity with the regulations in force.

The above decision seems to be based on the *doctrine of lashes and acquiescence*. This doctrine holds that, an individual who is naturally endowed with legal rights will lose such rights at a point in time when he fails to take action within a reasonable time because, by remaining indifferent vis-à-vis his rights, he is giving the public the impression that such rights have been foregone or abandoned. As such, it will be unreasonable to turn around to embarrass right thinking members of the public. This is more so when the law expressly defines the timeframe for the enforcement of such rights. In our opinion, the application of this doctrine in pension benefit claims is a misnomer. On the contrary, the so considered “overdue” pension claim is supposed to be treated as savings with interest calculated at the legal rate to the benefit of the retiree rather than victimize him.

3.3.2 Procedural Time Limits

Once an insured worker who estimates that his/her pension rights have suffered prejudice and need reparations, some actions must be undertaken by the aggrieved insured which unequivocally establish that he/she is seeking legal redress. The law provides that the judicial procedure for the recovery of pension benefits begins when the aggrieved party files a pre-litigation

⁴⁶ Decision n° 062/2020/CRG/CC/CNPS of 8th May 2020.

⁴⁷ Decision n° 086/2020/CRG/CC/CNPS of 8th May 2020.

complaint to the Administrative Complaints' Committee of the Board of Directors of NSIF. It is from this moment that the computation of procedural time limits begins and prescription is as follows:

- Three months following the decision rejecting an application for pension benefits or notice to pay contributions by NSIF for the petitioner to file a pre-litigation complaint⁴⁸.
- Two months is allowed for the Administrative Complaints' Committee to pronounce by way of decision on the complaint presented to it by the petitioner⁴⁹.
- Three months to qualify as rejection by the Administrative Complaints' Committee of the petitioner's application for pension benefits⁵⁰.
- Two months to file a lawsuit before the competent jurisdiction upon the ascertainment of lapse of time for implicit or express rejection of the petition by the Committee⁵¹.

The above procedural deadlines call for strict respect, failure of which the applicants' cause of action may suffer prescription thereby depriving him of any legal right over pension benefits⁵². However, the decision of NSIF or the Administrative Complaints Committee of NSIF may further provide time limits and other conditions and formalities to be fulfilled by the applicant who wishes to challenge its decision. In such circumstances, the provisions of the decision will supersede the general rule of law. The scrupulous respect of the deadlines aforementioned permits a litigant to have access to the competent jurisdiction and secure his claim. A dissatisfied litigant with the verdict of the trial court can seek justice by challenging it within fifteen (15)⁵³ days in the appeal court of the region. However, not all pension claims filed against NSIF may succeed in court. This is because the law itself provides certain legal mechanisms that can be invoked in defense against dully instituted claims by potential claimants.

⁴⁸ Article 41 of Decree n° 74/733 of 19 August 1974.

⁴⁹ Article 20(1) of Ordinance n° 73/17 of 22 May 1973 as amended by Law n° 84/006 of 4th July 1984 on the organization of the NSIF.

⁵⁰ *Ibid*, article 20(2).

⁵¹ *Ibid*, article 21(1).

⁵² *Ibid*, article 21(2).

⁵³ *Ibid*, article 29(1).

4. Defenses Opened to Parties Involved in Pension Benefits Litigations

Although loss is the basis for a claim, not every loss or inability to access potential pension benefits can sustain a claim. NSIF may raise a litany of defenses ranging from the fact that the applicant is not registered, an improper claim application, or that the applicant is death, etc. Some of the defenses opened to NSIF for non-settlement of claims are examined hereunder. Page | 406

4.1. The death or injury of the insured worker is linked to the claimant

If it is proven that the beneficiary murdered the insured, NSIF is not under an obligation to pay the pension scheme solicited by the beneficiary. This constitutes one of the grounds for the suppression of pension benefits. Section 20 of Law n° 69/LF/18 of 10 November 1969 enacts: *pensions or allowances shall not be paid if invalidity or death is the consequence of a felony or misdemeanor committed by the beneficiary or of a deliberate offence on his part.*

Going by the above provision, if the insured worker is a victim of an act qualified under Cameroonian law as a felony or a misdemeanor⁵⁴ caused by the legal claimant or a deliberate act of the insured worker himself, that renders him incapacitated to continue working or which kills him, NSIF may invoke such circumstances to decline its responsibility to pay pension or allowances to the claimant. However, for this defense to be invoked and relied on, NSIF must be able to establish that the incapacitation or death of the insured worker was caused by the beneficiary intentionally. Alternatively put, the potential beneficiary must have been convicted for an act amounting to a felony or misdemeanor against the named insured worker.

4.2. Prescription of action.

This defense is the most common, most frequently invoked where necessary and most successfully sustained without any stress, whenever NSIF intends to rescind its legal obligations vis-à-vis the socially insured beneficiary or his legal claimants. NSIF insists and relies strictly on the above deadlines as defense against claimants. In *MAKONGO HUGO MBELLA Noah DEH (Assuree no. 000-0182532-2) v. NSIF*⁵⁵, the petitioner filed a pre-litigation complaint at the Permanent Secretariat of the Administrative Reprieve Committee on the 2nd of December 2020,

⁵⁴ See section 21(1) of Law n° 2016/007 of 12 July 2016 relating to the Penal Code which enacts to the effect that: a felony shall mean an offence punishable with death or with loss of liberty for a maximum of more than 10 (ten) years and fine where the law so provides; a misdemeanour shall mean an offence punishable with loss of liberty or with fine, where the loss of liberty may be for more than 10 (ten) days but not for more than 10 (ten) years, and the fine more than CFAF 25 000 (twenty-five thousand).

⁵⁵ Decision n° 227/2021/CRG/CA/CNPS of 28th May 2021.

requesting for the reexamination of his application for old-age allowance pursuant to a rejection Letter n° 1257/20/CNPS/CPSBJO/CC/SBT/SBTA/GC of 3 November 2020 by the Douala-Bonango Chief of Centre of NSIF, on the basis of total prescription of pension rights as provided for by sections 9 and 15 of the 1969 pension law as amended. From the exploitation of documentary evidence submitted by the claimant⁵⁶, it was discovered that, MAKONGO HUGO born on the 6th of April 1952, ceased working on the 17th of December 1990 but attained the pensionable age of sixty (60) on the 6th of April 2012 with 170 insurance months to his credit, qualifying him to benefit from old-age allowance on condition that he applied before the five (5) years prescription deadline which was 06 April 2017. For the fact that he filed his application three (3) years, six (6) months after lapse of five years (on the 21st October 2021), the President of the Administrative Reprieve Committee – MBARGA Rosalie Marie Rose simply rejected it on grounds of total prescription of pension rights. This was the same situation in *NDEJIONOU Michel (Assure No. 351-1110162-3) v. NSIF*⁵⁷ and in *TINA NGUIMBUS Thaddee (Assuree No. 000-0425948-7) v. NSIF*⁵⁸.

Despite the overbearing adherence by judges to the defense of prescription whenever retirees fail to scrupulously respect the deadline for filing such claims, in some circumstances where NSIF disregard or violate the very provisions of its organic texts but turn around to request for a selective application of the same laws at the detriment of an applicant for pension benefits, the judges will be hesitant to do so. In the West Court of Appeal's case of CNPS (B.P 1038 Bafoussam) c/ NGUEKAM Joseph, the Social Chamber did not hesitate to uphold the decision of the West Provincial Social Insurance Disputes Commission – Bafoussam (as it then was) in which NSIF requested the Court of Appeal to quash the decision of the trial court upholding the pension rights of the respondent (NGUEKAM Joseph), on the grounds of exceptional inadmissibility due to forfeiture of pension rights. In the said matter, the socially insured worker upon retirement applied for old age pension from NSIF which remained silent. This prompted the disgruntled insured to seize the Reprieve Committee on the 5th of September 2006, three (3) months later. Curiously, the said instance stayed mute thereby prompting the applicant to engage the contentious proceedings by filing a lawsuit at the competent West Provincial Social Insurance Disputes Commission – Bafoussam on the 12th of January 2007 – one month, one week after the legal deadline, requesting the tribunal to declare his petition founded and grant his request for old-

⁵⁶ Notably the National Identity Card, Unemployment Certificate, Life Certificate, Work Attestation, amongst others.

⁵⁷ Decision n° 225/2021/CRG/CA/CNPS of 28 May 2021.

⁵⁸ Decision n° 223/2021/CRG/CA/CNPS of 28 May 2021.

age pension. Surprisingly, the tribunal departed from its traditional inclination to rigorously applying the law as it is, to examining the surrounding circumstances of the case. The learned trial judge in upholding the pension rights of the socially insured retiree held that, it will not be justice grant the defense of NSIF alleging time bar on the part of the applicant whereas it has itself violated its own basic texts by failing to reply to the request for old-age pension filed by NGUEKAM Joseph and above all, the silence expressed by the Reprieved Committee of the BoD/NSIF to the petition of the applicant⁵⁹.

4.3. The beneficiary is serving an imprisonment term

There is no general agreement amongst legal scholars on the restriction or forfeiture of pension rights of a retiree or his legal claimant as a result of serving an imprisonment term. However, the justifications for restriction or forfeiture of pension rights are that restricting pension benefits for prisoners can be a way to hold them accountable for their actions; permitting prisoners to access pension benefits from jail means creating financial burden on NSIF; and above all, causing pensioners serving an imprisonment term to forfeit their pension right during custody might spur the concern to positively participate in rehabilitation programmes in view of reintegration into society upon release.

Certainly, it is in line with this reasoning that the Cameroonian pension law provides in section 20(3) that, *“they (pensions or allowances) shall be likewise suspended where the beneficiary is serving a prison sentence...”*. Based on the foregoing, for pension rights to be denied a potential beneficiary on the basis of being convicted, the accused must have been found guilty by a competent court and specifically sanctioned with imprisonment as opposed to other criminal sanctions provided for in the Penal Code⁶⁰.

4.4. Remarriage by beneficiary

Generally, a spouse who remarries should not necessarily be deprived of her pension benefits. In fact, most pension plans and pension laws provide for survivors' pension benefits to spouses irrespective of whether they remarry or not. The arguments advanced for such an option include but not limited to: duly earned benefits considering that the deceased spouse during his/her

⁵⁹ This is in line with Equity maxims to wit: *“He who seeks equity must do equity”*; *“He who comes to equity must come with clean hands”*, for *“he who has committed iniquity ... shall not have equity”*; *“Equity follows the law but not slavishly nor always.”*

⁶⁰ Section 18 of Law n° 2016/007 of 12 July 2016 Relating to the Penal Code provides for principal penalties for natural persons: - death penalty; - imprisonment; - fine.

working years contributed for it, making it normal for the spouse to have a rightful claim to it; financial security because remarrying does not necessarily come with financial guarantees; fairness and equity because depriving a spouse of pension benefits due to remarriage could be seen as unfair and unequitable as it penalizes them for seeking companionship and happiness again, etc.

That notwithstanding, it is pertinent to note that each pension plan or laws governing pension benefits determine the rules regarding the situation of remarriage of spouses vis-à-vis restriction or access to such benefits. However, the restriction can be justified by the desire to avoid a situation of multiple registrations with NSIF after successive demise of spouses of the beneficiary. To this effect, section 12(5) of the Cameroonian pension law is very clear when it stipulates that, “*the pension right of the surviving spouse shall be annulled in case of remarriage.*” The surviving spouse here may be the widow or the widower as contemplated in section 12 (2) (a) and (b) of the pension law. Thus, mere proof of remarriage by a widow or widower immediately vitiates legal access to pension benefits offered by NSIF.

4.5. Beneficiary residing out of the national territory

As per section 20 (new)⁶¹, any beneficiary who resides out of the national territory forfeits his or her pension rights except it is proven that the country where he resides has a reciprocal agreement with Cameroon. So far, beside France, Cameroon signed the *Conférence Interafricaine de la Prévoyance Social* (CIPRES), a Multilateral Convention on Social Security regrouping fourteen (14) Member States⁶², on 27 February 2006 and ratified it on 20 July 2022, by virtue of which the signatories enjoy reciprocal benefits in pension and social insurance. On the strength of the foregoing, it becomes sufficient that a socially insured retiree or his legal claimant no longer

⁶¹ 1969 Pension Law as modified by Law n° 84/007 of 4 July 1984 and further modified by Law n° 90-063 of 19 December 1990 on old-age, invalidity or survivors' pensions in Cameroon.

⁶² These include: Benin, Burkina Faso, Central African Republic, Cameroon, Chad, Comoros, Republic of the Congo, Equatorial Guinea, Gabon, Ivory Coast, Niger, Senegal, Togo and Mali.

resides in Cameroon or one of the countries listed above, to be deprived of his pension rights by NSIF.

4.6. Other sundry grounds for the rejection of pension benefits applications

A careful reading of the array of pension legislation in Cameroon alongside the mirage of decisions and judgments⁶³, it permits us to deduce other residual grounds which NSIF has used to reject applications for pension benefits either by principal beneficiaries or dependents. The following are some grounds usually invoked by NSIF as justification for rejecting pension claims:

- Failure to comply with NSIF rules for ascertaining the existence of invalidity⁶⁴;
- Fake civil status documents of alleged survivors;
- Non-respect of procedural rules⁶⁵;
- Lack of capacity of legal claimant⁶⁶;
- Misrepresentation by the insured worker in application forms, etc.

That NSIF can use fake documents as a defense is seen in *LANGMIA NAHIBA Gladys & LANGMIA TABI George A/D of Late BIDYELA LANGMIA Dickson (Insured No.000-0847713-5) v. NSIF*⁶⁷, where the child Langmia Nahiba Gladys-Bright in NSIF system was born on 16 July 1999 while Langmia Nahiba Gladys-Bright who presented Birth Certificate n° 2025/SW2401/1376 was born on 16 July 2001; Langmia Tabi George in NSIF system was born on 28 August 2001 while Langmia Tabi George who presented Birth Certificate n° 1066/2005 was born on 28 August 2005. All of them were bearing the same name and parents, indicative of fraud. This was equally the case in *HAMADOU Henri (caretaker of) HAMAN ADAMAN Serge (Insured No.000-0165369-*

⁶³ Decisions issued by the Administrative Complaints' or Reprieve Committee of the Board of Directors of NSIF, the National Social Insurance Disputes Commission, as well as judgments passed by appellate courts.

⁶⁴ See Section 10 of the 1969 Pension Law as modified.

⁶⁵ Section 22 of Decree n° 74/733 of 19 August 1974 fixing modalities for the application of the 1969 Pension Law enacts: "the application for old age, invalidity or survivors' pensions as well as the accompanying documents shall be lodged at an office of the National Social Insurance Fund, against a receipt, or addressed to the said Fund under registered cover, acknowledgment due." See the case *OLINGA EBEL Etienne A/D of Late MEKINDA EBEL ETO Jean Paul (Insured No. 140-1015047-2) v. NSIF*, Decision n° 175/2022/CRG/CA/CNPS of 29 July 2022.

⁶⁶ Section 12 (2) (a) and (b) of the Pension Law supra. See the case of *MENGUE NDONG epse PAGBE (Insured No. 000-0409811-7) v. NSIF*, Decision n° 166/2022/CRG/CA/CNPS of 29 July 2022, in which second monogamous marriage between MENGUE NDONG and Late PAGBE on 17 July 1999 prior to the dissolution of the first marriage between PAGBE and Mrs NGO MANDJECK on the 23rd August 2010, rendered it null and void on the ground of public policy which sanctions bigamy.

⁶⁷ Decision n° 152/2021/CRG/CA/CNPS of 28 April 2021.

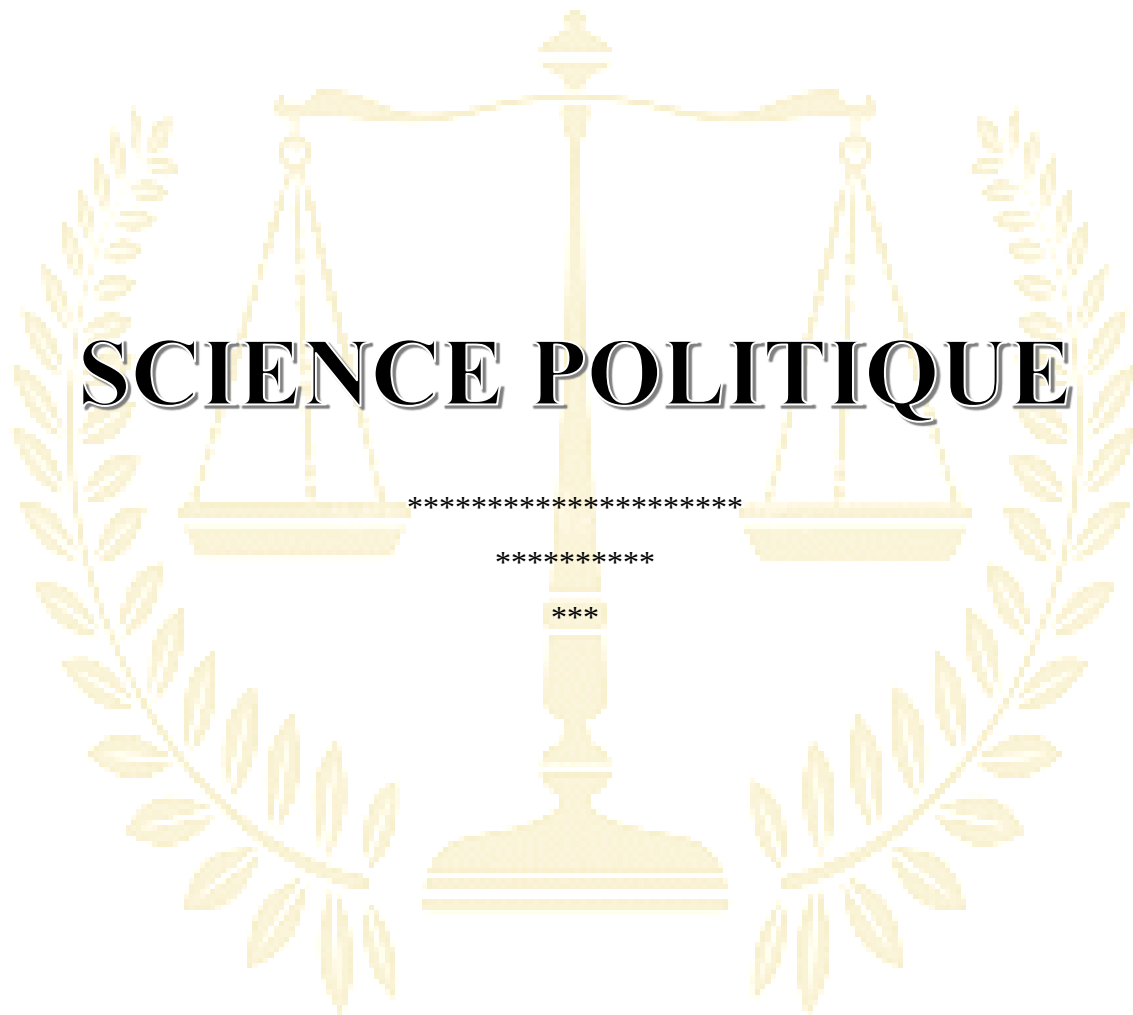
0) v. NSIF⁶⁸ and TANGYE Margaret PEDZH A/D of Late MUKONG Augustine AGHENDE (Insured No.000-0265954-4) v. NSIF⁶⁹.

5. Conclusion

Litigations of social security benefits are of a very sensitive nature due to their complexity and pertinence. Pertinence in the sense that potential pension beneficiaries are *ipso facto*, senior citizens who have put in all the quality part of their lives rendering valuable services for individual and collective development of the economy and society. Subjecting them to cumbersome legal procedures in order to permit them access their well-deserved compulsory savings at a time they need them most, can only be interpreted as a deliberate and well calculated attempt to deprive them of the rightful entitlement which they have toiled for throughout their lives. Such cumbersome procedures partly justify public perception that insurance in general and NSIF operations in particular, are a government 'scam' put in place to further impoverish the already poor Cameroonian peasants. This is so because once retirees' pension rights are not respected, the difficulty of determining the competent jurisdiction to settle the matter sets in. The retiree is further trapped with the imperativeness of timeframe within which an action can be brought before competent institutions. Even when the beneficiary follows the procedure before the Reprieve Committee of the national social insurance fund and the Regional Social Insurance Disputes Committee, NSIF still disposes of several defenses which may frustrate the course of the applicant. Most of the problems encountered in the course of litigating pension benefits claims in Cameroon stem from unawareness and ignorance on the part of the beneficiaries; they are either caught by deadlines or initiate wrong procedures. This paper firmly recommends amongst others, that laws relating to pension benefit claims should be amended to simply and purely suppress the prescription period for bringing pension benefits claims. It is injustice and an abuse of the social right of the retired worker to preclude someone from recovering his life savings simply because he introduced his application late; for, pension benefits are not a grant from the State but personal savings throughout the career of the worker.

⁶⁸ Decision n° 242/2021/CRG/CA/CNPS of 11 June 2021.

⁶⁹ Decision n° 147/2021/CRG/CA/CNPS of 28 April 2021.



Le Sud Global dans le jeu politique mondial. Enchantements et désenchantements d'une catégorie ambiguë

The Global South and the international politic scene: enchantments and disenchantmentments of
an ambiguous category

Page | 412

Par :

Stève-Arnaud OHANDJA BETSAMA

Internationaliste, docteur en science politique, Université de Dschang

Résumé :

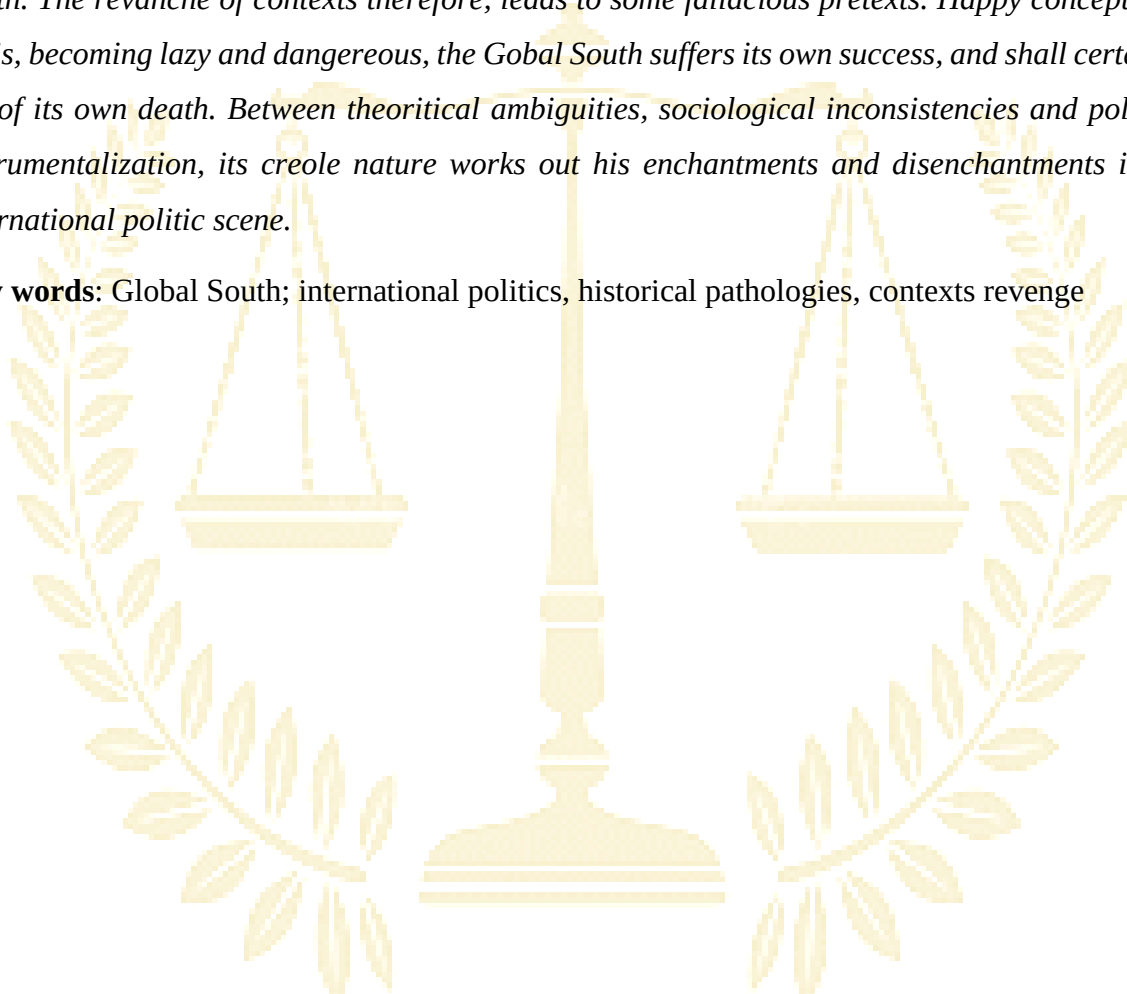
La trame de cette réflexion est de débattre sur les certitudes attachées au savoir d'un concept que l'on manipule à souhait au quotidien, et qui en raison du fait qu'il peut tout signifier à tout le monde, finit par ne rien signifier du tout. Les relations internationales sont par nature un jeu dynamique de force. Ce qui infère donc, une catégorisation en perpétuelle recomposition, entre la puissance et la faiblesse, entre un Nord humiliateur et un Sud humilié. La revanche des contextes façonne cependant des prétextes n'échappant à vrai dire à personne. Concept à la base heureux, devenu creux, paresseux et dangereux, le Sud Global souffre de son propre succès et finira peut-être par mourir de sa propre mort. Entre ambiguïtés théoriques, incohérences sociologiques et récupérations politiques, sa nature créole ne cesse de travailler ses heurs et ses heurts dans le jeu politique mondial.

Mots clés: Sud global, politique internationale, pathologies historiques, revanche des contextes

Abstract:

The objective of this reflection is to discuss about the certainties of a concept, frequently used, and which, due to the fact that it can mean everything to everyone, ends up, not meaning anything. International Relations are basically relations of strenght. That means, a permanent categorization between power and weakness, between, a humiliating North and, a humiliated South. The revanche of contexts therefore, leads to some fallacious pretexts. Happy concept at te basis, becoming lazy and dangereous, the Gobal South suffers its own success, and shall certainly, die of its own death. Between theoritical ambiguities, sociological inconsistencies and political instrumentalization, its creole nature works out his enchantments and disenchantments in the international politic scene.

Key words: Global South; international politics, historical pathologies, contexts revenge



Introduction

Il n'est pas malvenu de dire de façon quelque peu péremptoire que les relations internationales sont des relations de force et d'intérêt. Ce préalable permet d'introduire la trame de fond de la présente réflexion. Elle part du postulat selon lequel les logiques de puissance et d'intérêt sont les principaux vecteurs et moteurs du jeu international. Et on pourrait d'ailleurs dire à ce propos, que la puissance sert l'intérêt ou inversement, que l'intérêt sert la puissance. Ce qui demeure réel ici c'est le lien quasi ombilical entretenu entre ces deux variables et le jeu politique mondial. Et cela justifie donc, que la scène internationale – à laquelle certains préfèrent les appellations d'«arène» ou de «champ» – soit au sens de Badie, un haut lieu de jeux, d'enjeux et de luttes.

L'histoire des relations internationales est donc une histoire de luttes : luttes d'intérêts (individuels ou collectifs, égoïstes ou humanistes), luttes de puissance (servante ou asservissante), luttes d'idées et de valeurs, luttes de reconnaissances, etc. Et puisque l'histoire des luttes est celle des vainqueurs et des vaincus, l'histoire des relations internationales est-elle, celle des humiliateurs et des humiliés. Et pour preuve, les catégorisations et étiquettes singularisantes, «Nord» et «Sud», bien au-delà de spécifications géographiques imposées par la position hémisphérique des États, renvoient surtout, symboliquement, à des logiques discriminatoires entre le «haut» et le «bas». Et, dans la mesure où l'histoire des luttes est celle des revanches, l'on perçoit dans la notion de «Sud Global», les prémisses d'une dynamique revancharde des contextes¹. Il ne pourrait en être autrement, puisque les luttes infèrent des forts et des faibles, mais surtout à rebours, des revanches sur les pathologies de l'histoire.

Dans un souci de conceptualisation, l'expression Sud Global est celle dont il faut, avant tout débat au fond, élucider le sens. C'est là, à la vérité, une tâche assez ingrate, puisqu'elle exige de tenter une objectivation d'un concept qui jouit d'une subjectivité appréciationnelle très récalcitrante. Ainsi, le concept peut s'entendre tantôt de façon relationnelle (en marge du Nord global) tantôt de façon idéologico-philosophique (de par les revendications équilibristes du jeu international). Il s'agit d'un ensemble non homogène, souvent réduit (et très maladroitement d'ailleurs), au mouvement des «non-alignés» de Bandung de 1955, au «Tiers-monde» ou aux deux. En pensant et en posant la consistance du Sud global de par son essence, il s'entendra de première intuition, comme d'un agrégat de rationalités étatiques opportunément collaboratives, situées à la

¹ En référence à J-P.O. De Sardan, *La revanche des contextes. Des mésaventures en ingénierie sociale en Afrique et au-delà*, Paris, Karthala, 2021, 496p.

marge de l'ordre politique international post-westphalien. Et déductivement, il en ressort que les États dits du Sud global sont ceux qui, au gré d'intérêts circonstanciels et circonstanciés, revendiquent d'abord pour eux-mêmes l'avènement d'un ordre mondial tout autre. Cette définition somme toute prudente, semble se rapprocher du seuil le plus appréciable d'objectivité, tout en s'éloignant du seuil le plus critiquable de subjectivité. Et c'est cette prudence qui travaillera tout essai de compréhension du Sud global car on ne peut évacuer de façon si simpliste, les diverses fluctuations dont il est l'objet.

La réflexion repose sur une question : *comment lire et décrire la fonctionnalité du Sud Global dans sa quête de participation à la gouvernance politique internationale?* Le but est de titiller les certitudes attachées au savoir d'un concept des plus exaltés, mais qui n'a de cesse de se fourvoyer tant sont flagrantes ses ambiguïtés théoriques, ses incohérences sociologiques et ses récupérations politiques, rendant sa nature créole et travaillant définitivement ses heurs et ses heurts dans le jeu politique mondial. Il faut alors s'essayer à dépasser les cadres fonctionnaliste et ultra rationaliste qui confèrent un peu paresseusement au Sud Global, une capacité d'action et un pouvoir de régulation international alternatif et ou/complémentaire avéré. Il faudrait également relever que les apparentes opportunités que présente le Sud Global dans un contexte de refondation paradigmatique de gouvernance politique internationale, se heurtent fatalement à des considérations qu'on ne peut ignorer et relatives, *in fine* à la recherche opportuniste de l'intérêt national par les États du Sud Global.

Au plan théorique, je fais le choix d'engager cette étude sur une assise réaliste et constructiviste. Réaliste d'abord en raison du fait que, de mon point de vue, le réalisme a tout pour demeurer encore longtemps, une grille de lecture permettant d'expliquer de manière sérieuse et objective les relations internationales. Tant pour les classiques comme Morgenthau et Aron, que pour les structuralistes comme Keohane, les postulats réalistes semblent comme frappés d'atemporalité : centralité de l'État contre marginalité de toutes les autres matrices (infra ou supra étatiques), politique extérieure offensive, vassalisation des normes et institutions internationales au gré du rapport de force, recherche et priorisation de l'intérêt national. Constructiviste ensuite parce que, comme le soulignent Wendt et Onuf, la réalité est intersubjective, et dépend des orientations substantielles que leur donnent les acteurs. Au-delà de tout et avant tout, ce sont les représentations et perceptions des États qui sous-tendent leurs stratégies d'action. L'intérêt se construisant en fonction de l'identité et de la représentation qu'ont les États d'eux-mêmes, de leur environnement et de leur place au sein de celui-ci, on comprendra donc que le Sud Global est moins

une réalité totale, plutôt qu'un construit sociologique qui se fait et se défait permanemment, au gré d'intérêts et de représentations intersubjectives des États.

Au plan méthodologique et dans un souci d'opérationnalisation tenant à ce que «*les relations internationales étant des faits sociaux, elles sont justiciables des méthodes d'investigation qui ont été mises au point et qui sont effectivement appliquées dans le champ des sciences sociales*»², je fais encore le choix de fédérer techniques documentaires et techniques vivantes. Mon intérêt se porte donc sur les documents écrits officiels (traités, conventions, discours, rapports...) et non officiels (livres, articles, revues scientifiques, thèses) ; sur les échanges et les entretiens réalisés auprès de personnalités ressources du monde académique et diplomatique. Je fais également le choix de recourir à la sociologie des organisations, voie prometteuse dans l'étude des relations internationales contemporaines³. Elle aide à penser sans complexe le Sud Global comme un construit, et permet de mettre en lumière l'existence de deux pôles : l'acteur (Les États) et le système (Le Sud Global). Ce qui rend intelligible l'organisation Sud global comme phénomène concret. En prenant que «l'acteur n'existe pas en dehors du système qui définit la liberté qui est sienne et la rationalité qu'il peut utiliser dans son action»⁴ et que «le système n'existe que par l'acteur qui seul peut le porter et lui donner vie, et qui seul peut le changer»⁵, la sociologie des organisations permet d'observer les jeux structurés au sein du Sud global, et aide à objectiver sur ses opportunités et ses opportunités en tant que potentiel pôle de gouvernance politique internationale. Ceci peut alors utilement servir à l'avancement de la réflexion sans cesse croissante sur les logiques de gouvernance participative par le bas⁶ en relevant la porosité des frontières entre instrumentation et instrumentalisation de l'identité 'Sud Global'.

La principale originalité de la réflexion est la prise en considération en les liant, tant de la dimension fonctionnaliste/utilitariste, qu'essentialiste/ontologique du concept de Sud global, en tant qu'indice d'explication de sa grandeur et de sa décadence dans le jeu politique mondial. Par la sociologie des organisations, il peut être loisible de mettre en lumière les deux grandes

² M. Merle, *Sociologie des relations internationales*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1982, p.93

³ G. Mvelle, *L'Union africaine face aux contraintes de l'action collective*, Paris, L'Harmattan, 2013, p.14

⁴ M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977, p.9

⁵ *Ibid.*

⁶ Voir la littérature abondante sur la question du Sud Global : M. Albaret, «Multilatéralisme et Sud. Analyser le multilatéralisme à partir de la polysémie du Sud». In J. Fernandez, & J.-V. Holeindre, *Nations désunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, Paris, CNRS, 2022, pp. 303-317 ; J.A. Braveboy-Wagner, *Institutions of the Global South*, New York, Routledge, 2009 ; S. Haug, J. Braveboy-Wagner J., G. Maihold, «The 'Global South' in the Study of World Politics : Examining a Meta Category», *Third World Quarterly*, 42(9), pp.1923-1944, 2021 ; B. Tertrais, "Le piège du Sud Global", *Le Grand Continent*, 3 octobre 2023. <https://legrandcontinent.eu/fr/2023/10/03/le-piege-du-sud-global-1/>

rationalités propres à toute organisation. Précairement complémentaires et tendancieusement contradictoires, ces rationalités naviguent entre d'une part la cohésion du Sud global à offrir un modèle de gouvernance politique, d'autre part le désir rémanent pour certains États (conservant leur statut d'agents autonomes) à voir et à se servir de l'organisation comme d'un tremplin pour préserver leurs intérêts nationaux, quitte à fragiliser la dynamique collective.

Cette réflexion qui situe sa borne temporelle synchroniquement et diachroniquement, confortera son intuition en esquisant tour à tour, les enchantements (I) et les désenchantements (II) du Sud global dans le jeu politique mondial.

I- LE «SUD GLOBAL» ET LA POLITIQUE INTERNATIONALE : FONDEMENTS D'UNE RHETORIQUE CATEGORIELLE ENCHANTEE

Les enchantements sur lesquels se fonde l'idée même de Sud global, ce, aussi atypique qu'elle puisse paraître, s'imprègnent de l'environnement dans lequel se déroulent les relations internationales. Les logiques qui traversent son histoire informent sur deux réalités entretenant des rapports de cause à effet. La diplomatie de connivence⁷ qui romance les pathologies d'un système politique Nord-Globalisé (A), légitime dorénavant et de plus en plus, la conscience de ce qui prend les allures d'un «internationalisme autrement». Ancrée sur la revendication d'une altérité intangible⁸, cette conscience, portée par les Sud, scande les heurs fantasmés d'une revanche éthiciisée des contextes (B).

A- Des pathologies d'un système politique international Nord-Globalisé ...

L'hétérogénéité du monde entraîne conséquemment, des disparités fonctionnelles qui innervent les fragmentations déséquilibrées plurielles entre le Nord et le Sud (1). Et ces inégalités engendrent des affres, prenant à l'envie le visage de l'exclusion et de l'humiliation (2).

1- Les fragmentations déséquilibrées plurielles Nord/Sud

Il est important ici, de procéder de manière étapiste, afin de rendre compte, de ce que l'on entend par fragmentations déséquilibrées plurielles, entre le «Nord» et le «Sud». Et l'on répondra pour cela, à trois questions essentielles : à quoi renvoient chacune de ces variables, quels sont les fondements et quelles sont les tendances (constantes ou fluctuantes) de ces fragmentations?

⁷ B. Badie, *La diplomatie de connivence. Les dérives oligarchiques du système international*, Paris, La Découverte, 2013, 251p

⁸ B. Badie, *Nous ne sommes plus seuls au monde. Un autre regard sur l'ordre international*, Paris, La Découverte, 2016, 133p

D'abord pour ce qui est du sens des mots, on fait très souvent, une équivalence assez approximative entre d'une part le Nord et l'Occident et d'autre part entre le Sud et le Tiers-Monde. Cette conception est imprudente, pour la simple raison que les concepts de «Nord» et de «Sud» ne sont pas des notions conceptuelles, pouvant «recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels (...). L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation»⁹. Elles sont plutôt des notions fonctionnelles, qui ne sont pas «un pur mot», mais «une idée ou un faisceau d'idées», des «notions ouvertes», susceptibles d'être enrichies de tout « l'imprévu du futur »¹⁰. Pour ce cas précis, le contenu de ces notions dépend de leur utilisation, et leur utilisation ne dépend pas de leur contenu. Éclaircir ces notions est un exercice laborieux, les critères de définition étant pluriels : critère de rebours ou de l'absurde, identifiant le Nord par ce qu'il n'est pas (le Sud) et identifiant le Sud par ce qu'il n'est pas (le Nord)¹¹ ; critère relationnel, identifiant le Nord comme un construit imagé depuis le Sud et le Sud comme un construit imagé depuis le Nord, l'un et l'autre appréhendés au choix comme «idéal, modèle ou repoussoir»¹² ; critère politico-historique segmentant le monde entre les dominateurs du Nord et les dominés du Sud. *A minima*, les notions de Nord et de Sud renvoient aux contrastes et disproportions, entre États riches/développés/industrialisés et États en développement/émergents du monde.

De sorte que c'est le critère de développement qui sert de baromètre premier à la catégorisation. À titre d'exemple, les pays du Nord, (Amérique du Nord, Europe occidentale) situés géographiquement dans l'hémisphère Nord sont les plus riches, et les pays du Sud (Afrique ; Amérique latine, Asie) situés géographiquement au sud de l'équateur, sont pour la plupart les plus pauvres. Mais ce critère ne suffit pas à rendre compte des fragmentations déséquilibrées entre le Nord et le Sud, ceci, pour deux raisons au moins. Premièrement parce que si le Nord renvoie aux États riches, le Sud n'en est pas dépourvu. Deuxièmement parce que dans le fond, les référentiels Nord-Sud sont tout simplement des construits beaucoup plus politico-idéologiques, postcoloniaux et altermondialistes qu'autre chose, relevant des clivages entre un Nord dominant et un Sud marginalisé.

⁹ G. Vedel, «La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative», *JCP*, 1950, I.851

¹⁰ G. Vedel, «De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein», *JCP*, 1948, I-682

¹¹ O. Castel, *Le Sud dans la mondialisation. Quelles alternatives ?* Paris, La Découverte, 2002, 213p, (p.8)

¹² S. Jacquot, «Pour une définition relationnelle des termes Nord et Sud : Gênes et Valparaiso», In P. Gervais-Lambony et F. Landy (ed.), «On dirait le Sud...», *Autrepart*, n°41, 2007, pp.181-194, (p.181)

L'on catégorisera de façon plurielle, d'une part un «Nord occidental» et d'autre part un «Nord non occidental». Les marges de définition sont tellement poreuses qu'elles imbriquent l'économique (avec un Nord-occidental économique comprenant l'Europe occidentale, le Canada, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande) et le politico-idéologique (l'Alliance Transatlantique). Et on catégorisera aussi, d'une part, un Sud Tiers-mondiste (économico-politique comptant principalement les États d'Afrique et d'Amérique latine), d'autre part, un Sud non Tiers-mondiste avec des États «dont l'influence sur l'évolution de la situation internationale est croissante», étant situés en Eurasie (Chine, Inde, Russie), en Afrique (Afrique du Sud) et en Amérique latine (Brésil), relevant déjà que ces notions de Nord et de Sud ne sont pas des concepts situés, mais en situation¹³.

Ensuite s'agissant des fondements de ces déséquilibres, on rappellera brièvement et opportunément le poids de l'histoire (cinq siècles de colonialisme), ainsi que le poids des structures idéologiques et institutionnelles (l'occidentalisation du monde avec l'exportation de l'étatisme et des valeurs occidentales dans le reste du monde, l'eupéanisation de ce Droit International de plus en plus récusé, l'occidentalisation des institutions internationales de gouvernance mondiale).

Enfin, pour ce qui est des tendances de ces fragmentations, elles se situent à cheval entre permanence et rupture. D'abord parce que le Nord et le Sud ne sont pas juste géographiques, mais surtout idéologiques, symboliques, civilisationnels, politiques. Ensuite, parce qu'ils ne sont simplement que le résultat construit et contingent de rationalités et intérêts des États. Ce qui permet d'avancer que le 'Nord' et le 'Sud' ne sont et ne seront que ce que les États en voudront et en feront. Pour l'heure, la tendance de ces fragmentations est celle des logiques clubistes et de l'humiliation.

2- Les affres de l'inégalité : logiques de club et institutionnalisation de l'humiliation

Les relations internationales, parce qu'étant des relations de force et d'intérêts, induisent au moins deux pathologies structurantes. La première est l'exclusion qui se construit par ce que Badie nomme «diplomatie de club»¹⁴, très sélect, et réservé à une élite triée sur le volet et à rebours, interdit d'accès aux «autres», parias¹⁵ marginaux, d'avantage 'agis' plutôt qu'«acteurs» du jeu

¹³ F. Lukyanov, «Élargir et repenser la notion d'Occident», *Revue Internationale et Stratégique*, Vol 3, n°75, 2009, pp.105-110

¹⁴ Lire B. Badie, *La diplomatie de connivence*, *Op.cit.*, pp.233-234

¹⁵ P. E. Batchom, *Les parias de la scène internationale. À propos des dynamiques inégalitaires de l'ordre mondial*, Paris, l'Harmattan, 2017, 296p

international. La seconde est l'humiliation, s'opérant via une esthétique de la dévalorisation, du mépris, de la condescendance et de l'infantilisation¹⁶.

S'agissant de la première pathologie des fragmentations inégalitaires Nord/Sud, les logiques de club qui travaillent le système international sont une réalité qui se donne à voir dans plusieurs aspects. L'on peut non exhaustivement, prendre quelques cas de figures qui illustrent cette réalité. Le Droit International en l'occurrence, supposé être objectivement l'ensemble des prescriptions de la société internationale dans le but d'harmoniser les rapports entre les États, s'est avéré être un droit non pas international, mais un droit occidental internationalisé, duquel sont exclus les «autres». Monique Chemillier notera que «le Droit International dispose d'instruments utiles même s'ils sont dispersés, mal connus et embryonnaires. Mais les nations vertueuses (entendez les puissances occidentales) qui les ont construits se sont acharnées ensuite à les occulter pour servir des intérêts stratégiques (...)»¹⁷. C'est l'idée reprise par Alain Pellet et *al*, relevant que l'histoire du Droit International a partie liée avec l'histoire européenne,¹⁸ taillée à la mesure de l'occident et imposée au reste du monde. Il en va de même avec le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968 qui, étant la consécration du monopole de la puissance nucléaire aux seules grandes puissances plutôt qu'autre chose a été comparé à un club d'ivrognes qui auraient la prétention d'interdire aux jeunes la moindre d'alcool. Au plan institutionnel on notera des exemples comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale, l'Organisation des Nations-Unies et son Conseil de Sécurité, la Cour Pénale Internationale¹⁹, de plus en plus récusés par le Sud du fait de leur partialité en faveur du Nord, tant au niveau de leur gouvernance décisionnelle que de leur opposabilité.

S'agissant de la deuxième pathologie qu'est l'humiliation²⁰, elle devient, la forme la plus éloquente de dialogue entre l'occident et le reste du monde²¹. Que ce soit vis-à-vis d'un «Sud» africain à qui l'on dénie d'être suffisamment entré dans l'histoire²², ou vis-à-vis d'un «Sud»

¹⁶ Voir C. Haroche, «Le caractère menaçant de l'humiliation», *Le journal des psychologues*, Vol 6, n°249, 2007, pp.39-44

¹⁷ M. Chemillier-Gendreau, «L'hypocrisie de l'Occident, les ressources méconnues du droit international», *Le Monde Diplomatique*, octobre 1999 disponible en ligne https://www.monde-diplomatique.fr/1999/10/CHEMILLIER_GENDREAU/331, consulté le 10 août 2025

¹⁸ A. Pellet et *al*, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2022, 2048p

¹⁹ M. Boka, *La Cour Pénale Internationale entre droit et relations internationales. Les faiblesses de la Cour à l'épreuve de la politique des États*, Thèse de doctorat en Science politique, Université Paris-Est, 2013, 368p

²⁰ B. Badie, *Le temps des humiliés. Pathologie des relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2014, 249p

²¹ S. Bessis, *L'occident et les autres. Histoire d'une suprématie*, Paris, La découverte, 2020, 381p

²² Nicolas Sarkozy, «Discours de Dakar», allocution prononcée à l'Université Cheikh-Anta-Diop de Dakar, le 26 juillet 2007

Oriental barbare, les stéréotypes et clichés réducteurs ne sont pas chiches, légitimant alors bien d'expéditions punitives du Nord vers ces 'autres' civilisations indociles. Cette humiliation prend des formes aussi flagrantes que subtiles : catégorisations péjorativisantes et infamantes comme «axe du mal», «Etats voyous» ; discours paternalistes vis-à-vis d'Etats souverains que l'on peine à considérer comme égaux, ingérences dans leurs politiques internes, etc. Toutes choses conduisant au grippage des rapports entre l'humiliateur et l'humilié, celui-ci, impuissant face à celui-là²³.

C'est donc l'aspiration de justice historique, extrêmement pudique face aux dérives de l'exclusion et d'humiliation²⁴, qui traduit les heurs d'une revanche des contextes à partir du Sud Global.

B- ...Aux heurs fantasmés d'une revanche éthiciisée des contextes

Les heurs de la revanche des contextes reposent sur les espoirs théoriques et sociologiques du Sud global (1) et sur ses trajectoires praxéologiques dans la policisation de la politique internationale (2)

1- Les espoirs théoriques et sociologiques du «Sud global»

En venant revigorer la grande bataille des paradigmes du jeu politique international qui oppose un réalisme quasi-perpétuel aux autres courants théoriques, le concept de Sud global réjouit déjà, dans la mesure où il est, un ensemble à la fois versatile, fluctuant et permanent. À la vérité, l'on ne peut nier que cet ensemble pour le moins hétérogène en termes de disparités économiques des États qui s'en revendiquent, sert bien la cause. Théoriquement les concepts Nord et Sud ont été obligés de se réinventer pour traduire toute la profondeur des changements de la scène internationale. Le Sud global peut se voir comme une sorte de réinvention et d'adaptation des revendications portées par les États pour une éthicisation des rapports Nord/Sud²⁵. Les espoirs sont exaltés, en raison du fait que certains États du Sud ont pu atteindre un niveau de développement significatif, comme l'Arabie Saoudite, le Qatar, le Brésil, l'Inde, ou la Chine. La versatilité sociologique du Sud global du fait qu'il n'est pas définitivement cartographiable permet de réjouir et de conforter ses espoirs théoriques. Et cela, pour deux raisons au moins. La première est qu'il est justement, en raison de cette considération, susceptible de se réajuster au gré de la conjoncture entre le Nord et le Sud, par le ralliement d'autres États qui géographiquement ou économiquement

²³ C.B Strozier, D. Mart, «La politique de l'humiliation construite. Perspectives psychanalytiques sur la guerre, le terrorisme et le génocide», *Research In Psychanalysis*, Vol1, n°23, 2017, pp.27-36

²⁴ Voir E. De Gail, *L'humiliation. Véritable clé des crises internationales*, Paris, Bouquins, 2023, 224p

²⁵ Voir G. Verna, F. Piron (Dir), *Éthique des rapports Nord-Sud : Regards croisés*, Laval, PUL, 2010, 362p

ne sont pas du Sud. On peut donc prendre au sérieux la probabilité d'alliances – fussent-elles opportunistes/ponctuelles – entre États mus par une aspiration commune d'internationalisme égalitaire. La deuxième raison est qu'à tout le moins, l'opportunisme qui gouverne le grossissement du Sud global et le rétrécissement du Nord global, s'il est empreint de fluctuations au gré d'intérêts circonstanciés, n'entame pas de manière fondamentale la permanence de l'ambition de changement des logiques dominantes du développement capitaliste international. En démontrent ses ressorts praxéologiques dans la policisation de la politique internationale.

2- Les trajectoires praxéologiques dans la policisation de la politique internationale

Parler du Sud global comme intervenant de la politique internationale, c'est relever les leviers divers qu'il est susceptible d'actionner afin d'opérationnaliser ses ambitions. Le système politique international étant un construit à la fois normatif, institutionnel et interactionnel, on peut apprécier autant la pertinence que la profondeur stratégique du Sud global dans sa capacité à structurer, les uns après les autres, chacun de ces volets.

Le raisonnement diplomatique du Sud global en la matière est celui d'une démarche dualiste, obtempérant à la fois la construction d'un espace politique «Sud global» intégré, et l'intégration de celui-ci dans l'espace politique international.

S'agissant du premier volet de la démarche, la Conférence des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud) créée en 2011 fait ici, office d'illustration. Ce qu'il faudrait déjà rappeler, c'est que le Sud global étant un ensemble hétérogène, les disparités économiques y sont flagrantes avec d'une part des pays en développement et d'autre part des pays émergents. C'est cette seconde catégorie qui, pourrait être considérée comme le porte-étendard du Sud global, tout en adoubant les autres dans un effet d'entraînement. Le point fédérateur de cette logique est le partage entre les BRICS et les autres pays du Sud, du même plaidoyer en faveur d'une réforme du système politique international, et en l'occurrence, le système onusien²⁶.

La construction d'un espace politique «Sud global» intégré se lit au travers des BRICS, façonnant le propre universalisme du Sud par le biais d'une solidarité autant entre membres qu'avec les autres États du Sud non membres des BRICS. L'adhésion (si ce n'est la cooptation) de l'Afrique du Sud en 2011²⁷, bien au-delà d'un élargissement stratégique avec un géant africain, était surtout un approfondissement géopolitique considérable. Ceci parce qu'«en sa qualité de

²⁶ A. Kateb, *Les nouvelles puissances mondiales. Pourquoi les BRIC changent le monde*, Paris, Ellipses, 2011, 256p

²⁷ Au départ en 2009, le Groupe n'était constitué que de 4 pays, formant les BRIC (Brésil, Russie, Inde, Chine)

puissance émergente originaire du continent africain, elle offre ainsi une légitimité aux BRICS à parler au nom de l'Afrique dans le cadre de la remise en cause voulue de l'ordre économique international en vigueur»²⁸. Le Quinzième Sommet des BRICS, à Johannesburg du 22 au 24 Août 2023 a opportunément eu pour thème «BRICS et Afrique : partenariat pour une croissance accélérée mutuellement, un développement durable et un multilatéralisme inclusif». Au niveau institutionnel, la Nouvelle banque de développement des BRICS créée en 2014, alternative à la Banque Mondiale et au Fonds Monétaire International, en prônant la «dédollarisation» de l'économie mondiale, revendique dorénavant la légitimité d'une coopération entre États du Sud, basée sur les principes d'un développement solidaire.

Sur le terrain précis de la résolution des conflits et de la lutte contre l'insécurité, l'on note par ailleurs une appétence de plus en plus prononcée pour des partenariats intra-Sud, avec en l'occurrence, la légitimation des États comme la Russie et sa projection en Afrique subsaharienne et en Afrique de l'Ouest, au déni des partenaires traditionnels et classiques comme la France ou les États-Unis.

S'agissant ensuite du deuxième niveau de la démarche qui consiste en l'intégration de l'espace «Sud global intégré» au sein du système politique international, la présence d'États du Sud au Forum du G20, entre autres l'Inde, le Brésil, l'Afrique du Sud, est brandie comme un tremplin utile au lobbying et au marchandage équilibriste, pour une refondation des cadres décisionnels internationaux. L'un des fruits sera d'ailleurs l'adhésion de l'Union Africaine au G20, résolution forte du récent Sommet tenu en Inde en septembre 2023. Pareillement du Conseil de Sécurité de l'ONU, et dont sont membres permanents la Russie et la Chine, dotant le Sud global d'un potentiel non négligeable sur le terrain de la construction d'une puissance normative et institutionnelle, visant une refonte du système de gouvernance sécuritaire mondiale.

Mais reste que la configuration du système politique international se vit au concret. Et Pour l'heure au-delà des fantasmes, l'observation est celle d'une dynamique catégorielle désenchantée, qui consacre la revanche du réalisme dans le rapport du Sud global au jeu politique mondial.

²⁸ J.W. Gbaguidi, «Les BRICS en Afrique, une histoire de perception. Entre espoirs et risques de désenchantements», *Afrique Contemporaine*, Vol 4, n°248, 2013, pp.112-113

II- LE SUD GLOBAL ET LE JEU POLITIQUE MONDIAL : ELEMENTS D'UNE DYNAMIQUE CATEGORIELLE DESENCHANTEE

Les errements du Sud global dans le jeu politique mondial peuvent trouver un début d'objectivation explicative via deux indices. D'une part ses controverses et ambiguïtés théoriques (A). D'autre part, les heurts incalculés d'une revanche désabusée des contextes conséquemment induits (B).

Page | 424

A- Des controverses et ambiguïtés théoriques

Si le Sud global est le héros de bien de controverses, c'est du fait de ses incohérences ontologiques (1) et de ses inconsistances épistémologiques (2).

1- Les incohérences ontologiques

Comme le diront Dario Battistela *et al*²⁹, si les relations internationales comme discipline font débat, c'est parce que les fondamentaux inhérents à toute science sur le «quoi étudier» et sur le «comment l'étudier» ne sont pas résolus. S'agissant tout d'abord du «quoi», le concept de Sud global apparaît largement comme une notion non pas conceptuelle mais fonctionnelle. Rappelons-nous que, le piège avec ce genre de notion est qu'en raison de leur trop grande ouverture à d'éventuels nouveaux enrichissements, elles finissent par être des notions creuses et vides de sens, ballotées au gré des mobilisations et des perceptions de ceux qui les instrumentalisent.

Ontologiquement, le Sud global semble échapper à tout ancrage théorique au sens strict du terme comme relevé par Aron : «une théorie est un système hypothético-déductif, constitué par un ensemble de propositions dont les termes sont rigoureusement définis et dont les relations entre les termes (ou variables) revêtent le plus souvent une forme mathématique. Ce système a été élaboré à partir d'une conceptualisation de la réalité perçue ou observée ; les axiomes ou les relations les plus abstraites commandent le système et permettent au savant de retrouver par déduction soit des apparences désormais expliquées, soit des faits, saisissables par des appareils sinon par les sens, qui confirment provisoirement la théorie ou la falsifient, la falsification obligeant à une rectification, la confirmation ne constituant jamais une preuve absolue de vérité»³⁰.

²⁹ D. Battistela, J. Cornut *et al*, «Chapitre 1. Théorie et relations internationales», In D. Battistela, J. Cornu *et al*, *Théorie des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019, 800 p, (pp.9-10)

³⁰ R. Aron, «Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales ?», *Revue Française de Science Politique*, Vol.17, n°5, 1967, pp. 837-861, (p. 838)

La pluralité des définitions ne fait que conforter cette imprécision théorique. Le Sud global n'est donc rien d'autre, que ce que les États en font. De sorte que n'existant pas d'assises rigoureusement définissables et identifiables, le Sud global apparaît bien plus comme un idéal politique, plutôt que comme une catégorie bien spécifiée. Il n'existe pas une conscience ni une connaissance ontologique du Sud global si tant est que sa consistance en tant qu'«être-étant» est moins une variable immanente, plutôt que le résultat sans cesse redessiné des logiques fluctuantes d'intérêts entre un «Nord» fétichisé et un «reste du monde» poétisé. Même en tentant une confrontation entre théorie et empirie, l'attitude abstentionniste de plusieurs États du Sud face à la Résolution onusienne d'intervention militaire dans le conflit Russo-Ukrainien en 2022, ne suffit pas à conclure à un mouvement d'ensemble sud global. L'ancrage réel de cette conjoncture ressortissant en définitive, du réalisme d'États amis, alliés, mais pas forcément alignés sur l'un ou l'autre bloc.

2- Les inconsistances épistémologiques

S'agissant ici, dans un second moment de la question du «comment», comment étudier et penser le Sud global, il est très peu aisé de proposer une épistémologie pour un concept dont l'ontologie elle-même peine à faire l'unanimité. L'épistémologie, en tant que «théorie de la connaissance»³¹ ou étude des sciences³², permettant «d'élucider les conditions de la production du savoir, est une condition de possibilité pour la réflexion pédagogique»³³. Ce qui suppose en amont, que la consistance relative à l'objet à étudier soit minutieusement et préalablement dégagée. C'est peut-être disons-le, la hantise de la science des relations internationales en général, qui essaye de s'affirmer en tant que discipline autonome³⁴, faisant passer l'accumulation du savoir au premier plan, au péril de la conscience critique de ce savoir³⁵. Le concept de Sud global, brandi comme alternative au jeu politique mondial contemporain, pose quelques problèmes de base pour qu'on parvienne définitivement à le valider.

Du point de vue paradigmatique, les tentatives de certains chantres de l'éthique à vouloir, avec une très grande légèreté, frapper d'obsolescence un réalisme jouissant d'une autochtonie agile semblent ne pas faire sens, et ceci pour deux raisons au moins. D'abord parce que cette éthique

³¹ C. Godin, *Dictionnaire de philosophie*, «épistémologie», Paris, Fayard, 2004, 1534p, (p.420).

³² H. Barreau, *L'épistémologie*, Paris, PUF, 2021, 128p

³³ J.P. Astolfi, Eliane Darot et al, «Chapitre 7. Epistémologie», In J.P. Astolfi, E. Darot et al, *Mots-clés de la didactique des sciences. Repères, définitions, bibliographies*, Paris, De Boeck, 2008, 200p, (pp.75-76)

³⁴ J.L. Martres, «De la nécessité d'une théorie des relations internationales. L'illusion paradigmatique», *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol IV, 2003, pp.19-41

³⁵ R. Aron, «Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales ?», précité.

n'est aucunement indissociable de la volonté de puissance des États³⁶. Et ensuite parce que les États dits du «Sud global» ne sont rien d'autres que des entités souveraines, faisant preuve d'une grande intelligence des situations et des circonstances, et jonglant à l'occasion avec des rhétoriques opportunément réaliste/libérale, socialiste/capitaliste. Du point de vue empirique, faudrait-il également, faire très attention à la précipitation que Aron justifie et explique par «l'impatience du progrès»³⁷. Il serait en effet, assez prétentieux et hasardeux, de conforter de sitôt, l'intuition praxéologique d'un Sud global constant et permanent eu égard à des indices qui pourraient le laisser croire. Car au final, il faut tenir compte avec prudence de la complexité des relations internationales pour parvenir selon les scénarios, à dresser une théorie et un résultat plus ou moins consensuels du Sud global.

C'est cette prudence qui exigera au-delà des enthousiasmes, de ne pas évacuer les heurts incalculés d'une revanche désabusée des contextes du fait de tant d'imprécision sur le concept de Sud global.

B- ...Aux heurts incalculés d'une revanche désabusée des contextes

À la vérité, la perception du Sud global est paradoxale tant en son sein qu'en dehors. Son objectivité, sa légitimité ou son autorité sont autant de questions hantant et animant les spéculations, les unes plus disgracieuses que les autres.

On peut de manière discriminatoire, analyser deux grandes querelles qui embarrassent le Sud global, et qui ont le mérite de rendre compte dans l'ensemble, de ses paradoxes ataviques. La première est relative aux infortunes paresseuses d'une instrumentalisation subjective par les États(1). La seconde renvoie aux incertitudes d'une réplique des pathologies par le bas (2).

1- Les infortunes paresseuses d'une instrumentalisation subjective par les États

De Gaulle est peut-être celui qui aura réussi le mieux, à restituer la rationalité qu'il ne faudrait jamais évincer de l'action des États et qui, d'après lui, n'ont ni amis éternels, ni ennemis éternels, seulement des intérêts éternels. La diplomatie n'est d'ailleurs dans bien des proportions, que le fil conducteur de la *Realpolitik* des États, toujours en quête de puissance et d'influence. Dit comme cela, il est donc possible de comprendre sans peine, qu'il est naïf d'écarter de la perspective du Sud global, le spectre d'une instrumentalisation servant les intérêts de puissance des États.

³⁶ Voir B. Badie, *La diplomatie des droits de l'homme. Entre éthique et volonté de puissance*, Paris, Fayard, 2002, 328p

³⁷ R. Aron, «Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales ?», précité.

D'ailleurs, les revendications éthiques et équilibristes du système international portées par les pays en voie de développement du Sud ne sont souvent qu'un fétiche brandi par les pays émergents du Sud, cachant des buts inavoués.

Un tel raisonnement, s'il peut rudoyer et charrier, a, à tout le moins, le mérite de mettre en lumière les jeux structurés qui ont cours au sein du Sud global, pouvant être perçu comme une organisation collective au sens de Crozier et de Friedberg³⁸ et dans laquelle, la rationalité collective de l'organisation qui est celle d'une éthicisation des rapports entre le Nord et le Sud, côtoie en permanence la rationalité des États qui est celle d'un accroissement et d'une capitalisation de la puissance. Et dans la mesure où la puissance suppose à rebours l'impuissance de ceux sur qui elle s'exerce³⁹, c'est par l'absurde que l'argumentaire procèdera en suggérant que la puissance n'est puissance qu'en fonction de la faiblesse. Risquant ainsi que, la quête de puissance des pays émergents du Sud global n'ait de sens que si elle quête, de façon synallagmatique et bijective le *statu quo* des pays en développement en terme de puissance, ruinant ainsi, la fonctionnalité éthique et équilibriste du Sud global.

On a ainsi en mémoire la philosophie diplomatique indienne du «multi-alignement»⁴⁰, manifestation d'une politique agile, et relevant d'un opportunisme stratégique qui, rompant avec les prétentions d'un Sud global homogène dans sa philosophie de construction d'un système politico-économique international plus juste, conforte plutôt l'idée d'une instrumentalisation servant la rationalité et les intérêts nationaux des Etats. On a aussi en mémoire, le refus par la Chine, de soutenir le Brésil en vue de l'obtention d'un siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU en 2011, alors qu'un tel soutien aurait conforté l'idée d'un sud global cohérent dans ses ambitions de renouvellement des paradigmes du système politique international.

Légitimes sont alors les inquisitions vis-à-vis du Sud global à n'être *in fine*, qu'une sorte de tremplin pour les pays puissants du Sud, et partant, à être un potentiel vecteur de réplication des pathologies du système international par le bas.

2- Les incertitudes dangereuses d'une réplication des pathologies par le bas

Comme dit d'entame, l'histoire des relations internationales est celle des luttes, supposant des forts et des faibles, des vainqueurs et des vaincus, et surtout des logiques revanchardes sur les

³⁸ Voir M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977, 436p

³⁹ P. E. Batchom, *Les parias de la scène internationale*, précité, p.13

⁴⁰ T. Varma, «Politique étrangère de l'Inde : la bascule vers le multi-alignement», *Revue Internationale et Stratégique*, Vol 2, n°130, 2023, pp.67-74

pathologies de l'histoire. C'est sous ce prisme que l'on peut quadriller la dynamique du Sud global dans le jeu politique mondial contemporain. Les États du Sud global ne s'en cachent d'ailleurs pas, puisque la rhétorique permanemment exaltée est celle d'un redimensionnement des rapports entre le haut et le bas. L'on pourrait y voir une sorte de justice historique qui voudrait réparer les affres de l'inégalité entre le Nord et le Sud, en proposant de nouveaux schèmes beaucoup plus commodes.

Mais la dangereuse subtilité propre aux revanches est que, dans la matérialité, elles ont tendance à s'inscrire dans une marge extrêmement poreuse entre la justice et la vindicte qui parfois, devient la réplication proportionnelle ou disproportionnelle de la pathologie objet de la revanche.

Appliquées au cas d'étude, les pathologies du système international et que nous avons systématisées sous les oripeaux de l'exclusion et l'humiliation, sont des phénomènes qui choquent et bafouent la pudeur et la conscience d'une égalité autant de souveraineté que d'humanité. Et les luttes pour une revanche des contextes, dans lesquelles semblent engagés les États du Sud global, prennent faits et causes du degré d'exclusion et d'humiliation subies. Les incertitudes demeurent donc vives, sur les différents scénarios de la revanche telle qu'elle peut occurrer. Le premier scénario, le plus reluisant, et dont l'économie a été faite dans de précédents développements, est celui d'un rééquilibrage des rapports entre le Nord et le Sud. Dans ce scénario, l'on pourrait voir notamment l'avènement d'une gouvernance mondiale inclusive, avec une participation décisionnelle considérable des États du Sud global (d'Afrique et d'Amérique latine par exemple) dans les instances onusiennes. S'agissant par la suite du second scénario moins reluisant, il est celui d'une possible réplication des pathologies décriées par le Sud global, pouvant prendre des symétries proportionnelles ou disproportionnelles à l'aune des torts subis. Ce dernier scénario semble faire sens, et peut-être même, un peu plus que le premier, ceci pour une raison principale. Le Sud global étant un tout hétérogène, absolument rien ne pourrait garantir que les aspirations revanchardes des pays en développement soient communément partagées par les pays émergents qui se revendiquent du mouvement. Puisque, in fine, les degrés d'humiliation et d'exclusion ne peuvent être les mêmes, leur variabilité étant tributaire de l'histoire et de la trajectoire de chaque État pris à part.

Ainsi, dans l'ensemble Sud-Globalisé, se côtoient deux catégories d'États. D'une part, ceux militant pour une redistribution équitable des cartes, notamment les États d'Afrique et d'Amérique latine, inscrits dans une logique d'humanisme solidaire et intégré. D'autre part, ceux estimant que le degré d'exclusion et d'humiliation commande une revanche éloquente, qui doit prendre la

forme d'un changement de positions dans le même continuum systémique. Cette logique de chaise musicale et du « *c'est notre tour* » portée par des États comme la Russie et la Chine, s'inscrit dans une perspective de réplique des pathologies du système international (humiliation et exclusion) par le bas.

Conclusion

Cette modeste réflexion, en fuyant les pièges de la précipitation, sera parvenue à mettre en saillance deux conclusions. D'abord, les espoirs théoriques et sociologiques du Sud global sont multiples dans un système international qui se réinvente et qui a pour cela, besoin de nouveaux paradigmes lui permettant de faire face aux mutations du temps. Ensuite, les opportunités qui sont offertes au Sud global d'être un pôle crédible de régulation de la vie politique internationale restent phagocytées par des considérations d'intérêts nationaux, le concept ne cessant de se dévoyer et de se fourvoyer. Semblant réjouir les espoirs de l'avènement d'un jeu politique mondial beaucoup plus civilisé en ceci qu'il propose un mode plus participatif et inclusif de gouvernance, il reste une catégorie au contenu à prendre avec précaution. En gardant une neutralité axiologique tenant compte de l'environnement dans lequel se joue la politique internationale, il est important de relever l'ambiguïté d'un concept aussi fuyant que celui de Sud global. Au surplus, pourra-t-on lui prêter une résonance situationnelle. Sa fonctionnalité étant à l'image de son ambiguïté. Reste ouvert, le débat sur la valeur de cette ambiguïté, pouvant soit utilement servir son ambition d'éthicisation du jeu politique mondial, soit ruiner ses prétentions. Pour ma part, cette ambiguïté n'est rien d'autre que ce que les États en font. Elle peut servir de vivier à l'instauration d'un ordre mondial plus juste en captant l'aura d'États puissants qui revendiquent une légitimité à agir solidairement aux noms, aux côtés et pour le compte des parias et marginaux du système international dont le Sud global en est la catégorie fédératrice.

L'action publique à l'épreuve de la « testophobie » : perspective sur les obstacles à la pratique évaluative des politiques publiques au Sénégal

Public action through the prism of "testophobia": an analysis of the obstacles to the evaluative practice of public policies in Senegal

Page | 430

Par:

Dr Moustapha DIENE

Enseignant-chercheur en Science politique/ Chercheur au

Laboratoire : Institution, Gouvernance démocratique et

Politiques Publiques (IGD2P) – Université Cheikh Anta

Diop de Dakar (UCAD)

Résumé :

L'évaluation des politiques publiques (EPP) occupe, de nos jours, une place importante au sein du modèle actuel de gouvernance, stimulée tout d'abord par l'évolution en profondeur des cadres du développement, qu'ils soient liés aux Objectifs du Développement Durable (ODD) ou à l'émergence des stratégies inclusives de réduction de la pauvreté, mais aussi par un contexte international porteur qui a vu la naissance de plusieurs initiatives et acteurs en faveur de cette pratique. Les principes et modalités de l'aide publique au développement, discutés depuis la Conférence de Monterrey et la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide, ont donné plus d'espace encore aux démarches d'évaluation des interventions publiques et aux questions de responsabilité et de performance, tant des États que de leurs partenaires.

Au Sénégal cet enjeu est, théoriquement, au cœur de la réforme de l'État puisque l'évaluation des politiques publiques est considérée comme un levier important des principaux référentiels ou programmes qui guident son action. Toutefois, les constats qui ressortent révèlent un certain nombre de difficultés qui limitent, dans les faits, une pratique de l'évaluation réellement utile et surtout appliquée aux politiques publiques.

Ce présent article est t, ainsi, une analyse fine des obstacles qui sapent l'émergence d'une culture évaluative des politiques et programmes publics au Sénégal.

Mots clés : Action publique, évaluation des politiques publiques, gouvernance.

Abstract:

Public policy evaluation (PPE) occupies now an important place within the current governance model, driven primarily by the profound evolution of development frameworks, whether linked to the Sustainable Development Goals (SDGs) or the emergence of inclusive poverty reduction strategies, but also by a supportive international context that has seen the emergence of several initiatives and actors promoting this practice. The principles and modalities of official development assistance, discussed since the Monterrey Conference and the Paris Declaration on Aid Effectiveness, have given even more space to approaches for evaluating public interventions and to issues of accountability and performance, both for states and their partners.

Page | 431

In Senegal, this issue is, theoretically, at the heart of state reform, since public policy evaluation is considered an important lever for the main frameworks or programs that guide its action. However, the findings that emerge reveal a certain number of difficulties which in fact limit a practice of evaluation that is truly useful and, above all, applied to public policies in Senegal.

This article is therefore intended to be a detailed analysis of the obstacles that undermine the emergence of an evaluative culture of public policies and programs in Senegal.

Keys Words: Public action, evaluation of public policies, governance.

Introduction

La réflexion scientifique s'est emparée des études d'évaluation de l'action publique avec le renouveau de l'État et des réformes de l'administration publique dans les pays européens¹ non sans négliger le retour de l'État en contexte africain. Le constat qui apparaît dans les sciences sociales appliquées à l'évaluation est une relative faiblesse de la réflexion, malgré des débuts de travaux sociologiques sur l'évaluation des politiques publiques². Certes, les *policy sciences* émergent avec les travaux de Daniel Lerner et de Harold Lasswell³ mais les précurseurs de l'analyse de l'action publique à l'image de Charles Jones⁴ ont fait réapparaître la question de l'évaluation au plan théoriques⁵, sans compter les travaux traitant du processus d'institutionnalisation⁶ voire l'idéologisation de l'évaluation⁷.

Page | 432

En effet, la mise en contexte de l'évaluation se situe d'abord, dans le monde anglo-saxon, notamment aux États Unis, à un processus d'institutionnalisation, à un contrôle et à l'analyse des programmes. La création aux États Unis, dans les années 1920, du *General Accounting Office* (GAO)⁸ ou *Government Accountability Office* contribue à la première phase d'une évaluation considérée comme une mesure empirique des impacts de programmes dans les domaines de l'éducation et des politiques sociales (politiques du *Welfare*). Cependant, l'évaluation des politiques publiques (EPP), s'est développée tardivement en Europe⁹.

En France, l'évaluation s'est tardivement frayé un chemin avec la rationalisation des choix budgétaires (RCB). Ce mécanisme évaluatif reste centré sur l'aide à la programmation budgétaire et à l'évaluation ex ante. Dès les années 90, l'évaluation s'est développée plus particulièrement

¹ BEZES (P), Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008) Paris, PUF (Lien Social), 2009.

² BALANDIER (G). « Variations anthropologiques et sociologiques sur l'évaluer » Cahiers internationaux de sociologie, vol, 128 n°128-129 pp 9-26 ; Garcia Sandrine et Montagne Sabine « Pour une sociologie critique des dispositifs d'évaluation » Actes de la recherche en science sociale, n° 189 pp 1-15

³ LERNER (D). & LASSWELL (H.D.). (eds), The policy Sciences. Stanford. Stanford University Press, 1951, 344p.

⁴ Charles Jones, An Introduction to the Study of Public Policy, 1970, Belmont, Duxbury Press.

⁵ LASCOUMES (P). Et THOENING (J.C), (dir), Evaluation des politiques publiques, Paris, L'harmattan, 1998.

⁶ Voir AUBIN (D). « L'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques en Wallonie : une réponse propre à des influences externes » Reflets et perspectives de la vie économiques 2013/1 Tome II pp43-67, Lacouette Fougère Clément et Lascoumes Pierre, Les scènes multiples de l'évaluation. Les problèmes récurrents de son institutionnalisation. Rapport Science Po/LIEPP mai 2013

⁷ Dossier « L'idéologie de l'évaluation », Revue Cités, 2009/1 n°37, Abelhauser Alain, Gorin Roland, Sauret Jean Marie, La folie évaluation. Les nouvelles fabriques de la servitude. Paris, Mille et une nuits, 2011

⁸ Du côté du Congrès, le *General Accounting Office*, créé en 1921 et renommé en 2000 *Government Accountability Office*, est doté d'environ 5 000 agents. Il accompagne le Congrès dans l'élaboration des lois et le contrôle de l'exécutif.

⁹ La Grande Bretagne, les Pays Bas et les pays Scandinaves sont les premiers pays à suivre l'exemple américain de l'évaluation.

dans le domaine de la santé pour connaître son ancrage dans l'évaluation *ex post* des politiques publiques, avec notamment la production de divers rapports¹⁰. Au niveau institutionnel, des organes chargées de l'évaluation se multiplient avec la création du Conseil national de l'évaluation (CNE) d'une part et, d'autre part, la société française d'évaluation (SFE). En outre, l'efficience des dépenses publiques est désormais au cœur des missions d'évaluations et de contrôle qui s'appuient sur l'expertise de la Cour des comptes, institution supérieure de contrôle des finances publiques.

Il serait ainsi, important de s'attarder sur la définition du vocable avant d'analyser les contours d'une faible culture évaluative des politiques publiques au Sénégal. En effet, l'ambiguïté et le caractère flou du concept reste présent malgré l'emploi plus spécifique de l'expression « *évaluation des politiques publiques* ». Valerie Ridde et Christian Dagenais diront en ce sens que « *Si vous consultez cinq ouvrages de référence, vous risquez d'y trouver cinq manières distinctes de définir l'évaluation et ses concepts* »¹¹. Il en résulte que les multiples définitions du vocable sont largement tributaires de la différence d'appartenances institutionnelles et du statut socio-professionnel des acteurs de l'évaluation. C'est-à-dire selon que l'on soit élus, responsables administratifs, universitaires ou consultants privés, et selon les « *orientations disciplinaires des acteurs - économistes, juristes, politologues, médecins, psychologues* »¹².

L'évaluation est, de ce fait, une composante des politiques publiques dont la définition n'est pas aisée, car les auteurs ne s'accordent ni sur ce qu'elles recouvrent ni sur ses finalités. Cependant, il y a un large consensus sur l'importance que jouent l'État et ses entités dans la définition et la mise en œuvre des politiques publiques. En effet, pour Yves Meny et Jean Claude Theonig, les politiques publiques constituent l'ensemble des actions mises en œuvre dans la société par les autorités publiques¹³.

Michel Bellavance abonde presque dans le même sens, car il définit les politiques publiques comme étant l'ensemble des actions que des autorités publiques légitimes décident de faire pour satisfaire les besoins d'une population¹⁴. Ces deux auteurs insistent sur la place des autorités

¹⁰ VIVERET (P), « L'évaluation des politiques publiques et actions publiques. Propositions en vue de l'évaluation du revenu minimum d'insertion. Rapport au premier ministre. Paris, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1989, p.183.

¹¹ RIDDE (V.) et C. DAGENAIS (C.), « Introduction générale à l'évaluation de programme », in, *Approches et pratiques en évaluations de programme*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, p. 11., 2009.

¹² JACOB (S.), VARONE (F.), 2001, Op.Cit. p.134.

¹³ MENY (Y.) et THOENIG (J.C.), *Politiques publiques*, Paris, Presses universitaires de France 1989, p. 392p.

¹⁴ Bellavance (M.), *Les politiques gouvernementales : élaboration-gestion-évaluation*, Montréal, Agence d'Arc, 1985, p.268.

publiques dans l'élaboration des politiques, car l'État détient le monopole de la régulation sociale et doit satisfaire les besoins de ses populations. Pierre Muller introduit par contre, au tournant des années 1990, la question du changement. Selon lui, il y a politique publique que lorsqu'une autorité politique locale ou nationale tente, à travers des actions coordonnées, de changer l'environnement social, économique ou politique d'un milieu¹⁵.

C'est pourquoi, Vincent Lemieux insistait en 2014 sur cet aspect quand il définissait les politiques publiques comme des tentatives de régulation des affaires publiques par des acteurs qui cherchent à contrôler des décisions à l'occasion des processus d'émergence¹⁶, de formulation ou de mise en œuvre d'activités qui visent à satisfaire l'intérêt général ou ceux d'un groupe particulier¹⁷. Cette définition est plus complète que les deux précédentes car elle introduit la question de la régulation, celle du processus et enfin celle du pouvoir entre acteurs impliqués dans ce processus.

Il n'est toutefois pas anodin de rappeler que la nature polysémique et équivoque du concept n'est pas un obstacle à son usage dans le champ des politiques publiques et surtout à la promotion d'une culture d'évaluation. Et cela, même si sa définition apparaît en quelque sorte comme une gageure. C'est justement pour surmonter cette gageure que Steve Jacob et Frédéric Varone ont proposé une définition volontairement large, afin de prendre en compte les différentes acceptions du terme. De ce fait, ils soutiendront que :

« L'évaluation d'une politique [publique] consiste en une étude rigoureuse, basée sur des méthodes scientifiques, visant à mesurer les effets de cette politique publique et à porter un jugement de valeur sur ces effets en fonction des différents critères (par exemple, pertinence, efficacité, efficience, économie »¹⁸.

Cette définition est aussi inclusive qu'elle montre la pertinence sinon l'urgence de recourir à cette pratique évaluative notamment dans le domaine des interventions publiques en général. Concrètement, l'évaluation des politiques publiques peut revêtir plusieurs finalités¹⁹.

¹⁵ MULLER (P.), *Les politiques publiques*, Paris, Presses. Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 1990, p.127

¹⁶ LEMIEUX (V.), *L'étude des politiques publiques. Les acteurs et leur pouvoir* (3ème édition revue et augmentée), Québec : Presses de l'Université Laval, 2009.p.201

¹⁷ LEMIEUX, (V.), *Décentralisation, politiques publiques et relations de pouvoir*. Presses de l'Université de Montréal, 2001, <https://doi.org/10.4000/books.pum.12359>.

¹⁸ JACOB S., VARONE (F.), « L'évaluation des politiques publiques au niveau fédéral : état des lieux et perspectives. Résultats d'une enquête réalisée dans le cadre du projet de recherche AM/10/016 financé par les SSTC et intitulé "L'évaluation des politiques publiques en Belgique" », juin 2001, p. 7-8,

¹⁹ PETIT (É.), « Fiche 6. L'évaluation des politiques publiques. Les indispensables du droit public économique », 2019. p. 43-50.

D'abord une *finalité déontologique* pour permettre aux responsables politiques de rendre des comptes aux citoyens sur la manière dont une politique a été mise en œuvre et sur ses résultats. Ensuite, une *finalité gestionnaire* qui cherche à répartir, le plus rationnellement possible, les ressources humaines et financières entre les différentes politiques publiques. Puis, elle revêt une *finalité décisionnelle* en vue de préparer les décisions aux fins de poursuite, d'arrêt ou de révision d'une politique ou d'un programme publics. Enfin, une *finalité pédagogique et mobilisatrice* pour aider les différents acteurs (agents publics et parties prenantes) à mieux comprendre les processus auxquels ils participent et à s'en approprier les objectifs.

Cette pluralité de finalités autorise une typologie variée d'évaluations des politiques publiques suivant la dominante mise en exergue²⁰. On distingue ainsi, selon le moment où elle est effectuée, l'*évaluation ex ante ou diagnostique* qui est une étude prospective de la faisabilité et de l'impact d'une politique publique en préparation, l'*évaluation concomitante et/ou à mi-parcours* réalisée durant sa mise en œuvre et l'*évaluation ex post ou finale* destinée à tirer des enseignements sur une politique mise en œuvre.

Selon les questions traitées, on distingue l'*évaluation des besoins* qui cherche à identifier le niveau de besoins à combler dans une organisation par rapport à une norme, l'*évaluation des processus* qui sert à faire le bilan de la mise en œuvre d'une intervention publique et s'assurer que le programme a été mis en œuvre selon ce qui a été planifié et, enfin, l'*évaluation des résultats, effets et impacts*, qui cherche à vérifier si les interventions ont permis de corriger les problèmes identifiés.

On peut aussi distinguer les évaluations suivant le but poursuivi. Dans ce cadre, elle est *formative* quand elle vise à davantage s'approprier des programmes et ses moyens d'intervention pour informer les décideurs, afin de les amener à les améliorer. Elle est *sommative* parce qu'elle cherche à faire le point sur la valeur d'une politique publique et ses moyens d'intervention pour décider de son arrêt ou de sa reconduction en se basant sur les résultats de l'évaluation.

Pour l'essentiel, les évaluations pratiquées par l'État et ses administrations tendant à une approche de l'étatisation c'est-à-dire à un processus de « *mise en administration* »²¹ des activités d'évaluation. En effet, l'évaluation construite dans une vision scientiste de la décision peut contribuer à conduire des politiques publiques fondées sur la preuve, pour paraphraser l'expression

²⁰ Ibidem.

²¹ SANTO (V.-M.) et VERRIER, (P.-E.), « L'évaluation des politiques publiques. » Le management public Presses Universitaires de France, Ellipses, 2009, pp. 103-119.

d'« *evidence based policy* »²². Une telle démarche montre, de ce fait, que les bonnes solutions aux problèmes sociaux sont celles qui ont fait leurs preuves c'est-à-dire celles où des consensus existent sur la réalité de leurs effets et non sur des légitimités politiques. La variable politique est aux antipodes de la logique scientifique.

Il est donc clair que l'évaluation des politiques publiques, telle qu'elle se pratique couramment, est fortement imprégnée du paradigme positiviste car l'action publique est perçue comme une réponse à un problème défini de manière objective et l'évaluation cherche à améliorer l'efficacité de cette action²³. Cette démarche constitue, au-delà du diagnostic, une aide à la décision en vue d'améliorer la mise en œuvre ou le contenu des actions retenues dans la politique évaluée. Elle se traduit souvent par l'émergence de nouvelles formes de gouvernance puisqu'elle implique une plus grande diffusion de l'information au sein de la société, notamment parmi les acteurs administratifs, professionnels et bénéficiaires. En effet, un rapport d'évaluation contient certes un certain nombre d'informations et d'indicateurs relatifs aux aspects financiers, humains ou de réalisations physiques mais, également, des éléments sur l'adéquation des résultats de la politique par rapport aux enjeux et aux objectifs initialement assignés à la politique et un jugement sur la valeur de l'action²⁴.

Néanmoins, malgré l'importance et la place de l'évaluation dans la nouvelle gouvernance publique, des administrations et acteurs institutionnels nourrissent un sentiment de frilosité à son égard. En effet, dans des pays comme le Sénégal, l'évaluation n'est pas perçue comme une pratique normale qui accompagne la mise en œuvre des politiques et programmes publics mais comme un moyen de sanctionner l'expertise et la gestion des acteurs responsables de l'implémentation. Ceci est d'autant plus vrai que l'évaluation, elle-même, est assimilée à un contrôle de performance ou à un contrôle de gestion, chose qui accentue le fait qu'elle soit perçue plus comme un mécanisme de sanction que comme un outil d'amélioration de l'efficacité des politiques publiques.

Voilà pourquoi, les acteurs institutionnels et les responsables de projets et programmes se sentent assez hystérique et moins excités face aux missions et à la pratique d'évaluation. Ce sentiment de peur que nous avons convenu d'appeler « testophobie » constitue l'une des obstacles

²² Il s'agit d'une approche de politique publique qui vise à prendre des décisions en se basant sur des preuves scientifiques et empiriques solides, plutôt que sur des intuitions, des croyances ou des considérations politiques uniquement.

²³ VLASSOPOULOU (C). « Une évaluation constructiviste des politiques publiques ? », *Revue Espaces-Temps*, 2005, 89/90

²⁴ VOLLET (D), HADJAB (F), *Manuel de l'évaluation des politiques publiques*, Éditions Quae, 2009. p.51.

majeurs à l'épanouissement de l'évaluation des politiques publiques au Sénégal. En d'autres termes, de la même manière que cette peur irrationnelle et intense des contrôles, des évaluations et des examens est très handicapante pour les personnes qui en souffrent, de cette même façon que la testophobie est l'une des pathologies de l'efficacité des politiques publiques au Sénégal.

L'objectif de cet article n'est donc pas de développer un manuel ou une théorie de l'évaluation, pour prendre au mot Georges Balandier qui considère l'évaluation comme une « *théorie de forme idéologique qui progresse en s'étendant à tous les domaines d'activités* ²⁵ » mais d'étudier les facteurs sous-jacents qui obstruent l'effectivité de la pratique évaluative des politiques publiques au Sénégal. L'idée étant de voir pourquoi les institutions, bref les acteurs (*policy makers*) présentent des symptômes de « *testophobie* », surtout si cela concerne les politiques et programmes publics.

Il s'agira ainsi de répondre spécifiquement à un certain nombre de questions que sont : Que gagnerait-on à instaurer ou à institutionnaliser l'évaluation des politiques publiques au Sénégal ? Quels sont les obstacles structuro-fonctionnels et conjoncturels à la promotion d'une pratique effective d'évaluation des politiques et programmes publics au Sénégal ?

De telles interrogations sous-entendent une hypothèse plus ou moins constructiviste qui consiste à dire que l'absence d'une culture d'évaluation des politiques publiques au Sénégal est foncièrement tributaire de facteurs, non seulement liés aux représentations des acteurs de mise en œuvre mais encore au défaut d'expertise et à l'environnement structurel des politiques publiques en question. Ce recours à l'expérience et aux compétences des acteurs cher à Patrice Duran²⁶ n'est pas, du reste, moins intéressant compte tenu de l'efficacité visée.

Eu égard à notre hypothèse de recherche, et pour mieux atteindre les objectifs de l'étude, nous avons adopté la démarche méthodologique qualitative au moyen d'un procédé qui s'articule autour de trois (3) étapes essentielles. D'abord une phase de recherche documentaire au cours de laquelle se développe notre cadrage théorique. Ensuite la phase de terrain qui consiste à l'élaboration d'un dispositif de recherche. Il s'agit de procéder à une exploration du champ d'étude, du choix des unités à enquêter auxquels nous avons administré nos guides d'entretiens. Enfin, le traitement et l'analyse des données recueillies constituent une phase importante pour cette étude.

²⁵ BALANDIER (G), « Variations anthropologiques et sociologiques sur l'« évaluer », Cahiers internationaux de sociologie, 2010/1 n°128-129 p 26.

²⁶ DURAN (P.), « Évaluation des politiques publiques : les leçons de l'expérience ». Revue française d'administration publique, (2021). 177(1), pp.1-15.

I- L'INSTITUTIONNALISATION DE L'EPP AU SENEGAL : DE LA VOLONTE DE L'ÉTAT A LA « TESTOPHOBIE » DES ACTEURS

Le constat global largement partagé est que le Sénégal est vu comme l'une des plus grandes démocraties d'Afrique. Cela se justifie généralement non seulement par le fait qu'il est l'un des rares pays d'Afrique qui n'a jamais connu de coups d'état mais aussi parce qu'il se réclame être l'exception la plus illustrative avec une incarnation quasi complète des principes démocratiques. Ainsi, vu sous l'angle de la science politique en particulier et des sciences sociales en général, la démocratie a été longtemps assimilée à la « *souveraineté du peuple* » ou au « *droit de tous à la participation aux prises de décisions publiques* »²⁷.

Page | 438

De nos jours, avec l'émergence de la démocratie participative et les travaux de Jürgen Habermas²⁸ sur la démocratie délibérative, le terme désigne plutôt l'exercice de la souveraineté par les citoyens. Ce qui nous ramène à une conception de la démocratie assez large mais quelque peu oubliée qui estime que :

« le pouvoir et la loi découlant de la volonté du peuple, la liberté de penser pour tout le monde, l'existence des mécanismes précis pour l'expression libre de l'opinion publique dont les partis politiques, le principe de la souveraineté de la majorité, la tolérance politique, la restriction de l'exercice du pouvoir par l'État dans le cadre du respect des droits et des libertés individuelles et collectives, la pluralité des valeurs et des intérêts sociaux, la liberté du débat public et de l'échange des points de vue politiques, le renforcement de la société civile, le principe de la relativité des valeurs morales, la tolérance par rapport les croyances diverses ou contradictoires, l'égalité politique pour les groupes sociaux et la possibilité pour eux de participer à l'exercice du pouvoir , la possibilité pour les minorités idéologiques pour devenir majoritaires par le biais de la propagande de leurs opinions, l'indépendance du pouvoir judiciaire pour garantir les libertés civiles des individus et des groupes, la séparation des trois pouvoirs, la possibilité de l'expression organisée et légale de l'opposition »²⁹.

Cette définition volontairement large trouve donc son origine dans trois principes majeurs que sont : *la liberté, l'égalité et la participation*. Ce dernier principe n'a de sens que si les pouvoirs publics œuvrent à mettre sur pied des politiques publiques visant à renforcer le bien-être des citoyens. Autant dire que le peuple est actuellement dans une appréciation presque quotidienne des

²⁷ DAUGERON (B), « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *Revue française d'administration publique* 2011/1 n° 137-138 Pages 21 à 37

²⁸ Jürgen Habermas est un théoricien Allemand en philosophie et en sciences sociales.

²⁹ BASHIRIYEH, (H.), *Political Sociology: Role of Social Forces in Political Life*, Tehran: Nay Press, 1993, p. 4.

actions publiques réalisées ou non par les pouvoirs publics. Ce qui, en conséquence, constitue un autre moyen de légitimation à côté de l'élection.

Par ailleurs, nous employons le concept « *testophobie* » afin de mettre en évidence la peur de l'évaluation. En effet, ce terme a, pour la plupart, était la chasse-gardée des tenants de la didactique et de la psychopédagogie car leur permettant d'analyser le rapport psychologique que les élèves entretiennent avec l'évaluation des apprentissages³⁰. Ainsi, nous estimons qu'un parallélisme des formes peut être effectué pour comprendre les facteurs explicatifs du défaut d'une culture évaluative des politiques publiques au Sénégal. Autant dire que le sentiment qui anime l'élève est sensiblement le même qui anime les acteurs politico-administratifs chargés de mettre en œuvre les politiques et programmes publics.

Le rapport à l'erreur semble si solidement lié à l'échec et la pression des jugements est telle que l'évaluation des politiques publiques reste pour beaucoup synonyme de peur voire d'angoisse, au risque d'entraîner les acteurs dans un engrenage de phobie. Dans une logique de contrôle, une évaluation privilégiant une fonction bilan suppose de rendre des comptes à un responsable du service de qui on est, ou on se met, et qui va juger³¹.

Si l'erreur, montrée du doigt et sanctionnée, induit ce qui pourrait être considéré comme une évaluation maltraitante, elle reste indispensable lorsqu'il s'agit d'améliorer les politiques et programmes publics. C'est pourquoi le Sénégal est certes, présent au rendez-vous de l'évaluation (A), mais ses engagements restent plombés par un certain nombre de contraintes liées à son système d'évaluation (B).

A- Le Sénégal au rendez-vous de l'évaluation des politiques publiques

L'administration publique sénégalaise s'est appropriée de la question de l'évaluation dès le début des indépendances même si cette notion d'évaluation des politiques se confond avec celle de contrôle confié à des organes qui sont sous l'autorité de l'exécutif³² d'une part et des pouvoirs législatif et judiciaire d'autre part. La pluralité des organes d'évaluation des politiques publiques

³⁰ Charles Hadji, Faut-il avoir peur de l'évaluation ? De Boeck Supérieur, 2012, Pages 283 à 290.

³¹ Ibidem.

³² Ces organes sont des organes de contrôle. Les organes internes de contrôles sont l'Inspection générale d'État, l'Inspection générale des Finances, le Contrôle financier, les inspections internes des ministères, les directions de contrôle interne des régies financières (DGID, DGD et DGTCP) et l'Agence de régulations des marchés publics. Quant aux organes externes de contrôle, il s'agit de l'Assemblée nationale et de la Cour des comptes. Il faut rappeler aussi le Bureau Organisation et Méthodes (BOM) qui joue dans l'évaluation des politiques publiques.

montre une volonté de développement d'une culture de l'évaluation même si les pratiques institutionnelles restent plus ou moins marginales.

L'évaluation des politiques s'est aussi institutionnalisée avec, non seulement, la mise en œuvre de la loi organique relative à la loi de finances³³, mais aussi l'article 59 de la constitution qui prévoit que « *l'Assemblée représentative de la République porte le nom de l'Assemblée nationale. Elle exerce le pouvoir législatif. Elle vote, seule, la loi, contrôle l'action gouvernementale et évalue les politiques publiques*³⁴ ».

Page | 440

Par ailleurs, le contexte international, régional et national a fortement influencé l'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques, au Sénégal. Ainsi, le Gouvernement de la deuxième alternance de 2012 a compris les enjeux de l'institutionnalisation de l'évaluation des politiques, projets et programmes publics. En mettant en œuvre le Plan Sénégal Émergent (PSE), le cadre harmonisé de suivi-évaluation des politiques publiques³⁵ est adopté par l'exécutif pour coordonner le suivi-évaluation et le partage des résultats des politiques publiques. Plusieurs mesures de renforcement des capacités évaluatives ont été prises dans le sens de l'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques. Mais comment comprendre le cadre opérationnel d'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques au Sénégal ?

Depuis 2000, l'agenda international du développement fait l'objet de plusieurs initiatives auxquelles le Sénégal s'est engagé pour l'amélioration des conditions de vie des populations, en général et des plus défavorisées, en particulier. Ces initiatives se déclinent par des objectifs clairement définis, comportant des indicateurs pertinents pour mesurer les progrès accomplis.

Sous ce rapport, l'approche de la gestion axée sur les résultats de développement (GRD) a été adoptée, dans le contexte de développement international, marqué par des fora de Haut niveau. C'est ainsi que les OMD ont été lancés, en 2002, par le SNU. A cet égard, 189 pays membres se sont entendus pour œuvrer dans le sens de la réduction de moitié de la pauvreté à l'échelle planétaire. Aussi, dix-huit (18) cibles et quarante-huit (48) indicateurs, ont-ils été fixés,

³³ La loi organique relative à la loi de finances contribue à l'évaluation. En effet, le budget de l'État présente les dépenses publiques par missions, déclinées en programmes et en actions assorties d'objectifs et d'indicateurs. Voir Loi n°2011-15 du 08 Juillet 2011 portant loi organique relative aux lois des finances J.O n°6618 et La Loi n°2011-15 du 08 Juillet 2011 portant loi organique relative aux lois des finances a été abrogée et remplacée par la loi organique n°2020-07 du 26 février 2020.

³⁴ La loi constitutionnelle n°2016-10- du 05 avril 2016 portant révision de la constitution

³⁵ Le Sénégal a adopté le décret n°2015-679 du 26 mai 2015 portant création d'un cadre harmonisé de suivi-évaluation des politiques publiques (CASE). Il s'agit d'un instrument de coordination des mécanismes et dispositifs de suivi-évaluation et de partage des résultats, aux fins d'apporter les corrections et les ajustements

dans le sens de la réalisation des huit (8) objectifs définis.

Le lancement des OMD a été le déclic d'un consensus mondial sur la gestion axée sur les résultats de développement (GRD), qui a fait l'objet de plusieurs rencontres au plan international.

Il s'agit notamment :

Page | 441

- ✓ Des conférences internationales du Financement pour le Développement, tenues à Monterrey et Doha (2002, 2008)³⁶ ;
- ✓ Des hauts forums sur l'efficacité de l'aide au développement, tenus à Rome, Paris, Accra et Busan respectivement en 2003, 2005, 2008 et 2011, pour réfléchir sur « comment coopèrent les acteurs du développement » (de façon spécifique la Déclaration de Paris de 2005 a adopté la gestion axée sur les résultats, entre autres, principes³⁷ qui sous-tendent la gestion du développement) ;
- ✓ Des tables rondes internationales sur la GRD de Washington, Marrakech, Hanoi et Accra (2002, 2004, 2007, 2008), portant sur « *Comment agissent les acteurs du développement* ».

Après l'évaluation des OMD qui a débouché sur des résultats mitigés, dans la plupart des pays en développement, la communauté internationale s'est engagée, en septembre 2015, sur l'Agenda 2030, pour réaliser les Objectifs de Développement Durable (ODD), également nommés Objectifs mondiaux. Cet appel à agir pour éradiquer la pauvreté, protéger la Planète et faire en sorte que tous les êtres humains vivent dans la paix et la prospérité, comporte une forte dimension d'inclusion universelle et un impératif éthique de développement durable. Plus qu'un slogan, le principe « *Personne ne doit être laissé en rade* » (*no one should be left behind*) implique que l'ensemble de l'action y compris son évaluation soit axée sur les Droits Humains et le Genre.

Les 17 ODD et leurs 169 cibles (sous-objectifs) forment la clé de voûte de l'Agenda 2030. Ils tiennent compte équitablement de la dimension économique, de la dimension sociale et de la dimension environnementale du développement durable et intègrent, pour la première fois, l'éradication de la pauvreté et le développement durable dans un dispositif commun.

³⁶ D'ailleurs, la 4^e Conférence internationale sur le financement du développement s'est tenue à Séville, Espagne, le 3 juillet 2025

³⁷ Les autres principes de la déclaration de Paris de 2005 sont : l'appropriation des stratégies nationales de développement, l'alignement des donateurs sur les priorités nationale, l'harmonisation des procédures et modes d'interventions des partenaires techniques et financiers, et la responsabilité mutuelle des pays et des donateurs sur les succès et les échecs des politiques nationales sous financements extérieurs.

Les ODD doivent être atteints par tous les États membres de l'ONU d'ici à 2030. Cela signifie que tous les pays sont appelés à institutionnaliser l'évaluation des politiques publiques, pour apprécier les progrès accomplis, dans chacun des 17 objectifs.

En mai 2013, alors qu'ils fêtaient le 50^{ème} anniversaire de l'organisation de l'Unité africaine (OUA)/Union africaine (UA), les Chefs d'État et de Gouvernement ont adopté une déclaration solennelle reconnaissant les réussites et difficultés passées du continent. Ils se sont réengagés pour un développement rapide et des avancées technologiques en Afrique. Dans leur vision, les leaders africains ont présenté huit objectifs, afin de guider le continent vers un développement équilibré, par la mise en œuvre de l'Agenda 2063. Cet agenda se décline, concrètement, en divers objectifs, caps, buts, cibles et actions³⁸. Il permettra à l'Afrique de rester concentrée et engagée envers les idéaux envisagés dans le contexte d'un monde connaissant une rapide évolution. Il réitère la gestion axée sur les résultats et l'importance du suivi et de l'évaluation ainsi que l'inclusion dans ces mécanismes.

L'évaluation est donc devenue un puissant levier du développement en Afrique. Au niveau continental, l'Association Africaine d'Évaluation (AfrEA), créée en 1999 s'est positionnée pour apporter une réponse à la demande croissante en évaluation et a comme mission de renforcer les capacités humaines et institutionnelles pour une bonne gouvernance et le développement économique durable en Afrique.

Au sein de l'UEMOA, il s'agit, entre autres, des engagements en faveur du nouveau cadre harmonisé de gestion des finances publiques, qui préconise le passage d'un budget de moyens à un budget de résultats. L'introduction de la pluri-annualité dans la gestion publique, constitue également une innovation majeure qui se traduit par la production du Document de Programmation budgétaire et économique pluriannuelle (DPBEP) et les Documents de programmation pluriannuelle des Dépenses (DPPD), élaborés par les ministères sectoriels.

La Gestion axée sur les résultats est la toile de fond de la réforme. Le Projet annuel de Performance (PAP) qui accompagne le projet de loi de finances et le Rapport annuel de performance (RAP) lié au projet de loi de règlement, justifient, dans une pleine mesure, la nécessité d'asseoir un système de suivi et d'évaluation qui permet d'apprécier la pertinence,

³⁸ Le premier plan décennal (2014 to 2023) a fait l'objet d'une évaluation. Ce qui a permis d'améliorer l'élaboration du deuxième plan qui est actuellement mis en œuvre à travers 7 aspirations (ou moonshots) – une idée que tu peux renforcer pour justifier la culture de l'évaluation au niveau continental

l'efficacité et l'efficience des programmes émanant des politiques sectorielles.

B- De l'engagement sans faille aux failles du système sénégalais d'EPP

Au plan national, le respect des différents engagements internationaux et régionaux s'est traduit par la mise en œuvre de réformes et l'introduction de nouveaux instruments qui constituent des cadres programmatiques plaçant les démarches évaluatives au cœur des dispositifs de management des politiques publiques.

En effet, depuis décembre 2013, le Gouvernement du Sénégal a adopté une vision prospective « *Un Sénégal émergent en 2035, avec une société solidaire et un État de droit* »³⁹, déclinée dans une stratégie décennale 2014-2023, intitulée « *Plan Sénégal émergent (PSE)* ». Ce cadre fédère toutes les politiques publiques. L'objectif fut de mettre en œuvre, de 2014 à 2023, un ensemble de projets structurants à fort contenu de valeur ajoutée et d'emplois. La stratégie fut déclinée autour des trois axes stratégiques que sont, la transformation structurelle de l'économie et croissance ; le capital humain, protection sociale et développement durable ; et la gouvernance, institutions, paix et sécurité.

Le PSE fut ainsi, opérationnalisé à travers un *Plan d'actions prioritaires (PAP) 2014-2018* qui constitue la référence des interventions de l'État, de ses partenaires techniques et financiers, du Partenariat public-privé et de la participation citoyenne, à moyen terme⁴⁰.

Pour le suivi de sa mise en œuvre, le Bureau Opérationnel de Suivi (BOS), a été mis en place ainsi que le Cadre harmonisé de suivi-évaluation des politiques publiques, créé par le décret n°2015-675 du 28 mai 2015. La Direction générale de la Planification et des Politiques économiques (DGPPE) relevant du Ministère de l'Économie, des Finances et du Plan (MEFP) et l'Unité de Suivi des Résultats prioritaires (USERP), placée sous l'autorité du Directeur général du BOM constituent également des organismes fortement impliqués dans le suivi du PSE.

Le gouvernement sénégalais a, également, lancé, depuis 2013, un processus d'approfondissement de la démocratie locale avec l'intégration de l'Acte III de la décentralisation dans le corpus légal et réglementaire. Ce nouveau code devrait intégrer un dispositif de suivi et

³⁹ Selon le document officiel du Plan Sénégal Émergent.

⁴⁰ Nous sommes conscients du fait qu'après le covid19, le PAP2A a été adopté pour accélérer la relance économique au Sénégal.

d'évaluation, pour que les collectivités territoriales s'approprient la pratique et la culture de l'évaluation.

Il s'y ajoute que la réforme constitutionnelle de 2016 a élargi la mission de contrôle de l'Assemblée nationale, en lui conférant un mandat en évaluation des politiques publiques. La législature, mise en place en septembre 2017, se trouve dans les dispositions d'exercer ce nouveau mandat. Il s'agit là d'une avancée significative, dans le sens de l'institutionnalisation de l'évaluation au Sénégal même s'il faut reconnaître que cette législature n'a pas pu produire ne serait-ce qu'un seul rapport d'évaluation.

Page | 444

Du point de vue pragmatique, la SND vision 2050 abonde dans la même dynamique que le PSE, avec une volonté mieux affichée d'atteindre les standards en matière d'évaluation des politiques publiques. Elle stipule déjà que « *le succès de ce nouvel agenda de transformation systémique du pays dépend fortement de la mise en œuvre réussie des projets et programmes, ainsi que des réformes. Il est de ce point de vue fondamentalement tributaire de l'efficacité du dispositif de suivi-évaluation mis en place* »⁴¹. De ce fait, l'une des innovations de taille de la SND Vision 2050 est la prise en compte de l'évaluation citoyenne et de l'implication de la société civile dans le dispositif.

Il en ressort que « *Plusieurs services et Institutions sont impliqués dans l'évaluation des projets, programmes réformes et politiques publiques. Ils concernent généralement l'Administration publique (Présidence, Primature, Ministère en charge de la Planification, etc.), l'Assemblée nationale, les corps de contrôle et de régulation (Cour des comptes, Inspection générale d'État, Autorité de Régulation de la Commande publique, etc.). L'État favorisera la participation citoyenne dans ce dispositif de suivi et d'évaluation des politiques publiques (évaluation citoyenne, évaluation par les pairs, etc.)* »⁴². Un tel engagement montre nettement la volonté affichée de l'État à intégrer l'évaluation dans son dispositif de gouvernance.

En outre, il convient de noter la généralisation des cellules d'étude et de planification « CEP » ou structures assimilées au niveau des ministères sectoriels. Au plan opérationnel, elles sont appelées à jouer un rôle très important dans le suivi et l'évaluation des politiques, programmes et projets sectoriels.

Pour le respect des engagements pris aux niveaux international, régional et national, le

⁴¹ Document de la VISION SÉNÉGAL 2050 - Stratégie nationale de Développement 2025-2029, p.130.

⁴² Document de la VISION SÉNÉGAL 2050, Op.cit. p. 131.

Sénégal envisage de renforcer ses capacités évaluatives en approfondissant l'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques dont les enjeux sont multidimensionnels.

Toutefois, « *La finalité d'un système est ce qu'il produit, pas ce qu'il prétend produire. Il n'y a, après tout, aucun sens à affirmer que la finalité d'un système est de faire ce qu'il échoue constamment à faire* », nous dira Stafford Beer⁴³. C'est pour ainsi dire qu'il faut poser des actes d'évaluation à travers des orientations claires, une méthodologie identifiée, des acteurs bien formés à la tâche, un système fiable de collecte des données et une volonté éthique de mise en œuvre des recommandations.

Par voie de conséquence, il faut dire qu'au Sénégal, ces piliers phares et indispensables à l'efficacité de tout système d'évaluation ne sont pas suffisamment garantis ; d'où l'idée des limites de ce dernier qui, pourtant, présente un intérêt capital pour, non seulement la promotion d'une culture évaluative des politiques publiques mais aussi pour une meilleure réalisation des interventions publiques.

II-DEVELOPPER UNE CULTURE D'EVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES AU SENEGAL : LES ENJEUX D'UNE PRATIQUE A LA MODE

Au Sénégal comme partout ailleurs dans le monde, les politiques publiques sont censées constituer un ensemble cohérent appelé à répondre aux attentes des citoyens. Toutefois, la variété des domaines, la pluralité des objectifs et des acteurs et la territorialisation de l'action publique commandent d'apprécier régulièrement le degré de réussite ou de non réussite de chaque dispositif et sa cohérence globale.

A défaut, les décisions politiques peuvent conduire à des situations paradoxales, à l'instar de la multiplication des dépenses fiscales sans un examen approfondi de l'utilité et de l'efficacité de celles déjà à l'œuvre. Une telle situation tend à justifier la présence légitime de cet instrument de pilotage de l'action publique qu'est l'évaluation.

Ainsi, cette pratique est non seulement consubstantielle aux formes de gouvernances démocratiques actuelles dont se targue le Sénégal (A), mais encore c'est un moyen efficace de pilotage et d'amélioration de l'intervention de l'État (B).

⁴³ Anthony Stafford Beer (25 septembre 1926 - 23 août 2002) est un théoricien et consultant britannique, professeur à la Manchester Business School (en). Il est notamment connu pour son travail dans le domaine de la recherche opérationnelle et de la gestion cybernétique comme le projet cyber-socialiste du nom de "Cybersyn" au Chili.

A- L'évaluation comme gage d'efficacité de la gouvernance contemporaine

La pratique évaluative se développe de plus en plus dans la plupart des démocraties modernes. En effet, cette avancée progressive est la résultante d'un contexte actuel, marqué par une complexification de la gestion publique et la tentative d'y remédier via une approche par la gouvernance. Quoi que considérée comme une *notion inachevée*⁴⁴, ou comme un « mot-valise », *buzzword*, par un certain nombre de spécialistes, la gouvernance est néanmoins devenue un paradigme incontournable des politiques de développement, et même de l'intervention publique en général.

Du terme grec « *kubernân* » qui signifie « *piloter un navire ou un char* », le concept « gouvernance » a été repris par Platon et était synonyme de « gouvernement » en français. Faudra attendre Margaret Thatcher au cours des années 1980 pour voir le terme dans son acception anglais « *governance* » où l'on a distingué la gouvernance publique de la gouvernance d'entreprise.

Sous ce rapport, « *la bonne gouvernance* »⁴⁵, apparue comme l'une des expressions dominantes du langage international depuis le « *consensus de Washington* » aux années 1990, s'impose a priori comme moyen de réforme des institutions à des fins d'efficacité surtout pour les pays en développement. Pour rappel, le « *consensus de Washington* » a été une manière d'harmoniser les préceptes libéraux qui sont à la base des plans d'ajustement structurel (P.A.S.), des années 1980 et des programmes de lutte contre la pauvreté des années 1990, menés conjointement par le FMI et la Banque mondiale. Ces derniers ont été résumés par John Williamson en dix points qui fondent ce que l'on appelle « *le consensus de Washington* ». Dans cette expression, Williamson le définit comme « *le Washington politique du Congrès, les hauts fonctionnaires de l'administration et le Washington technocratique des institutions financières internationales, des agences économiques du gouvernement, de la Federal Reserve Board, et les groupes de réflexion* »⁴⁶.

L'idée est ainsi de renforcer les capacités des gouvernants et des administrations à respecter et à mettre en œuvre des principes favorisant l'adhésion et la participation de l'ensemble des acteurs aux politiques qui les concernent. Ce qui fait que lorsqu'il y a un problème de performance au sein d'un système, c'est la gouvernance qui est souvent évoquée et pointée du doigt.

⁴⁴ HERMET (G.), KAZANCIGIL (A.) et PRUD'HOMME (J.F.) (dir.), la gouvernance. Un concept et ses applications, Paris, Karthala, 2005, p.7.

⁴⁵ DE GRAAF (G.) et VAN ASPEREN (H), « L'art de la bonne gouvernance : quand les représentations du passé inspirent la pratique moderne », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2018/2 Vol. 84 Pages 419 à 435

⁴⁶ Voir John Williamson [1990]

Elle devient dès lors un mode de gestion actuel qui nécessite un mécanisme qui permettrait de jauger l'action de l'État, à savoir l'évaluation. En effet, si l'on croit à Jean-Pierre NIOCHE, « *l'action collective publique implique par nature des mécanismes d'évaluation* »⁴⁷. L'évaluation a expressément pour vocation d'orienter l'action et même de la corriger. Le but qu'on lui fixe est d'améliorer l'action publique ici et maintenant en réformant les dispositifs d'action publique : la réalisation du bilan évaluatif peut n'être parfois qu'un prétexte pour annoncer le changement.

L'évaluation de l'intervention publique en général (politique, programme, dispositif) a pour objet d'en apprécier la valeur au regard de certains critères, comme la pertinence, l'efficacité, l'efficience, la cohérence, l'impact, la durabilité etc., notamment dans le but d'apporter des connaissances pour aider à la décision et éclairer le débat public.

Ainsi les réformes de l'État survenues au cours de ces dernières décennies ont développé un nouveau courant permettant de répondre aux besoins actuels en termes de gouvernance, celle du « *New public management* » (NPM), traduit par la nouvelle gestion publique. Cette forme de gouvernance publique a été qualifiée de « *gouvernement tierce partie* » ou de « *gouvernement par procuration* », de « *gouvernance participative* » ou de « *gouvernance interactive* »⁴⁸. Elle s'appuie souvent sur des démarches de privatisation, ou d'externalisation d'une partie des activités du secteur public, par la création d'agences ou d'établissements publics autonomes⁴⁹.

L'ambition du NPM est, en effet, d'introduire une démarche de performance dans les services de l'État en passant d'une logique de moyens à une logique de résultats. C'est là justement où se trouve toute l'importance de l'évaluation des politiques publiques⁵⁰. Ceci est d'autant plus plausible que parmi les six grands principes de la gouvernance retenus par Varone et Bonvin se trouve, aussi bien, la transparence sur la qualité et les coûts des prestations administratives que l'orientation de ces dernières vers les besoins des usagers en les impliquant dans la définition et l'évaluation des prestations à fournir⁵¹.

C'est pour ainsi dire que contrairement à l'administration classique dont le focus était plus spécifiquement mis sur le respect des procédures et donc dans l'orthodoxie traditionnelle

⁴⁷ NIOCHE, (J.P). De l'évaluation à l'analyse des politiques publiques. In: Revue française de science politique, 32^e année, n°1, 1982. pp. 32-61.

⁴⁸ Conseil Économique et Social des Nations Unies, 2011.

⁴⁹ BARTOLI, (A.). Le Management dans les organisations publiques, Editions Dunod (2eme édition), 2005, p. 371.

⁵⁰ PERRET (B.). « V. L'évaluation, clé d'une nouvelle gouvernance ». L'évaluation des politiques publiques, 2008 pp. 89-102. La Découverte. <https://shs.cairn.info/l-evaluation-des-politiques-publiques--9782707154873-page-89?lang=fr>.

⁵¹ VARONE (F), et BONVIN (J.M.), « Regards croisés sur la nouvelle gestion publique », revue les politiques sociales, 1 & 2, 2004, pp.4-17.

Wébérienne, la nouvelle gestion publique se fonde sur la réalisation effective des résultats, compte tenu des objectifs initialement élaborés. Il s'agit donc de substituer les indicateurs de suivi par les indices de performance accentués plus sur les aptitudes, le mérite et les compétences réelles de l'agent administratif que sur son ancienneté (Cf. au tableau de comparaison ci-dessous d'Amar et Berthier).

Tableau 2 : La comparaison des administrations de types Wébérienne et NPM

Variables/critères	Administration Wébérienne	Administration NPM
Objectifs	Respect des procédures	Atteindre les résultats
Organisation	Centralisée	Décentralisée
Partage des responsabilités	Confus	Clair
Exécution des tâches	Division, spécialisation	Autonomie
Recrutement	Concours	Contrats
Promotion	Avancement à l'ancienneté	Avancement au mérite
Contrôle	Indicateurs de suivi	Indicateurs de performance
Type de budget	Axé sur les moyens	Axé sur les objectifs

Source : Amar et Berthier (2007).

Une telle administration ne peut donc fonctionner de la manière voulue sans des mécanismes pouvant apprécier entre autres l'efficacité et l'efficience des politiques publiques mises en œuvre par les pouvoirs publics. Ainsi, dans ce contexte sénégalais de gestation et d'émergence de la nouvelle gestion publique matérialisée notamment par les directives de l'UEMOA, la promotion d'une culture évaluative des politiques publiques devient logiquement incontournable.

B- L'évaluation comme mécanisme d'amélioration de l'intervention de l'État

Au-delà de ce contexte d'une nouvelle gestion qui aurait marqué l'urgence du recours à la pratique évaluative se trouve l'importance ontologique de cette dernière pour la réussite de l'action de l'État. En effet, une chose est de formuler et d'adopter des plans et programmes de développement mais une autre est de réussir leur mise en œuvre et d'atteindre les objectifs escomptés.

Il est clair que le savoir évaluatif n'a de valeur que s'il affiche son utilité proche, c'est-à-dire renforçateur de la situation présente. Il se présente en effet, pour notre part, comme un savoir d'action, voire de remédiation, rentable politiquement non pas pour comprendre de façon savante

des phénomènes structurels qui risqueraient de confiner le politique à l'impuissance, mais pour prendre des mesures dans une optique pragmatique de « *problem solving* ».

En d'autres termes, faudrait-il le rappeler l'évaluation, dans la pratique, n'est pas destinée à désigner un coupable, mais à déterminer comment l'action collective peut être menée de façon plus efficace ou plus efficiente, et ce, dans une logique d'apprentissage. Il s'agit de ce fait pour les gouvernants de se poser les questions de savoir : qu'est-ce que j'ai fait ou que dois-je faire ? Est-ce que je l'ai bien fait ? Et comment pourrais-je l'améliorer ?

La plupart des pays en difficulté économique comme le Sénégal se sont lancés depuis les indépendances vers des stratégies de développement, à travers des plans et programmes quoiqu'axés sur l'agriculture. Ainsi, avec un taux de croissance du PIB de 2,0% sur la décennie 1960-1970⁵², les autorités publiques ont initié très tôt des politiques de développement. Il y a eu, par exemple, d'abord, entre 1960 et 1994 une série de sept plans de développement, plus connus sous le nom de « *plan quadriennal* », même si encore faut-il le rappeler les années 1970 ont aussi été marquées par les politiques d'ajustements structurels (PAS).

Ensuite, dès 1997, un Plan de Lutte contre la Pauvreté (PLP) est mis en exécution par les gouvernements. Il y a eu ensuite les Documents de Stratégie de Réduction de la Pauvreté (DSRP I et DSRP II) juste après l'alternance politique de l'an 2000. Ce que l'on pourrait appeler la troisième génération de politique de développement au Sénégal est connu sous le nom de Stratégie Nationale de Développement Économique et Social (SNDES) sur la période 2013-2017. Sans oublier le Plan Sénégal Émergent (PSE) et la vision gouvernementale actuelle à travers la Stratégie Nationale de Développement-vision 2050. Bref, un certain nombre d'actions ont été entreprises, allant de la période des indépendances à la troisième alternance de 2024.

L'importance de cette petite incursion historique est qu'elle soulève la question de savoir : la persistance du sous-développement malgré toutes les actions publiques mises en œuvre par les différents régimes depuis 1960 est-elle liée au défaut d'évaluation ? Justement, cette question pose le débat aussi bien de l'impact que de l'efficacité de ces politiques, et justifie par-delà, toute l'importance de l'évaluation des politiques publiques. Nous n'irons pas jusqu'à dire que le défaut ou la non évaluation est la seule raison de l'échec de ces politiques mais il aurait pu être un élément essentiel pour la réussite de ces derniers, et donc du développement.

⁵² Selon le rapport 2016 de la Banque Mondiale.

L'idée est ici de montrer le fait que l'évaluation peut servir de timonier pour un meilleur pilotage des politiques publiques. Ce, parce que l'évaluation, étant pour notre part cette pratique qui se conforme aux exigences de la méthode scientifique tout en prenant de l'indépendance vis à vis de celui qui conduit la politique, a non seulement le rôle d'apprécier objectivement les effets de la politique évaluée en relation avec les objectifs fixés a priori, mais aussi de comprendre les logiques de son fonctionnement. Le souci étant d'aider et d'informer le commanditaire politique sur la meilleure manière de bien conduire la politique évaluée.

En outre, l'autre préoccupation non moins importante de l'évaluation est sa capacité à contribuer pratiquement à l'amélioration de la politique évaluée en éclairant ses différentes parties prenantes sur le sens, les conditions et les conséquences de leurs actions et décisions. Cette dimension de rendre des comptes aux citoyens sur la manière dont une politique a été mise en œuvre par les responsables politiques et sur les résultats qu'elle a permis d'obtenir justifie la nécessité de son amélioration.

Par exemple, En mars 2017, l'État du Sénégal a procédé à une évaluation du programme soldée par la mise en place de la Carte Communautaire de Performance (CCP). L'objectif global de cette évaluation était de « *disposer d'une masse d'informations permettant de développer des mécanismes plus adaptés aux besoins des bénéficiaires et autres acteurs impliqués dans la mise en œuvre du PNBSF* ». ⁵³ Il s'agissait ici de pouvoir Formuler des recommandations pour l'amélioration de l'efficacité du Programme de bourse de sécurité familiale (BSF), mise en œuvre en octobre 2013 par le gouvernement du Sénégal.

Au-delà de ce contexte d'une nouvelle gestion qui aurait marqué l'urgence du recours à la pratique évaluative se trouve l'importance ontologique de cette dernière pour la réussite de l'action de l'État. En effet, une chose est de formuler et d'adopter des plans et programmes de développement mais une autre est de réussir leur mise en œuvre et d'atteindre les objectifs escomptés. L'idée est ici de montrer le fait que l'évaluation puisse servir de timonier pour un meilleur pilotage des politiques publiques. Le souci étant d'aider et d'informer le commanditaire politique sur la meilleure manière de bien conduire la politique évaluée.

En outre, l'autre préoccupation non moins importante de l'évaluation est sa capacité à contribuer pratiquement à l'amélioration de la politique évaluée en éclairant ses différents partis

⁵³ Le consortium Access Finance Gestion/SYSED, auteur du rapport de mars 2017, a été sélectionné pour mener l'exercice de l'évaluation.

prenants sur le sens, les conditions et les conséquences de leurs actions et décisions. Cette dimension de rendre des comptes aux responsables politiques et aux citoyens sur la manière dont une politique a été mise en œuvre et sur les résultats qu'elle a obtenus montre l'ambition sous-jacente de l'améliorer.

Il devient toutefois légitime de soulever la question de savoir : quelles sont les entraves à l'émergence d'une culture d'évaluation des politiques publiques au Sénégal ? Si bien qu'au regard de tous ces enjeux analysés ci-dessus, la pratique de l'évaluation des politiques publiques devrait être monnaie courante au Sénégal comme ailleurs. Cependant, nous pensons, sans prétendre être exhaustif qu'un certain nombre de facteurs bloquent l'émergence d'une culture d'évaluation au Sénégal.

III- MALGRE TOUT..., DE REELLES ENTRAVES A L'EMERGENCE D'UNE CULTURE EVALUATIVE DES POLITIQUES PUBLIQUES AU SENEGAL

Dans « *Être gouverné. Études en l'Honneur de Jean Leca* », Daniel Gaxie et Pascale Laborier affirmaient au chapitre dix que « *l'évaluation des résultats de l'action publique apparaît dans cette perspective quasi officielle comme un réflexe normal de toute mise en œuvre d'un programme d'intervention* »⁵⁴. En effet, ils poursuivent leur réflexion en estimant que « *ces réflexes apparemment naturels ne sont pourtant pas toujours à l'œuvre* »⁵⁵.

N'est-ce pas là un paradoxe de voir une pratique aussi importante et malgré tout, peu adoptée dans le même temps par des États comme le Sénégal ? En d'autres termes, il s'agit de voir les principaux freins à la promotion d'une culture évaluative au Sénégal ? La réponse à cette question ne saurait être exclusivement recherchée dans le volontarisme ou non des pouvoirs publics. Nous tenterons en ce sens d'en énumérer quelques-uns sans prétendre être exhaustive, c'est-à-dire relever le paradoxe de la rareté d'un réflexe naturel⁵⁶ pour reprendre l'expression de Gaxie et de Laborier⁵⁷.

⁵⁴ GAXIE (D.), et LABORIER (P.), *Être gouverné. Études en l'Honneur de Jean Leca*, 2003, pp. 201-224.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ GAXIE, (D.) et LABORIER, (P.) Chapitre 10. Des obstacles à l'évaluation des actions publiques et quelques pistes pour tenter de les surmonter. Dans P. Favre, Y. Schemeil et J. Hayward *Être gouverné. Études en l'honneur de Jean Leca*, Presses de Sciences Po. 2003. pp. 201-224.

⁵⁷ Daniel Gaxie et Pascale Laborier, « Chapitre 10. Des obstacles à l'évaluation des actions publiques et quelques pistes pour tenter de les surmonter », Pages 201 à 224, in, *Être gouverné. Études en l'honneur de Jean Leca*, Sous la direction de Pierre Favre, Yves Schemeil et Jack Hayward, Académique 2003, 368p.

A- Un système académique pas accueillant

L'éducation est un facteur de développement humain en ce sens qu'il est un moyen efficace d'acquisition des connaissances utiles et d'épanouissement dans la société. En effet, contrairement à la mer ou les vagues s'amoncellent et prennent fin à la plage, l'humanité progresse au fur et à mesure que les générations se succèdent. Cette évolution économique, politique, psychologique et sociale, en tant qu'apanage de l'être humain se fonde sur un socle programmatique considérable qu'est l'éducation.

Page | 452

C'est ainsi qu'elle est reconnue comme un droit universel. Dogbé estime, dans ce sens que « *l'éducation constitue l'un des piliers essentiels sur lequel repose toute société* »⁵⁸. Cette affirmation est une parfaite illustration de la pensée d'Emanuel Kant qui soutient : « *l'Homme ne peut devenir Homme que par l'éducation* »⁵⁹. Il est ainsi heureux de dire en effet que toutes les sociétés ont peu ou prou pensé à des mécanismes d'organisation et de perpétuation de la vie à travers l'éducation.

Ainsi, les différentes réflexions sur l'éducation montrent non seulement le caractère important et sine quoi non de celle-ci mais encore le fait qu'elle a toujours suscité des réflexions intenses, et ce, depuis plusieurs années séculaires. Unanimité est ainsi faite sur le fait que l'éducation constitue aujourd'hui l'un des leviers les plus importants pour l'amélioration des conditions économiques, sociales et culturelles d'une nation dans la mesure où elle fournit des ressources humaines qualifiées capables de répondre aux besoins de ce développement tout en promouvant la stabilité des pays.

Partant de ce point de vue, il est tout à fait logique d'affirmer que l'éducation doit répondre aux besoins présents du contexte en suivant une dynamique d'adaptation et de réadaptation. Néanmoins, si cela est vrai, il devient légitime de pointer du doigt les défauts d'adaptation de l'environnement académique sénégalais au contexte de la nouvelle gestion publique tel que nous l'avons développé plus haut.

Ainsi, le premier obstacle clairement identifiable à la promotion d'une culture de l'évaluation est la non satisfaction aussi bien du besoin « *en* » formation que du besoin « *de* »

⁵⁸ Yves-Emmanuel Dogbé, « *La Crise de l'éducation* ». De chez Akpagnon. Broché 186 pages. Paru le 01/01/1979.

⁵⁹ KANT (E.) (1724-1804). *Traité de pédagogie* / Emmanuel. Kant ; (traduction Jules Barni) ; 1803, p.140.

formation des agents et des spécialistes de l'évaluation des politiques publiques. La promotion de la pratique de l'évaluation impliquant à cet effet, un capital humain compétent en la matière.

Par besoin « *en* » formation nous entendons le fait que des individus déjà en situation de travail aient besoin une formation à cause d'un dysfonctionnement, d'un défaut d'adaptation ou d'un changement technologique. Il concerne donc les agents politico-administratifs déjà en fonction mais qui nécessitent un renforcement de capacités voire une formation en matière d'évaluation des politiques publiques. Cela suggère de ce fait l'urgence de développer et de tenir des sessions de formation et/ou de renforcement de capacité des députés et du personnel travaillant au sein des structures qui ont mandat d'évaluer les politiques publiques au Sénégal.

Page | 453

S'agissant du besoin « *de* » formation il faut comprendre la formation de potentiels praticiens à travers des enseignements académiques spécialisés dans le dit domaine. Celle-ci concerne les jeunes voulant se spécialiser en évaluation en vue d'assurer la relève. Il va donc sans dire qu'à l'absence de ressources humaines internes qualifiées dans le domaine de l'évaluation, les chances d'une promotion de la pratique reste minimales.

Encourager une pratique institutionnelle nouvelle passe par bonne formation en suivi/évaluation des projets et programmes publics. Il faudrait donc une bonne analyse des besoins pour déterminer une politique éducative et/ou de formation adéquate aux nouveaux enjeux et aux nouvelles orientations de la SND vision 2050. L'analyse des besoins est de ce fait une démarche d'évaluation, essentielle pour tout système engagé dans un projet d'instauration de nouvelles compétences.

La conséquence logique d'une telle démarche, et qui nous mène vers un autre obstacle est le défaut d'une communauté épistémique. Nous empruntons à Peter M. Haas la définition de la notion de communauté épistémique. Ce dernier le conçoit comme des « *réseaux de professionnels ayant une expertise et une compétence reconnue dans un domaine particulier qui peuvent faire valoir un savoir pertinent sur les politiques publiques du domaine en question* »⁶⁰.

Eu égard à cette acception, il est à croire qu'il y'a certes des individualités au Sénégal, mais il est difficile de parler d'un réseau interconnecté de professionnels et d'experts dans le domaine de l'évaluation des politiques publiques. Cette absence de profils dotés d'une expertise et d'une

⁶⁰ Haas (P.M.), 1992. Epistemic Communities and International Policy Coordination, International Organization, 46/1, 1-35.

compétence avérée, susceptible de former un réseau d'acteurs clés est également l'un des freins à la promotion d'une culture évaluative au Sénégal.

Promouvoir la culture de l'évaluation des politiques publiques au Sénégal nécessite en ce sens une formation ou renforcement de capacité des agents en situation mais aussi et surtout le développement de la recherche qui, elle-même suppose un réajustement ou remodelage du curricula universitaire.

B- Un environnement politico-administratif peu ouvert au changement

L'administration, en tant qu'artisan de la définition des objectifs, de la mise en œuvre et du pilotage des politiques publiques, joue un rôle crucial dans l'évaluation de ces dernières. Déjà pour comparaison, la France, à l'instigation du Premier ministre Michel Rocard, avait lancée depuis 1990 une politique de développement de l'évaluation. Le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 crée « un Comité interministériel de l'évaluation chargé de développer et de coordonner les initiatives gouvernementales en matière d'évaluation des politiques publiques »⁶¹, sans oublier le fait qu'« un Conseil scientifique de l'évaluation chargé de favoriser le développement des méthodes d'évaluation et de définir une déontologie en la matière », où ne siège aucun élu et, enfin, « un Fonds national de développement de l'évaluation »⁶². L'environnement politico-administratif devient ainsi incontournable dans la définition des stratégies et dispositifs d'évaluation.

Le Sénégal, pour sa part, reste foncièrement dépourvu d'un tel dispositif d'évaluation et il va sans dire que cette situation se justifie largement par la faible ouverture du cadre politico-administratif. Justement, le sens donné à l'évaluation est déterminant dans une administration caractérisée par un besoin d'autonomisation des agents⁶³. En effet, le sentiment de remise en cause de la logique du service public, de même que l'orientation vers une approche qui tend à considérer l'État comme un simple prestataire de services peuvent provoquer la réticence des services administratifs et des agents face à la pratique de l'évaluation des politiques publiques. A cela s'ajoute la volonté plus ou moins consciente des autorités politico-administratives de préserver des zones d'opacité dans l'action publique.

⁶¹ GREGOIR, (S.). L'évaluation des politiques publiques : qui et comment ? Économie & prévision, 2014, pp.204-205, 211-224. <https://doi.org/10.3917/ecop.204.0211>.

⁶² Ibidem.

⁶³ LECA (J.), « L'évaluation dans la modernisation de l'État », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 2, juin 1993, pp. 215-216.

Cette opacité étant elle-même perçue comme un facteur d'autonomie par les fonctionnaires et les élus. Ces derniers, étant généralement les commanditaires de l'évaluation, courent le risque de ne pas maîtriser totalement les processus de changement qu'elle est susceptible d'enclencher.

Pour ce qui concerne les fonctionnaires, il est clair que l'évaluation des politiques publiques implique de facto un service ou une administration. Cette situation prête souvent à confusion si bien que les agents publics peuvent ne pas saisir la nuance entre la mesure de performance et l'évaluation des politiques publiques. Le premier pouvant aboutir à la remise en cause de la compétence de l'agent, le second à la réorientation et à l'amélioration de la politique évaluée.

C'est ainsi dire que l'évaluation n'est pas, à priori, destinée à désigner un coupable ni à juger l'incompétence des autorités politico-administratives mais à déterminer la nature opportune d'une politique potentielle (évaluation ex-ante), à renforcer ou à corriger une politique en cours d'implémentation (évaluation in-Itinérís) et à comparer les résultats finaux par rapport aux objectifs initiaux en vue d'une bonne prise de décision (évaluation ex-post).

Évaluer une action publique sera alors le résultat d'un processus permettant la compréhension des phénomènes complexes en vue de les juger sous plusieurs angles pour aider les décideurs publics. Il est ici question d'analyser la causalité parfois complexe des phénomènes en rapport avec leurs effets afin d'imputer les résultats à certains facteurs et non d'engager la responsabilité d'un agent politico-administratif qui aurait failli à sa mission.

La résultante de cette incompréhension aussi bien des citoyens que des gouvernants est la réticence des autorités politico-administratives vis-à-vis de l'évaluation. Parmi toujours ces obstacles figurent le coût et le temps de l'évaluation des politiques publiques. En effet, une évaluation approfondie coûte non seulement cher mais prend également du temps. Idéalement, tel que mentionné ci-haut, une bonne évaluation des politiques publiques se fait en trois niveaux de temporalité bien déterminés :

- a. Avant la mise en œuvre d'une politique, on apprécie *a priori* ses effets attendus et possibles. C'est l'évaluation *ex ante*. On parle également de l'étude d'impact qui vise à voir la cohérence de l'action en phase de formulation et celles déjà mises sur pieds ;
- b. Au moment du déroulement ou au milieu de la durée prévue de la politique, on examine la trajectoire. Ce sont les évaluations à mi-parcours et *in itinere* ; il s'agit ici de voir, en cours d'exécution, l'adéquation entre les réalisations et les objectifs préalablement fixés ; et enfin,

- c. Après mise en œuvre d'une action publique, on mesure ses effets directs et indirects. C'est l'évaluation *ex post* qui peut durer dans certains cas plusieurs années si on veut réellement mesurer les effets indirects.

Ce petit rappel ne fait que montrer à quel point l'évaluation peut se révéler assez lente face aux urgences. En ce sens, l'écart entre le temps de l'évaluation et celui de la politique devient un obstacle à une pratique courante de l'évaluation. Ceci montre comment la question de la temporalité pourrait constituer de frein à la promotion de la culture d'évaluation. Ainsi, la détermination du moment opportun pour évaluer une politique publique, le timing qu'il faudra consacrer et sa bonne articulation avec l'agenda politique sont autant d'éléments à prendre en considération pour promouvoir une culture de l'évaluation au Sénégal.

Dans la réalité, l'agenda politique et le calendrier de l'évaluation ne coïncident pas et les décisions politiques sont prises, parfois, sans attendre la fin de l'évaluation.

L'évaluation se présente également comme une pratique budgétivore. En effet, une évaluation réussit demande des moyens logistiques et surtout financiers laissant croire à une somme assez consistante. En d'autres termes, le déficit budgétaire face au caractère couteux de l'évaluation constitue un frein à ne pas négligé dans l'analyse des obstacles.

C- Un portage juridique plus éloquent qu'efficace

Au Sénégal, un certain nombre de textes de loi encouragent l'évaluation des politiques publiques. En effet, la loi organique n°2011-15 du 08 juillet 2011 relative aux lois de finances, et dont l'entrée en vigueur a été initialement prévue en janvier 2017, vise l'efficacité de l'intervention publique, l'efficience des dépenses publiques et l'amélioration de la qualité du service public rendu aux usagers, à travers la mise en place de budgets programmes, tel que suggéré par les directives de l'UEMOA. Il est important de rappeler que cette loi a été abrogée et remplacée par la Loi organique n°2020-07 du 26 février 2020 relative aux lois de finances). Cette ambition est accompagnée d'une volonté d'évaluer l'action de l'État surtout avec la mise en œuvre des politiques sectorielles.

A cela s'ajoute l'adoption la loi n°2012-22 du 27 décembre 2012 portant Code de Transparence dans la gestion des Finances publiques. Cette loi qui transpose dans l'ordre juridique interne la Directive n° 1/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, consacre non seulement l'implication et l'information complète et régulière des citoyens sur les choix budgétaires, mais encore et surtout

la gestion transparente et économe des ressources de l'État. Ce qui serait difficile en l'absence d'une évaluation des dépenses publiques.

En outre, la loi constitutionnelle n°2016-10- du 05 avril 2016 portant révision de la constitution stipule expressément à son article 59 que « *l'Assemblée représentative de la République porte le nom de l'Assemblée nationale. Elle exerce le pouvoir législatif. Elle vote, seule, la loi, contrôle l'action gouvernementale et évalue les politiques publiques*⁶⁴. »

Page | 457

Toutefois, l'obstacle se situe moins dans l'existence légale du mandat d'évaluation que dans la capacité qu'ont les textes à pouvoir imposer la production d'un rapport d'évaluation. Justement pour dire qu'aucun de ces textes de loi n'impose de manière expresse aux institutions la pratique de l'évaluation ce qui laisse la production d'un rapport annuel d'évaluation à la volonté de ces derniers. Sans oublier les autres structures institutionnelles à l'image de la cour des comptes, du Bureau opérationnel de Suivi (BOS), le Bureau d'organisation et de Méthode (BOM), le Bureau de la Prospective Économique (BPE), l'Inspection générale d'État (IGE), la délégation générale de la Planification des politiques Économiques (DGPPE), etc.

Conclusion

Pour les non-initiés, l'évaluation désigne simplement une opération de mesure alors que la réalité est plus complexe. Dès lors que l'on cherche à mesurer les résultats d'une politique, il faut être capable de repérer, dans la situation que l'on observe, ce qui est imputable à cette politique et ce qui, intrinsèquement, ne l'est pas. En d'autres termes, toute démarche d'évaluation doit être non seulement une mesure, mais une explication d'une réalité tangible. C'est pour ainsi dire que l'évaluation d'une politique publique ne mérite tout à fait ce nom que si elle cherche sérieusement à expliquer quels facteurs ont produits quels effets.

Malgré l'existence, au Sénégal, d'un dispositif institutionnel légal pour la pratique du Suivi-Évaluation depuis la Constitution, en passant par la LOLF de 2020, les lois organiques, la Cour des Comptes et l'IGE, la pratique évaluative reste encore timide. Les acteurs du développement se sont beaucoup plus appropriés le suivi que l'évaluation des politiques et programmes publics. Le suivi de la mise en œuvre du PSE est globalement bien assuré mais presque aucune structure détentrice du mandat d'évaluer les politiques publiques n'a encore mise à la disposition du public un rapport d'évaluation. Il reste, donc, à développer une culture de

l'évaluation en renforçant le processus d'institutionnalisation, par l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique pilotée par un office ou une agence nationale d'évaluation des politiques publiques.

Bref, s'il est vrai que : « *la volonté du peuple tend à remplacer la volonté du roi* »⁶⁵ comme l'affirme Pierre Rosanvallon, alors il faudra, pour y remédier, d'accroître la crédibilité, la légitimité et l'importance de l'évaluation des politiques publiques aux yeux des citoyens tout en rendant l'environnement politico-administratif plus accueillant et moins « testophobe » vis-à-vis de celle-ci.



⁶⁵ ROSANVALLON, (P.), le modèle politique Français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours, Paris, Le seuil, (point poche), 2006.

Enjeu du partenariat public-privé via la bonne gouvernance dans l'assainissement et la préservation des espaces publics à Kisantu

Challenge of public-private partnership through good governance in sanitation and preservation
of public spaces in Kisantu

Page | 459

Par :

VANADIAKU KIKOBIA Aimégrâce

Apprenant en DEA/DES en Science Politique et Administrative de l'Université Kongo
Assistant d'Enseignements deuxième mandat à l'Université des Sciences de l'Information et de
la Communication, «UNISIC».

Résumé :

Aujourd'hui plus que jamais, la problématique de l'assainissement et de la préservation des espaces publics se pose avec acuité au cœur de l'un (villes et communautés durables) des objectifs de développement durable (ODD)¹ à travers le monde. Car suite aux multiples expériences douloureuses autour de crises sanitaires qu'a traversé le monde, dorénavant la propreté et l'hygiène se pointent comme une discipline aussi bien individuelle que collective qui vise à garantir une existence équilibrée et harmonieuse à l'espèce humaine. Ainsi donc, seul le nettoyage et/ou l'assainissement régulier de milieux ambiants permettra sans doute un bon épanouissement au sein d'un environnement où les risques de contamination à des maladies infectieuses sont considérablement réduits. Il était donc nécessaire pour nous d'apporter un regard imbibé de critique scientifique sur la situation actuelle dans la cité de Kisantu afin de préconiser la mise en place d'un programme qui vise à assainir et à préserver les espaces publics contre l'utilisation abusive. Le Partenariat public-privé tel que analysé ici se présente comme un mécanisme qui exige d'être encadré par la bonne gouvernance en tant qu'outil de gestion pour mieux garantir son succès.

Mots clés : Bonne Gouvernance, Partenariat public-privé, Assainissement et Espace public.

¹Il y a au total 17 objectifs de développement durable que chaque pays essaye d'adapter selon ses différents programmes quinquennal. Pour sa part, la RDC a endossé cela en fonction ses réalités dans ce qu'elle a appelé Plan National Stratégique de Développement pour une période allant de 2021-2023, 2023-2028. L'on parle entre autres : des plans provinciaux et locaux de développement. Ainsi, les priorités spécifiques pour la RDC sont la lutte contre la pauvreté et les inégalités ; la sécurité alimentaire ; l'accès à l'éducation et aux soins de santé ; l'emploi des jeunes ; la protection de l'environnement et la gestion des ressources naturelles.

Abstract:

Today, more than ever, the issue of health preservation is at the heart of the sustainable Development Goals (SDGs) worldwide. Following the many painful experiences surrounding health crises across the globe, cleanliness and hygiene have emerged as both an individual and collective discipline aimed at ensuring a balanced and harmonious existence in human spaces. Thus, only regular cleaning and/or sanitation of environments will undoubtedly allow for healthy development in an environment where the risks of contamination with infectious diseases are considerably reduced. It was therefore necessary for us to bring a critical scientific perspective to the current situation in the city of Kisumu in order to recommend the implementation of a program aimed at sanitizing and preserving public spaces from misuse. The public-private partnership as analyzed here presents itself as a mechanism which requires being framed by good governance as a management to better guarantee its success.

Keywords : Good governance, public-private partnership, sanitation and public spaces.

Introduction

« La voirie est un lieu de risques pour la sécurité des usagers, qui engage la responsabilité des maires. Tant au niveau de la circulation que des aménagements, naturels ou artificiels (risques d'éboulement), des mesures doivent être prises pour sécuriser les espaces publics»². L'atteinte d'un tel but présente plusieurs enjeux tant sur le plan général que particulier de chaque citoyen(e), qui vit à Kisantu. Un espace bien assaini favorise la préservation de la santé et l'épanouissement professionnel car pour mieux faire face aux maux comme pollution, réchauffement climatique et etc., il appert que les gouvernants puissent établir un mécanisme permanent et efficace encadré par des outils tels que la Bonne Gouvernance "BG".

Page | 461

Dans la perspective d'une démocratie participative moins grandissante en République Démocratique du Congo et dans le souci d'enraciner le processus de la décentralisation qui sous-tend la prise des décisions de développement de la base vers le sommet, ce mécanisme de lutte contre l'insalubrité à Kisantu peut prendre la forme d'un "projet" ou d'un "programme" qui aura pour nature juridique ; la "gestion mixte".

En termes clairs et nettes, ceci est une plaidoirie pour un partenariat "public-privé" contre l'insalubrité observée à travers les espaces publics de Kisantu. Peu importe sa forme, il s'agira d'une politique publique de toute façon. Car de nos jours, il y a de plus en plus des privées porteuses d'importants projets d'investissement à intérêt public. Le contexte actuelle démontre d'un côté que la démocratie représentative a montré ses limites et de l'autre, il y a aussi le caractère leonné que revêtent nombre de contrats passés entre différentes puissances publiques en défaveur des Etats fragiles comme le nôtre ; d'où il est plus qu'important d'encourager les personnes (physiques que morales) à être porteur d'initiatives louables en vue de se rapprocher davantage de l'appareil qui les gère au quotidien. Pour mieux supporter les effets d'une politique économique reconsidérée au profit des efforts de guerre, la promotion des PPP dans certains domaines de la vie commune peut-être une très bonne alternative en ce qu'il s'appuie généralement sur des valeurs comme : l'appropriation et l'accompagnement du public cible ; l'engagement financier provenant des privés et enfin l'assouplissement des prérogatives exorbitantes de la puissance publique au profit de la réalisation de l'intérêt général.

En un mot, cette démarche se veut aussi améliorer les conditions sociales de la population via la création des nouveaux emplois surtout pour les jeunes de la place tout en jetant les bases

²GYEJACQUOT (J.P), *Aménagement et Equipement des Espaces publics*, France, le Moniteur, 2016, p. 155.

d'un comportement écologique dans le chef des usagers pour ainsi renforcer la confiance et la réciprocité entre les gouvernants et les gouvernés. C'est dans cette optique que cet essai scientifique pose le diagnostic, établit les responsabilités des parties prenantes pour enfin indexer par cette occasion l'efficacité utilisée dans la gouvernance territoriale de la cité de Kisantu. D'où la nécessité de s'attarder avant tout au contexte auquel s'inscrit une telle réflexion.

Depuis plusieurs décennies, les Etats Africains se trouvent confrontés à des crises multiformes ayant pour conséquences majeures le sous-développement et l'appauvrissement des populations. Sauf quelques spécificités propres à chaque contexte, les problèmes de ces pays sont généralement identiques et malheureusement à force d'user de mêmes formules, l'on se retrouve avec les mêmes résultats à tout bout de champ. A titre illustratif, ces maux se traduisent entre autres par l'instabilité institutionnelle causée par de coup d'Etat et guerre à répétition, de changement constitutionnel et irrégularité dans le processus d'alternance pacifique au sommet de l'Etat, l'ingérence politique étrangère, la corruption à outrance, l'incompétence notoire dans le chef de certains animateurs, le taux élevé de chômage, le manque de transparence dans la gestion de la chose publique, etc.

Par ailleurs, il est aussi déploré la prolifération des contrats léonais passés avec les grandes puissances. Et aux yeux de l'élite africaine, cette situation a ouvert la voie à un diagnostic sur la vraie nature de ces contrats bilatéraux et de plus en plus les voix s'élèvent obligeant les dirigeants à changer leur fusil d'épaule en vue de garantir le bien-être de leurs populations respectives. En Afrique noire francophone cette dynamique plutôt prometteuse est plus observée dans les Etats du Sahel dont le Burkina Faso, la Mauritanie, le Mali et Tchad, pour ne citer que cela.

En effet, leur politique commune sur la préservation des intérêts communs se présente comme une nouvelle expérience visant à promouvoir les valeurs locales en donnant au continent africain un nouveau décollage à travers l'amélioration du climat des affaires ; gage d'un partenariat public-privé réussi. Un partenariat public-privé est un accord, un marché qui lie un organisme public (Etat, Province, District, Territoire, Ville, Cité, Secteur) avec un ou plusieurs acteurs privés autour d'un projet, d'une mission d'intérêt général. Autrement dit, c'est un canal qui permet à l'Etat, souvent dépourvu de moyens financiers, d'être en mesure de mobiliser des financements privés, afin de délivrer des services sociaux de base : eau, énergie, infrastructures, logements, santé et éducation voire même de l'emploi.

De ce fait, les Partenariats Publics Privés ‘‘PPP’’ se présentent donc comme des accords qui permettent à l’Etat de collaborer avec des entreprises privées pour financer, construire et gérer des projets d’infrastructure, tout en garantissant un partage des risques et des bénéfices.

Au cours de sa matérialisation, le PPP s’assure de considérer que les responsabilités du secteur public soient provisoirement administrées par le secteur privé, scellées par un accord sur les objectifs communs. Il faut donc retenir que le PPP n’est pas la privatisation des services publics. Car, le secteur public continue à jouer un rôle prépondérant et permanent mais quand même réduit dans une certaine mesure. Il y a toujours un contrat de partenariat qui définit les responsabilités de chaque partie en répartissant précisément les charges ; les risques et les bénéfices. Mais est-il que l’élément principal qui sous-tend cet accord est la confiance mutuelle.

Page | 463

Pour prévenir la fragilisation d’un tel mécanisme, garantir une collaboration saine entre différentes parties prenantes et donc lui permettre de produire les résultats escomptés, il faut absolument faire recours à la ‘‘bonne gouvernance’’. « Gouvernance, selon les institutions de Bretton woods, concerne la bonne gestion de l’Etat, en termes de gestions efficaces des ressources disponibles concourant au bien-être de membres de la société. Cette vision stipule que la bonne gouvernance signifie gestion efficace de l’Etat créant ou encourageant la création de richesse pour tous. Elle concerne l’introduction du management dans la gestion de l’Etat. Ce management consiste dans la sélection des outils de gestion du secteur privé adaptés dans la gestion du secteur public et de celle du pouvoir politique »³.

« Ces outils de gestion dérivés du secteur privé en interrelation intégrée avec les outils propres au secteur public, instaurent la gestion efficace de l’Etat, appelé le ‘‘management public’’. Cette gestion efficace de l’Etat, du pouvoir politique, dans la vision des sciences politiques et administratives, est qualifiée de la ‘‘bonne gouvernance’’. Car, la gouvernance dégage d’autres visions telles celles d’ordonnancer les relations internationales, de mieux gérer l’économie, etc.»⁴.

Mais alors, quel rapport y’a-t-il entre Bonne Gouvernance (BG) et Partenariat Public Privé ? La bonne gouvernance, dans le contexte des Partenariats Publics-privés (PPP) est un ensemble de principes, de mécanismes et des pratiques qui garantissent une gestion de transparence, responsable et efficace des projets impliquant à la fois des acteurs publics et privés. Elle repose sur les valeurs fondamentales telles que la transparence, la responsabilité, la

³ NIEMBA (J.), *Pouvoir Politique en R.D.Congo : Histoire d’idées et Analyses Politiques*, Simon Kimbangu oublié des analyses Politiques, Mbanza-Ngungu, CRSP-UK 2017, p. 103

⁴Idem.

participation de tous et l'équité ; et a pour objectif de s'assurer que les ressources soient utilisées de manière optimale pour l'intérêt public. Elle bannit toutes mauvaises tendances à la mauvaise affectation des ressources et aux détournements.

En RDC, la bonne gouvernance est particulièrement cruciale dans le cadre des PPP ; car, elle permet d'assurer la confiance des investisseurs privés tout en répondant aux besoins du secteur public, notamment en matière d'infrastructures et des services publics. Sa qualité d'indispensable est due au fait qu'elle permet d'éviter les dérives telles que la corruption, les détournements de fonds, ou les incohérences dans la gestion des projets. Elle s'appuie sur des structures institutionnelles solides, une transparence accrue dans la prise de décisions et une implication active des parties prenantes à chaque étape du projet.

Dans le cas sous examen concernant la cité de Kisantu, elle se veut être le fer de lance qui insuffle l'initiative visant l'assainissement et la préservation de l'environnement. Assainissement compris ici comme le processus de maintien des lieux exemptés de saleté, d'infections, de maladie, etc. en éliminant les déchets, les détritrus et les ordures sans toutefois oublié le nettoyage régulier des avenues et autres artères à intérêt communautaire.

On peut dire aussi que l'assainissement est le fait d'être particulièrement attentif à son hygiène personnelle. Dès lors, il a pour but de protéger la santé et la salubrité publique ainsi que l'environnement contre les risques liés aux rejets des eaux usées, notamment domestiques. Celui-ci peut être collectif ou non ; tout dépend de la concentration de l'habitat et des constructions.

Les enjeux autour d'une telle démarche démontrent clairement que la tâche ne se limite pas là, car l'exercice le plus difficile de cette approche reste la préservation de cet environnement à l'état souhaité et recommandé par les normes internationales en la matière.

La préservation renvoie à l'action ou au processus qui consiste à maintenir quelque chose de précieux en vie, intact ou à l'abri du dommage et/ou de la détérioration. A ce niveau, il convient avant tout de s'attarder sur la nuance qu'il y a à faire entre 'préservation' et 'conservation'. Il appert de noter que la conservation est généralement associée à la protection des ressources naturelles, tandis que la préservation est associée à la protection des bâtiments, des objets et des paysages et espaces publics. En grosso modo, la conservation vise l'utilisation appropriée de la nature, tandis que la préservation vise la protection de la nature contre toute utilisation abusive.

Dans le contexte économique et socio-culturel de la cité de Kisantu, cet idéal recherché se doit *ipso facto* faire face aux enjeux énormes ; lesquels enjeux nécessitent d'être décrypté avec un plus grand soin en vue d'expérimenter le bien-être issu d'une démarche écologique cohérente.

En ce XXI^e siècle, les notions relatives à la Bonne Gouvernance, au Partenariat Public-Privé et à l'Assainissement sont parmi des sujets d'actualité qui font couler beaucoup d'encre au sein de la communauté savante à travers le monde. Ce qui fait qu'avant nous, bon nombre d'auteurs, d'écoles et d'institutions ont émis des réflexions autour de ces différentes notions. Et sans la prétention d'avoir effectué une patrouille complète autour de ces questions, avons-nous retenu certaines réflexions pour nous situer à un niveau donné par rapport à l'évolution du débat.

En effet, de par leur nature, les PPP se présentent comme un mécanisme standard qui s'applique à n'importe quel domaine de la vie nationale ; surtout lorsqu'il s'agit d'Etat à faible puissance économique ; et quant à leur bien fondé, le Directeur Exécutif d'ONU-Habitat souligne avec force cette considération dans son rapport de 2014 relatif au dialogue sur l'économie urbaine dans le monde. Celui-ci souligne que : «les partenariats public-privé offrent de bonnes occasions de réduire les coûts globaux des projets. Toutefois, par rapport aux marchés publics traditionnels, le processus complet de Partenariat public-privé se traduit par des coûts additionnels dont l'insuffisance de maîtrise, peut éroder certains des avantages économiques de ce modèle».⁵

Face à cette nouvelle expérience dans la conduite des affaires publiques, l'Afrique n'est pas en reste telle que le démontre plusieurs exemples. «L'observation de l'implication des politiques publiques dans les Etats d'Afrique noire francophone démontre avec acuité la priorisation du procédé des partenariats public-privé. C'est ainsi qu'entre 2009 et 2017, neuf contrats de ce genre ont été signés par l'administration camerounaise. Il s'agit notamment de la construction du marché Congo à Douala entre la communauté urbaine de Douala et SICC CONGO MANAGEMENT pour un coût de 7400 millions de FCA ; le transport urbain de masse dans la ville de Yaoundé entre l'Etat du Cameroun, la communauté urbaine de Yaoundé et le groupement EXIMTRANS AFRIQUE SARL/IRMAOS MOTA pour un cout de 220.000 millions de FCFA ; [...] élevé à un montant de 105900 millions FCFA»⁶.

⁵ Rapport de l'ONU-Habitat sur : « Les Partenariat public-privé dans le logement et le développement urbain », 2014, p. 47.

⁶ CARPA, Rapport annuel 2017, pp. 14-170, cité par GUESSELE (L.P), « Partenariats public-privé et Développement dans les Etats d'Afrique Noire Francophone », *Revue Africain et Malgache de Recherches Scientifiques*, n°01, 2021, p. 05.

Parce qu'il s'agit d'un partenariat, c'est-à-dire une association impliquant l'Etat et l'entreprise privée, les formules contractuelles composant cet instrument de collaboration reposent sur la logique du « gagnant-gagnant »⁷.

Dans ce même cadre d'idées, un peu plus loin, MAZOUZ (B.) ajoute que : « face à ces évolutions, les réponses pertinentes doivent être élaborées localement. Tout d'abord la collectivité doit maîtriser la connaissance de l'existant. La modélisation du système d'assainissement et de ses impacts peut maintenant se faire sur des supports informatiques,... Mais cette modélisation n'est rien si elle ne s'appuie pas sur des mesures in situ qui nécessitent elles aussi la mise en œuvre d'appareils qui doivent être adaptés à chaque besoin particulier. La modélisation du système, réalisée à l'occasion d'une étude diagnostic, doit être maintenue et enrichie de tout ce qui jalonne la "vie" des équipements, et leur fonctionnement. Le "diagnostic permanent", alimenté par tous les résultats de l'auto-surveillance, et toutes les observations de l'exploitant »⁸.

Page | 466

« Les services d'assainissement devraient être fournis et gérés dans le cadre d'un dispositif de prestation de services au niveau local pour accroître leur efficacité et leur impact sanitaire. C'est-à-dire, les services d'assainissement devraient être inclus dans les processus de planification locaux (pour ce qui est de l'utilisation des terres, l'approvisionnement en eau et le drainage, les transports et les communications, et la gestion des déchets solides) afin d'éviter l'augmentation des coûts et la complexité de la modernisation des services et infrastructures et d'assainissement là où l'espace est insuffisant et où l'assainissement est en conflit avec d'autres services et infrastructures locaux.(1)

« L'efficacité peut également être plus grande pendant la construction en travaillant sur plusieurs services en même temps, en veillant à ce que tout développement, comme la construction de routes, soit considéré comme une opportunité d'étendre la couverture des services d'assainissement, par exemple en construisant simultanément des égouts et des canalisations. L'efficacité peut également être améliorée par une prise en compte intégrée de l'eau, des eaux pluviales et des eaux usées à des échelles appropriées, en particulier dans les zones urbaines ».⁹(2)

Il est évident que l'assainissement est un processus complexe qui nécessite la conjugaison des efforts des uns et des autres afin d'aboutir aux résultats escomptés surtout lorsque l'expérience

⁷ MAZOUZ (B.), «les aspects pratiques des partenariats public-privé. De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP », *RFAP*, n°130, 2009, p. 217. Cité par GUESSELE (L.P), *Op. cit.*, p. 18.

⁸ *Idem*, p. 07

⁹ Organisation Mondiale de la Santé, *Lignes directrices relatives à l'Assainissement et à la santé*, Genève, édition originale anglaise, 2019, p. 16.

veut être nouvellement tentée sur un espace géographique. Certains Etats du monde l'ont expérimenté et les résultats étaient plus que satisfaisants¹⁰.

C'est dans cette logique que s'inscrit Barbara Prost, qui ponctue que : « le niveau d'implication des usagers consiste à obtenir d'eux qu'ils ne salissent pas. Des campagnes régulières les y incitent depuis les années 1950 : des flashs sont diffusés dans les cinémas, des affiches collées dans les écoles, les bibliothèques, etc. (1)

Déjà présente dans un slogan de 1979 "une ville propre, c'est l'affaire de tous", la recherche de la participation des usagers va croissante et se retrouve dans le slogan "propreté de Paris, merci de nous aider", en 1989, et dans mon quartier propre, j'y participe", (2)

La mairie a besoin de l'aide des usagers, notamment pour les collectes sélectives, [...], Des mesures interviennent également à [...] pour faire participer les utilisateurs, en premier lieu d'aider le sous-traitant à les enlever plus vite. (3)

Demander la participation des usagers vise aussi à optimiser les dépenses. Dans les années 1980, dans un contexte de décentralisation qui voit leurs compétences augmenter, les collectivités financières qui les conduisent à une gestion davantage "managériale" des services urbains. Elle passe par exemple par une production de services urbains [...] plus flexibles, donc mieux adaptés aux demandes », orientation que l'on voit à l'œuvre à la mairie de Paris. C'est aussi pourquoi on demande aux usagers de "mettre la main à la pâte" et d'être plus conscients des dépenses. C'est désormais du civisme de chacun que dépendront les progrès les plus significatifs¹¹. (4)

C'est dans cette logique que s'inscrit notre démarche qui vise à n'épargner aucune catégorie tant dans la responsabilité d'un environnement détérioré observé à kisantu ainsi que dans le processus visant à améliorer les conditions de propreté de ladite cité en vue de prévenir la bonne santé des usagers. Et au lieu de généraliser du coup les opérations, notre démarche se consacre bien en ce que nous voudrions que cela parte d'un point "X" à un point "Y" pour faciliter le test du niveau de satisfaction via un suivi et évaluation qui seront faits selon les exigences internationales en la matière.

¹⁰ Quelques villes propres à travers le monde Copenhague, Singapour, Calgary, Helsinki, Auckland, etc.

¹¹ BARBARA (P.), «Une Ville propre, c'est l'affaire de tous : Pratiques et sens du propre dans les espaces parisiens», *Revue Sens-Dessous*, n°13, en ligne sur <https://doi.org/10.3917/Sdes.013.0003>, 2014.

Notre plus grand souci demeure celui de voir s'établir, à l'instar de la ville Province de Kinshasa où l'on parle tantôt de '*Kin bopeto*¹²' plutôt de '*Kinshasa ezo bonga*', un programme ou projet spécifique d'assainissement qui tient compte du contexte du milieu c'est-à-dire, du mode de vie et de la particularité culturelle, sociologique et urbanistique. La réussite de cette expérience ne sera possible que si et seulement si l'on respectait la logique de la maxime qui voudrait que : "à six cents mètres en sous de l'océan, on laisse faire l'expert".¹³

La problématique traitée dans la présente étude porte sur "enjeu du partenariat public-privé via la bonne gouvernance dans l'assainissement et la préservation des espaces publics à Kisantu.

Etant donné que toute étude sur l'environnement est avant tout géographique, alors il sied de noter que Kisantu (Inkisi) est une ville de la république démocratique du Congo, située à quelque 120 kilomètres de Kinshasa. Classée parmi les plus importantes entités de la Province du Kongo Central, la ville de Kisantu forme une vaste agglomération rassemblant Kisantu, Inkisi, Nkandu et Kintany, quatre cités contiguës de la Province du Congo Central située au croisement de la rivière Inkisi, des routes Kinshasa-Matadi et Kinshasa-Luanda (Angola).

En effet, l'homme est appelé à transformer son milieu naturel et pour y parvenir, il doit être habité par le désir ardent d'évoluer pour quitter d'un stade à un autre. C'est ainsi qu'au cours de son évolution, différentes étapes sont à joindre pour faire son existence ; il a opté pour un mode vie sédentaire. L'aspect grégaire a par la suite conduit les humains à s'organiser en communautés pour mieux s'établir dans différents milieux à travers la planète terre. Du coup, il s'est posé le sérieux problème de lutte contre toute forme de menace pouvant nuire à la santé et à la vie humaine (intempéries, les maladies, catastrophes naturelles, etc.) ; à cette liste peut aussi s'ajouter non seulement le problème de la définition des limites de la vie privée mais aussi celui de se rencontrer et/ou se regrouper dans un espace commun en vue de partager les souvenirs et célébrer des événements qui renforcent les liens et le vivre ensemble. D'où est venue à notre humble avis, la brillante idée d'initier une discipline urbanistique pour tout espace à perte de vue qui s'est veut devenir une ville ou cité habitable.

Sous d'autres cieux, cette « urbanité » s'est fait appuyer par une architecture adaptée pour produire un aménagement exceptionnel du territoire dans lequel les eaux sont très bien canalisées

¹² '*Kin bopeto*' signifie "Kin propre" qui est un programme d'assainissement initié par l'ancien Gouverneur de la ville de Kinshasa, Gentiny NGOBILA MBAKA.

¹³ Cette maxime est le fruit de notre propre conception. Il sous-tend l'idée selon laquelle il est plus qu'important de mettre à un accent particulier sur la méritocratie.

et les déchets produits sont gérés de manière la plus orthodoxe possible. Puissions-nous évoquer à titre illustratif les cités comme : Copenhague, Singapour, Calgary, Helsinki, Auckland, mais lorsqu'on arrive dans certaines cités de la RDC, la réalité fait pitié et laisse à désirer jusqu'au point de susciter des interrogations autour de l'efficacité managériale appliquée dans la gouvernance territoriale des coins et recoins du pays. Sans état d'âme, avons-nous isolé la cité de Kisantu dans la Province du Kongo Central où le constat fait notamment dans le domaine de l'environnement démontre une insalubrité grandissante hors du commun. Or, si l'on s'appuie sur la notion de la puissance publique par rapport aux missions qui lui sont dévolues en cette matière, l'on sera tenté de desceller des failles dans la gestion quotidienne de cette cité pourtant cosmopolite et incontournable du point de vue de l'histoire politique de notre pays. Elle qui hier accueillait des touristes venus de tous bords, Kisantu semble être délaissée aujourd'hui face aux problèmes d'urbanité, de manque de canalisation des eaux usées ou celles de la pluie, le manque des poubelles publiques, manque d'endroit approprié pour déverser les déchets, l'auto-installation des poubelles,... pour ne citer que cela. Conséquence, la cité est devenue trop sale et les hommes trouvent normal de cohabiter avec l'insalubrité grandissante car inconscients du danger qui les guette.

Problème d'urbanité, problème de canalisation et autres, cette désolation s'observe bien à travers différentes places publiques dont pour l'essentiel nous évoquerons : le marché de *kimbala* où le déficit d'évacuation des déchets favorise la formation des poubelles qui s'érigent en montagnes sur des espaces qui pourraient bien servir d'étalages aux vendeurs ; l'intérieur du stade de football situé à *nfuki* où la population s'est passée de la mission première d'un air de jeu et l'on remarque des déchets non-biodégradables en forme des montagnes puant derrière le poteau du gardien de but mettant ainsi la santé des sportifs et supporters en danger ; l'avenue du palmier située entre l'Université Kongo et la route nationale n°1, se trouve dans un état de délabrement très avancé causé notamment par le non achèvement des travaux de construction d'un caniveau causant ainsi le stationnement des eaux domestiques et celles de la pluie ; le célèbre avenue dénommé capot bleu où le triangle s'est transformé en une poubelle publique au détriment de la beauté naturelle que dégagait l'endroit dans le passé. A ce tableau sombre s'ajoute la multiplication des poubelles pillant qui se sont auto-installées sous le regard impuissant des autorités et de la population.

Cette épineuse problématique se résume en questions suivantes :

- A qui incombe la responsabilité de l'insalubrité dans la cité de Kisantu ?

- Comment faire restreindre la montée de cette insalubrité qui se vit à travers les espaces publics ?

L'insertion de l' «enjeu du partenariat public-privé via la bonne gouvernance dans l'assainissement et la préservation des espaces publics à Kisantu», comme sujet nous conduit à supposer que :

Page | 470

- L'insalubrité observée dans la cité de Kisantu est une responsabilité partagée entre les différents acteurs (l'Etat, les opérateurs économiques, la population, etc.) qui interagissent dans cette agglomération ;
- Si le pouvoir public mettait en place un mécanisme d'assainissement régulier, cela permettrait de ralentir la montée en puissance de l'insalubrité dans la cité de Kisantu. Concrètement il faut établir un programme communautaire spécial qui aura comme principale mission la préservation (prévention) des espaces publics de la cité vis-à-vis de l'utilisation abusive observée. Du fait de son communautarisme, ce projet aura entre autres pour particularité le mixage de toutes les couches sociales et usagers que compte ladite cité. Ce n'est qu'à ces conditions que Kisantu pourra de nouveau rayonner par sa beauté.

En plus de quelques points contenus déjà dans cette introduction, il sied de noter que l'intérêt de cet essai se résume en deux points. Du point de vue scientifique, il facilite la compréhension de quelques enjeux à considérés dans l'amélioration écologique des sociétés; les implications des découvertes contenues dans cette minute faciliteront les recherches futures. Par ailleurs, d'un point de vue sociétal, son originalité appelle à un plaidoyer pour la mise en place d'un mécanisme (programme) d'assainissement et préservation des espaces public.

Tout travail scientifique sérieux nécessite l'usage adéquat des méthodes et techniques adaptées dans le domaine de cette étude. C'est ce qui convient d'entendre par la scientificité des données et/ou résultats présentés dans une discipline. «Les méthodes en sciences politiques sont aussi nombreuses que divergentes. Elles sont soit successives dans le temps, soit élaborées de façon concomitante»¹⁴.

Ainsi, nous avons adopté pour la méthode systémique à travers l'approche structuro-fonctionnaliste qui nous a permis d'identifier les sous-systèmes au travers desquels on entrevoit

¹⁴MAYUNGA (D.) et MILUNDA(P.), «De la concomitante entre l'exploitation des ressources naturelles et violences ethniques à l'Est de la RDC », *REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE*, n°6, 2024, p. 402.

les différentes structures sociales dont est constituée la cité de Kisantu dans le Territoire de Madimba, c'est-à-dire leur répartition ainsi que les rôles joués par ces organes.

En d'autres termes, l'approche structuro-fonctionnaliste nous a permis de réfléchir sur les différents paramètres du phénomène sous-étude et en corrélation avec ce qui serait convenu de qualifier de PPP, BG dans l'assainissement et la préservation de l'environnemental à Kisantu. Page | 471

«Le Systémisme est une approche parmi les plus utilisées en sciences sociales dans la compréhension des faits sociaux qu'ils soient de nature sociologique, géopolitique, économique, ou politique (de la gouvernance territoriale). (1)

En effet, la saisie de l'approche systémique passe nécessairement par celle de sa nature réelle à savoir qu'un cadre social intègre ses composantes et en même temps se systématise, forme une totalité. Elle considère tout phénomène mis à l'étude comme une totalité et donc comme un système »(2)¹⁵.

Selon MULUMA MUNANGA : « Le mot système prend le sens d'un ensemble de moyens ou des ressources au service d'un objectif. En effet, les éléments comme les acteurs sociaux, les institutions, les valeurs, les normes peuvent constituer les moyens pour atteindre les objectifs d'une politique, tandis qu'à d'autres moments, au contraire, ils peuvent agir à l'encontre de ces objectifs. Il faudra noter que le système est un ensemble d'éléments qui sont interdépendants les uns des autres. La non-prise en compte de l'un de ces éléments crée un dysfonctionnement de l'ensemble du système et par conséquent, porte atteinte à son bon fonctionnement »¹⁶.

Ainsi présentée, cette méthode s'est vue appuyée par deux techniques. A savoir : la technique documentaire et la technique d'observation directe. La technique documentaire nous a conduits à fréquenter les bibliothèques en vue de consulter les différentes documentations qui traitent sur les sujets similaires à la présente étude. Tandis que la technique d'observation directe nous a été très cruciale pour compléter les données recueillies, et nous a aussi permis de comprendre le contexte, et donc expliquer les résultats par rapport aux réalités observées sur terrain.

¹⁵KANYINDA T. P., cité par VANADIAKU KIKOBIA (A.), *Exécutif Provincial, Politique publique et Bonne Gouvernance dans la Province du Kongo Central*, mémoire, Université Kongo, L2 SPARI, 2021, p. 48

¹⁶MULUMA (M.), *Méthode de Recherche en Sciences sociales*, cours, Université de Kinshasa, G2 Sciences Sociales, 2015, p. 14.

Le cheminement de cette réflexion souligne le fait qu'il s'agira avant tout de s'attarder sur les analyses des statistiques des PPP (I), faire un bref aperçu sur la notion de l'espace public (II).

I- ANALYSES DES STATISTIQUES DES PPP

Pour brosser de façon ramassée le tableau sur les statistiques des PPP, une logique aussi simple que rigoureuse se doit d'être suivie. Il sera donc question de faire des analyses de ces statistiques sur le plan continental (A), ensuite, contextualisées les mêmes analyses des PPP dans le cadre de la République Démocratique du Congo (B).

Page | 472

A- Analyses des statistiques des PPP en Afrique

Les statistiques des PPP en Afrique révèlent une dynamique croissante dans l'implication du secteur privé dans le financement des infrastructures. Selon le rapport de la Banque Mondiale de 2020, l'Afrique a enregistré plus de 200 projets PPP en 2019, représentant un investissement total de 16,5 millions de dollars. Les secteurs les plus représentés sont l'énergie, les transports et l'eau. Cependant, les données montrent également des inégalités importantes dans la répartition des projets ; 70% des investissements sont concentrés dans seulement cinq pays, à savoir l'Afrique du Sud, l'Egypte, le Maroc, le Kenya et le Nigéria.

Ce phénomène met en lumière le lien crucial entre la bonne gouvernance et l'attractivité des PPP.

En effet, les pays qui affichent un cadre institutionnel solide, une transparence dans la gestion des ressources, et une politique de lutte contre la corruption sont ceux qui réussissent à attirer des investisseurs privés. Ainsi, la bonne gouvernance s'avère être un levier indispensable pour maximiser les bénéfices des PPP, en assurant non seulement l'efficacité des projets mais aussi leur viabilité à long terme.

B- Analyse des statistiques des ppp en république démocratique du Congo

En RDC, les PPP en sont encore à leurs balbutiements. D'après les données du gouvernement, bien que le pays ait développé des projets dans des secteurs comme l'énergie, les infrastructures routières et l'agriculture, la plupart des projets en cours ou achevés sont soit de petite envergure, soit confrontés à des retards de mise en œuvre.

«En 2023, la RDC n'a enregistré que 5 projets PPP d'envergure, principalement concentrés dans le secteur de l'électricité et des infrastructures routières notamment :

- Complexe sidérurgique de Maluku (Gouvernement et Société américaine Global ICETEM) ;
- Société des Péages au Congo “SOPECO” (Gouvernement et GREC7 tronçon Kinshasa-Matadi) ;
- Hôtel Grand KARAVIA à Lubumbashi (Gouvernement et Société anglaise LONRORO) ;
- Fleuve Congo Hôtel (Gouvernement avec une firme chinoise HOIMOR) ;
- Hôpital du Cinquantenaire (Gouvernement et Société indienne PADIYATH) ;
- CGR/GREC7 Firme Chinoise Péage tronçon Lubumbashi-Kasumbalesa ;
- SOPECO GREC7 Firme chinoise tronçon Lubumbashi-Likasi-Kolwezi »¹⁷.

Cette situation met en évidence les défis que la RDC doit révéler pour accélérer la mise en place des PPP et renforcer leur impact. Les enjeux pour l’avenir incluent l’amélioration du cadre législatif et réglementaire, l’instauration d’un climat de confiance avec les investisseurs privés, et surtout la mise en place d’une véritable gouvernance efficace à chaque étape des projets.

Dans cette optique, la création de l’UCC-PPP (Unité de Conseil et de Coordination des PPP) en 2018 est un premier pas significatif, mais il est impératif de renforcer cette structure, notamment par des formations et des renforcements de capacités pour mieux gérer les PPP dans un contexte où la transparence et la lutte contre la corruption sont primordiales.

La réussite des PPP nécessite une approche pragmatique qui dépasse les simples considérations juridiques et politiques.

En effet, au-delà de la mise en place d’un cadre législatif solide, il est crucial d’adopter une stratégie axée sur la réalité des besoins du pays, la capacité des acteurs publics et privés à coopérer et l’identification des projets les plus pertinents. Une telle approche doit intégrer la prise en compte des capacités institutionnelles locales, le respect des normes environnementales et sociales, et la

¹⁷Extrait tiré de l’exposé du Patriarche MBATSHI BATSHIA, lors d’une Conférence-débat organisée par l’Université Kongo en collaboration avec la Fondation Dynamique d’Excellents, au tour de thème : « *Apport du Partenariat Public-Privé dans l’assainissement écologique et Environnementale à Kisantu* ». Cette activité a connu la participation de plusieurs catégories de la population (Autorités politico-administratives, Scientifiques, Leaders d’opinion, Etudiants et Elèves) venus de différentes villes et cités de la Province du Kongo Central ainsi que de la Capitale Congolaise. Elle s’est tenue le 07 mars 2025, dans la salle IGB INFOMAV, située à la gare de Kisantu/Kongo Central. Simon MBATSHI BATSHIA est : ancien Gouverneur du KC ; plusieurs Ministre et mandataire des entreprises publiques, et Député National. Il a été décoré Docteur Honoris Causa par la Faculté des SSPA de l’Université Kongo en 24.

volonté d'établir des partenariats équilibrés. Ce que nous pouvons qualifier d'un engagement permanent dans l'amélioration du climat des affaires.

Les pays africains, dont la RDC, doivent aussi s'inspirer de bonnes pratiques observées ailleurs, où des PPP ont permis de moderniser des infrastructures sans compromettre les intérêts publics mais au contraire ; en apportant un vent nouveau dans l'élan déjà initié en la matière. L'approche pragmatique repose donc sur une évaluation réaliste des projets à lancer, une transparence totale dans la gestion des contrats, et une volonté de s'adapter aux défis spécifiques propres à chaque contexte national.

Page | 474

L'un des exemples significatifs de PPP réussi en Afrique est le projet de transport urbain de Dakar (Sénégal), où une coopération entre le gouvernement et des entreprises privées a permis de moderniser le réseau de transport public tout en améliorant la qualité de service pour les habitants. Un autre exemple probant est le projet d'infrastructure énergétique au Ghana, où le gouvernement a réussi à mobiliser des financements privés tout en garantissant la rentabilité des investissements grâce à un cadre de régulation clair et une bonne gestion des ressources.

II- BREF APERÇU SUR LA NOTION DE L'ESPACE PUBLIC

Dans la perpétuelle lutte pour sa survie, l'homme est notamment à la recherche d'un cadre idéal pour son vécu quotidien. Or cette quête fatidique fait face à plusieurs défis qu'il faut nécessairement prendre en compte avant d'atteindre les résultats escomptés. Ici, il sera plus mis en exergue le besoin d'évoluer au sein d'un environnement qui répond aux conditions existentielles du monde moderne en l'occurrence la ville à travers ses espaces publics.

L'urbanisme contemporain, scindé entre des tendances divergentes dans un domaine comme dans un autre, fait pourtant de l'espace public le fer de lance au projet urbain. Parce que la ville comme entité sociale et politique ne peut exister sans lieux de rencontre ou d'expression d'une identité collective et d'une mémoire partagée. La diversité sociale ne peut être vécue sans la possibilité de la rencontre. L'espace public est un lieu qui rend possible la mixité et l'urbanité. Les enjeux liés à l'espace public sont donc multiples et contradictoires. Ils ont trait aux limites qui suscitent les conflits entre intérêts et groupes sociaux différents, et à l'enjeu majeur de toute politique d'urbanisme.

Par définition, nous disons que ce concept représente dans une société urbaine (Kisantu), l'ensemble des espaces de passage et de rassemblement qui sont à l'usage de tous. Il appartient

soit à l'Etat (domaine public), soit à une entité juridique et morale de droit ou exceptionnellement, au domaine privé.

Quant à lui, Pierre Birn Boum souligne que : « l'espace public (ou sphère publique, les deux appellations étant considérées ici comme équivalentes) doit s'entendre d'abord de façon descriptive comme l'arène d'expression ou des engagements collectifs et des allégeances, le lieu où se nouent les interactions de ces variables avec les pratiques et discours de pouvoir »¹⁸. Cette conception de l'espace public renvoie plus à son utilisation par le pouvoir public en tant que cadre qui permet à ce que le pouvoir puisse entrer en contact direct avec le peuple, à un parti politique de manifester, communiquer avec ses membres ; voire les groupements associatifs d'exercer leurs droits dans un Etat à la démocratie libérale.

La définition juridique ou partagée de l'espace public a beaucoup évolué dans l'espace et dans le temps, et continue d'évoluer, dont probablement au niveau européen¹⁹. Comment se caractérise un espace public ?

Première tentative avec Jean-Pierre Gyéjacquot qui préconise trois aspects pour cette caractéristique et souligne que : « la collectivité doit faire le choix d'aménager ses espaces publics selon un enjeu économique, environnemental et social. Pour cela il est nécessaire d'élaborer une stratégie où efficacité, efficience et équité sont les maîtres mots. Cette démarche doit permettre de mieux gérer les changements d'habitude, d'adapter les équipements et d'optimiser les actions.

- ***Volet économique***

Le réaménagement des espaces publics dans un programme visant à promouvoir le développement durable ne doit pas être considéré comme un coût mais comme un investissement, qui doit déboucher sur : Une réduction des coûts de fonctionnement et une baisse de la consommation des ressources.

- ***Volet social***

L'intégration des clauses sociales dans les marchés de travaux dans le cadre des opérations de rénovation urbaine a donné de bons résultats en termes de retour à l'emploi pour des personnes sans qualification et déconnectées du monde du travail. Le fait d'être acteur dans son quartier,

¹⁸ PIERRE (B.) et al., *l'Espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, François Foret, 2007, p. 11.

¹⁹ Colloque Internationale, *Espace public européen : histoire et méthodologie européenne* *public space : history and methodology* en ligne sur fr.m.wikipedia.org, Paris, 2014.

(territoire ou cité), dans sa ville, permet de donner fierté et dignité à des personnes en perte de repères.

- **Volet environnemental**

Les projets des espaces publics doivent positionner le végétal comme élément essentiel de la réflexion, en faisant appel à un paysagiste, car il est bénéfique à tous points de vue : l'on apporte santé, bien-être et lien social»²⁰.

Deuxième tentative selon une conception que nous épousons carrément, l'on reconnaît un espace public en ce qu'il «est accessible à tous et toutes, un espace appartenant à la collectivité, ou un espace dont l'usage est géré collectivement par une communauté. Il s'oppose à l'espace privé, qui est la propriété d'un individu ou d'un groupe susceptible d'en restreindre l'accès»²¹. En un mot, un espace public réussi est facile d'accès et de circulation ; il est visible aussi bien de loin que de près. (Avenue, quartier, marché, espace vert, rond-point, triangle, air de jeu, etc.).

Au nom de la liberté de circulation par exemple, se rendre d'un point à un autre dans des conditions optimales de confort et de prévisibilité constitue, en effet, un idéal sur lequel se fonde les aménagements de lieux communs. Si l'on peut évoquer la voirie pour illustrer cela, la réponse à cet idéal passe trop souvent par la mise à l'écart de toutes les autres dimensions de la rue et en fait justement d'un espace public, contributeur indispensable de l'ambiance urbaine, de l'attractivité de l'identité collective et finalement de l'urbanité. Il faut donc l'admettre que chaque espace public est rattaché à une mémoire collective (histoire) et renforce le sentiment de vivre ensemble mais à condition de garantir une très bonne santé publique. Dans ce contexte, telle que nous le développerons dans l'axe cinq (5) de cette seconde partie, la santé devient un levier de la cohésion sociale.

Cependant, dans des pays du tiers monde, il s'observe la fragilisation déplorable de l'expression démocratique sous toutes ses formes et la notion de l'espace public apparaît comme une réalité menacée de toutes parts. En raison de leur dimension, du taux élevé de trafic et autres activités vivrières qu'ils accueillent au quotidien, les espaces publics semblent difficiles à maintenir sains surtout dans les pays à faible expérience dans le domaine du management public. Dans ces conditions, la conséquence directe ne peut être autre chose que l'insalubrité qui se traduit par la multiplication des déchets pour la plus part non biodégradables, l'auto installation des

²⁰ GYEJACQUOT (J.P), *Op. cit.*, p. 281

²¹ Caractéristique d'un espace public en ligne sur <https://geoconfluences.ens-lyon.fr>, 2022

immondices, les odeurs nauséabondes, la pollution de l'air censée être frais pour assurer une bonne respiration à grande échelle.

Il n'est donc pas étonnant que des questionnements tels que la santé publique, la sécurité hygiénique ou encore les pollutions artisanales et industrielles aient trouvé un écho dans l'opinion publique éclairée. Celle-ci s'efforce de faire obstacle aux effets néfastes des activités de production de bruit sonore, fumées, risques divers considérés comme contraire aux codes de l'urbanité moderne et bien d'autres facteurs qui consacrent l'insalubrité d'une zone commune à une autre. C'est qui se pointe comme fruit de notre propre négligence.

Mais c'est quoi l'insalubrité ? Dans le contexte actuel, par insalubrité, il sied d'entendre le manque d'hygiène. Autrement dit, «un caractère, état de ce qui n'est pas salubre, de ce qui est nuisible à la santé»²². Cette insalubrité a pour caractéristiques principales la pollution de l'air, de l'eau, des sols, infestation fongique importante, humidité, colonie de nuisibles parasites et l'exposition aux substances chimiques dues à la décomposition de plusieurs types des déchets pour la plupart toxiques.

La dégradation des endroits publics demeure donc une préoccupation majeure en ce XXI^e siècle notamment dans le domaine de santé publique et de gouvernance territoriale dans plusieurs pays du monde, car elle est à la base de multiples problèmes qui affectent la santé des personnes par les maladies, la pollution, etc.

Il est évident que les espaces publics déterminent en partie la santé et le bien-être des citoyens en leur fournissant un milieu salubre. Le cas contraire affecte directement tout ce qui contribue à la bonne survie de l'homme. En Afrique par exemple, seuls 55% de la population bénéficient d'un système d'assainissement et 64% ont accès à un système d'approvisionnement en eau potable pourvu qu'elle se retrouve dans un milieu bien desservi. Cette situation d'insalubrité touche surtout les petits en âge ce qui fait que plus de quinze enfants meurent chaque seconde des suites d'absorption d'eau contaminée, de manque d'hygiène ou de malnutrition. D'ailleurs, l'OMS estime qu'environ 80% de tous les cas de maladies sont en relation directe avec une alimentation en eau et assainissement inadéquats.

Somme toute, la cause la plus puissante d'insalubrité dans le monde urbain dans bien de régions réside dans les marécages et les eaux stagnantes dans certains lieux publics censés servir

²² Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, 44, avenue de la Libération BP 306 875 4063 Nancy Cedex, <https://www.cnrtl.fr>, France, 2019.

de carrefour et vente de la beauté d'une ville en facilitant les déplacements des citoyens en toute quiétude. Mais attention, cela ne signifie pas pour autant que les maladies et l'insalubrité puissent également se déplacer librement. Le paradoxe se traduit malheureusement par le constat fait en ce qu'on soit en milieu urbain ou en milieu rural, les conditions de vie se ressemblent plus dans la précarité voire dans l'insalubrité.

Ainsi donc, plusieurs facteurs se trouvent être liés à l'insalubrité et nous essayons de répertorier certains d'entre eux :

- Difficulté de collecter les ordures dans les lieux par manque des décharges publiques ;
- Mauvaise gestion des ordures par l'Homme qui les jette volontairement par tout et pèle mèle dans des caniveaux, sur des routes dans des ruisseaux, à l'air libre etc ;
- Manque d'éducation environnementale de la population ;
- Hygiène défectueuse qu'offrent des conditions bioécologiques favorables au développement des germes pathogènes (le virus, bactéries, protozoaires, arthropodes) ;
- Etc.

Ces quelques éléments pris au hasard illustrent bien les causes et les effets qui portent atteinte à la sureté de l'homme. Or, en toute circonstance, la santé de la population passe notamment par la salubrité de l'environnement. S'agissant de la malheureuse évolution de cette situation, il est à noter que la montée de cette insalubrité est souvent due au défaut d'assainissement et à la mauvaise gestion des déchets. Parmi ses conséquences, l'on peut souligner la fragilisation de la cohésion sociale.

Ainsi présentée, cette seconde partie met l'accent sur la santé comme facteur de cohésion sociale (A), souligne le rôle de l'assainissement (B).

A- Santé comme facteur de cohésion sociale

D'emblée, remettons-nous à l'esprit que la "cohésion sociale"²³ telle qu'évoquée dans cet essai scientifique, fait référence aux rapports entre différents structures, sous-systèmes qui

²³Commentaire : à notre avis, la santé, au-delà de sa dimension individuelle, constitue un fondement du lien social. Elle révèle les déséquilibres, mais permet aussi à travers l'assainissement et la préservation des espaces publics, est un puissant levier de cohésion sociale. Ici la participation citoyenne de prévention contre les maladies hydriques, les programmes de vaccination ou la lutte contre les vecteurs comme les moustiques deviennent des occasions de mobilisation collective. C'est ainsi nous plaidons pour l'implication des «Asbl» (Dynex) œuvrant à Kisantu pour mobiliser plus de personnes dans cette lutte contre l'insalubrité. Pour se faire, un partenariat peut-être établi entre l'Asbl et les programmes Gouvernemental en cette matière.

Exemple : le *Programme Zero Zika a Recife* (Brésil) a intégré les habitants dans la surveillance des zones à risque (PAHO, 2018).

participent à l'équilibre de la viabilité d'une entité donnée. Autrement dit, elle renvoie aussi aux interactions entre les individus se trouvant sur un étendu bien défini et favorisent dans une certaine mesure l'agissement des personnes morales. Ils forment tous un système ; dès lors, un système doit fonctionner avec cohérence.

En effet, à l'instar d'autres Etats de droit du système solaire, la logique voudrait que le strict respect des règles d'hygiène soit l'affaire de tous. Dès lors, peu importe sa taille, une cité et/ou ville a besoin d'avoir en son sein des citoyens modernes qui admettent tous l'évidence selon laquelle : une bonne santé commence par la prévention. Cette dernière est donc la résultante d'un processus parfois très long mais identifiable en deux temps que sont : l'assainissement et le maintien d'un espace sans risque de s'exposer ou d'exposer les usagers à n'importe quel danger vis-à-vis de leur santé. Ne dit-on pas que "la santé n'a pas de prix" ? Sa détérioration engendre des conséquences néfastes sur les économies aussi bien des Etats faibles que des grandes puissances. Cela dérange au plus haut point la sociabilité d'une communauté humaine à une autre.

La santé favorise l'égalité des chances : c'est-à-dire, quand tous les citoyens ont un accès équitable aux soins, ils peuvent travailler, aller à l'école, participer à la vie économique et sociale. Une population en bonne santé est plus productive, stable et unie.

La santé renforce la solidarité et le vivre ensemble : les systèmes de santé communautaire, les campagnes de vaccination, ou les actions de sensibilisation créent des espaces d'échange et de solidarité. Cela renforce les liens sociaux entre les citoyens, peu importe leur origine ou statut.

La santé prévient les fractures sociales : les inégalités d'accès aux soins peuvent provoquer des sentiments d'injustice, de frustration et des tensions sociales. Un système de santé équitable réduit les divisions et favorise une société plus harmonieuse. Elle mobilise donc la communauté autour de causes communes. A ce niveau, il faut souligner avec force que la prévention efficace de la santé publique est une responsabilité à partager entre tous. C'est-à-dire, les autorités politico-administratives d'un côté, les "Asbl", les églises et la population de l'autre. Un environnement assaini procure la joie et le plein épanouissement à ses occupants. Ce qui signifie qu'en tant qu'idéal, un tel vivre ensemble exige à ce que chaque partie prenante puisse d'abord admettre sa part de responsabilité à différents niveaux pour enfin s'impliquer à fond dans le processus de la résolution du problème.

B- Rôle de l'assainissement

Il est important de savoir que le manque d'assainissement est lié à la transmission des maladies diarrhéiques (telles que le choléra et la dysenterie, ainsi que la typhoïde), les infections par les vers intestinaux et la poliomyélite. Il exacerbe le retard de croissance et contribue à la propagation de la résistance aux antimicrobiens.

L'assainissement a donc comme rôle généralement le maintien des conditions d'hygiène grâce à une série d'activités et de programmes visant à atteindre ces conditions. L'assainissement utilise un certain nombre d'activités. Pour le cas d'espèce, nous avons retenu 4 activités de base dont la mobilisation des ressources nécessaires (humaines, financières, matérielles ou techniques), le nettoyage pour éliminer les débris alimentaires, les matières organiques et la saleté, la désinfection pour réduire les organismes microbiologiques à un niveau sûr et la gestion rationnelle de ces déchets selon leurs catégories.

Toutes ces activités sont menées pour une seule finalité à savoir : la préservation de l'environnement. «Les fonctions essentielles de l'assainissement telles qu'elles sont perçues aujourd'hui : Préserver la santé des citoyens ainsi que la commodité et la qualité de vie par la gestion des eaux usées et des eaux de ruissellement, limiter les risques liés aux inondations par la prise en compte de ce risque et préserver la ressource et les milieux aquatiques par la maîtrise des pollutions liées aux usages domestiques et industriels des eaux ainsi que de celles occasionnées par les pluies. (1)

La satisfaction de ces fonctions nécessite une conception de l'assainissement intégrée à l'élaboration des documents de planification urbaine ainsi qu'aux projets d'aménagement. Mais cette conception doit être précédée d'une évaluation du service rendu par la gestion du ou des systèmes existants». ²⁴ En d'autres termes, cette conception et planification supposent la constitution du programme qui «doit intégrer les éléments suivants :le choix du maître d'ouvrage, le respect de la réglementation, le respect des documents communaux ou supra communaux (PLU PDU, SCOT...) et de tous les documents qui s'y rattachent, les demandes particulières des riverains, associations,...». ²⁵

1- De la hiérarchisation des acteurs et leurs responsabilités dans le processus de l'assainissement et de maintien des espaces publics à Kisantu

²⁴Phillippe (B.) et al., *Op. cit.*, p. 12.

²⁵GYEJACQUOT (J.P), *Op. cit.*, p. 15.

La cité en tant qu'entité politico-administrative, suppose que toute action de lutte contre l'insalubrité publique envisagée doit ipso facto faire objet d'une coordination minutieusement rigoureuse. Surtout lorsqu'il s'agit des actions de grandes envergures, elle relève donc soit du pouvoir central ou carrément du pouvoir provincial. Cette séparation et/ou concomitance des compétences est clairement prédéfinie dans la loi cadre sur la libre administration des Provinces donnant ainsi la possibilité à chaque échelon du pouvoir de prendre des mesures nécessaires dans les matières de sa compétences ou en ce qu'elle partage avec le pouvoir central.

Dans le contexte de Kisantu²⁶, les acteurs à considérer sont entre autres : l'Etat, les opérateurs économiques ; les églises, les Asbl ainsi que les populations.

1) **l'Etat Congolais** : aussi régalien soit-il, et en tant que puissance publique dotée relativement des ressources nécessaires (humaines, financières et matérielles) et du pouvoir coercitif ; il se doit donc de mettre sur pied un programme, entendu ici comme une politique publique allant dans le sens de lutter contre la détérioration de l'environnement notamment à travers les espaces publics en faisant recours aux mesures d'accompagnement tirées des sources légales. Matérialiser un tel programme intègre entre autres les opérations suivantes : produire un cadre juridique légal qui garantit l'ensemble du processus et ses différents acteurs, l'affectation des moyens financiers conséquents à travers notamment la création d'un fond spécial de préservation des espaces publics, mobiliser les ressources humaines grâce à un partenariat public-privé, identifier des zones prioritaires pour le lancement et l'aménagement des lieux appropriés où seront déversés ces différents déchets recueillis, installer des poubelles publiques dans ces différents milieux ambiants, désigner une brigade chargée d'évacuer et veiller au strict respect des normes établies en la matière, et, séparer ces déchets selon leurs catégories et encourager le recyclage de certains déchets pour créer de l'emploi aux jeunes, encourager la participation et l'appropriation des populations d'un tel processus, faire le suivi et l'évaluation à court, moyen et long terme pour pouvoir adapter le projet à chaque étape de l'exécution, appliquer des sanctions exemplaires contre quiconque va passer outre, etc.

²⁶Commentaire. Enjeu de la cité : la cité est un espace de cohabitation. La santé y devient un facteur de lien entre les habitants, à travers les systèmes de solidarité, les politiques de prévention, et la gestion des biens communs comme l'eau, l'air ou les espaces publics. La santé comme révélateur et catalyseur de solidarité ; inégalité de santé et sentiment d'injustice sociale. Un lien s'établit directement avec cohésion sociale en ce sens que plus les inégalités sont visibles, plus le sentiment d'appartenance diminue, alimentant frustrations et tensions.

L'accès équitable à la santé est comme un ciment social. Le *PNUD* note que : « les systèmes de santé inclusifs renforcent le sentiment de justice et d'appartenance ».

Les écarts d'espérance de vie selon les quartiers urbains montrent que la santé est une question de justice sociale (cf. Rapport Marmot, 2010).

En somme, il convient de souligner que : « l'assainissement devrait être abordé dans le cadre de la prestation des services au niveau local et des programmes et politiques de développement plus larges. Concrètement, ceci voudrait que les services d'assainissement doivent être fournis dans le cadre d'un ensemble des services locaux de base, pour lequel le gouvernement est responsable et comptable, même lorsque les services sont fournis par des entités non gouvernementales.

La planification et la prestation d'assainissement en conjonction avec d'autres services augmentent l'efficacité de la mise en œuvre, pérennité des services et la probabilité de meilleurs résultats en matière de santé publique»²⁷.

2) les opérateurs économiques (industrie, entrepreneurs et autres) : trois raisons principales motivent l'implication et l'emplacement en second lieu de cette couche sociale :

Primo : les *O.E.* sont à la base de la prolifération de près de 75% de déchets souvent non biodégradables qui servent d'emballage à leurs différents produits commercialisés ; ils font usage des produits chimiques parfois très toxiques qui malheureusement entre en contact avec la santé de l'homme via la pollution de l'air qu'on respire ou encore la consommation des eaux usées mal traitées consommées dans bien d'endroits, notamment en zones reculées. Plusieurs exemples peuvent bien se lister pour appuyer cette affirmation. « Récemment les pollutions consécutives des rivières Kasai et Tshikapa dues à un accident dans la mine de diamant de CATOCA en Angola, ont mis en lumière l'incapacité de notre droit et de notre justice à répondre efficacement aux dommages ou risques de dommages environnementaux, transfrontaliers en l'espèce ». (1)

« Bien avant d'ailleurs, l'on déplorait déjà les pollutions résultant de l'activité minière, industrielle et artisanale ainsi que celles émanant de l'industrie de traitement et d'extraction d'hydrocarbures. S'agissant particulièrement de ce dernier type d'activité industrielle, spécialement dans la ville de MUANDA, leurs torchères sont à l'origine des rejets de quantité de mètres cube de méthane dans l'atmosphère, contribuant de la sorte au réchauffement climatique. En outre, elle pollue le littoral par l'enfouissement dans le sol sablonneux de MUANDA des déchets issus du traitement des produits pétroliers et chimiques »²⁸(2).

²⁷ OMS, *Op. cit.*, p.16.

²⁸Ministère de l'Environnement et Développement Durable, Conférence-débat autour du thème : «l'environnement saisi par le droit : approche prospective de droit congolais, *Centre d'Etudes de Droit de l'Environnement Kongo* de l'Université Kongo « CEDEK-UK », Mbanza-Ngungu », 2024, page 01.

Cette activité a été organisée à l'occasion de la journée Internationale de l'Environnement du 05 juin 2024 et en en Hommage au feu Professeur KALAMBAY LUPUNGU Gaston. Elle s'est tenue à Mbanza-Luvaka/Kongo Central.

secundo : Dans un contexte particulier et défavorable des Etats d'Afrique dont la RDC qui occasionnent aussi l'instabilité institutionnelle, le sous-emploi des jeunes et l'extravertisation économique, les opérateurs économiques ont un rôle prépondérant à jouer dans l'accompagnement de l'Etat de part des capitaux colossaux qu'ils sont en mesure de miser pour graisser la complexe machine d'une gestion mixte. Ces capitaux permettront sans doute de doter ces services de tous les outils tant matériels que mobiliers nécessaires à la matérialisation d'un projet social.

Tertio : Dans la nouvelle conception des politiques publiques telle que défendue par des auteurs comme Patrick HINSENTEFFELL, Germain KUNA MABA,... les particuliers (ou voire la population tout simplement) peuvent être à l'origine d'une politique publique susceptible de résoudre un problème qui se pose avec acuité et apporter ainsi un vent nouveau dans le vécu quotidien de la population.

3) **Les églises** : Une forme d'entreprise à puissance financière dissimulée. Ici, nous l'appréhendons selon ses origines les plus lointaines telles que reconnues par les saintes écritures²⁹. De par leur capacité à réunir un grand nombre de la population et d'influencer un tant soit peu leur comportement ; l'église en tant qu'entreprise ou en tant qu'œuvre, doit aussi avoir des projets à caractère social, des ambitions qui vont dans le sens d'améliorer la vie de ceux qui, non seulement y prient mais apportent un accompagnement financier pour l'asseoir d'une entreprise qui du reste, seul le créateur connaît vraiment la véracité. Dimes, offrandes, dons et autres peuvent être considérés comme des investissements pouvant jouer un double rôle (dans l'environnement intra et extra-ecclésiastique). Dès lors, ses ressources et patrimoines devraient faire l'objet d'une gestion orthodoxe au lieu des impositions et autres formes de manœuvre dilatoire qui consacre une succession matrimoniale et clientéliste, etc. tout ça, au nom de "Dieu".

Dans le contexte d'un environnement détériorant qui engage la responsabilité de tous, ces entreprises appelées "églises" doivent se mettre en première position pour initier des démarches écologiques, mobiliser les fonds et au besoin, servir des cadres pour la formation, la réadaptation et la remise à niveau des animateurs de ces actions. Car, même si l'on veut croire que la mission première d'une église reste la conversion des âmes à préparer pour l'enlèvement, mais cela doit

²⁹Actes 5 :38. Ici la bible raconte l'histoire des œuvres des disciples de Jésus-Christ et martel aussi sur la rationalité d'un Homme nommé Gamaliel, docteur de la loi. Ce dernier avait permis de trouver une solution indiquée sur base d'une jurisprudence au calvaire que les souverains sacrificateurs faisaient subir aux apôtres. Loin de nous l'idée de se faire passer pour un scientifique athée, mais nous apportons notre réflexion basée sur la rationalité face à un fait social qui nécessite une solution en nous appuyant sur la Bible qui est une source de documentation au même titre que les autres.

quand même se faire dans un environnement qui garantit le plein épanouissement des uns et des autres. Et donc, le fait de classer une église parmi les "Asbl" en RDC se présente tout simplement comme une déviation aux saintes écritures. A l'instar d'autres entreprises, l'église d'aujourd'hui possède elle aussi : un budget ou une autonomie financière, une stratégie marketing pour assurer sa publicité et sa visibilité ; un trésorier et certaines églises encouragent les responsables de certains des départements par une gratification (enveloppe).

A cet effet, l'on peut aussi lui confier le rôle de la sensibilisation pour éduquer la population sur l'importance de l'hygiène et de la salubrité. L'église va ainsi lancer des initiatives qui visent à nettoyer le quartier qui l'abrite, à créer des espaces verts et à encourager le recyclage pour donner du travail aux multiples chômeurs qui remplissent les bancs. Les groupes de jeunes doivent être mobilisés pour participer à des activités de nettoyage et d'embellissement des milieux. De cette manière, l'église devra également encourager ses membres à adopter un mode de vie sain non seulement vis-à-vis de la salubrité environnementale mais aussi par rapport à une meilleure hygiène personnelle.

Fort heureusement, il y a certaines églises qui essaient d'instaurer cette pratique en l'occurrence, l'église *Liloba* dirigée par le Pasteur DOMINIQUE. Imaginez un seul instant une société où l'église prend la ferme résolution d'accompagner l'Etat dans sa quête de l'intérêt général. Oui! Cela est possible grâce notamment au PPP. Cette collaboration peut, à notre avis, s'inspirer de la philosophie de l'église Kimbanguiste qui se résume en "*bolingo*", "*mibeko*" *pe* "*misala*"³⁰. Cet état d'esprit conduit cette œuvre à accompagner significativement l'Etat congolais en l'occurrence en construisant des écoles, hôpitaux, en achetant des bateaux de pêche et en développant à travers une construction plutôt moderne, une partie du territoire nationale. Même si cela lui sert de siège, mais cela contribue à la beauté et à la reconstruction du pays.

4) Les Asbl: généralement spécialisées dans l'encadrement des jeunes et la mobilisation des masses, les "Asbl" sont un appui majeur dans l'appropriation de toute initiative visant à améliorer la situation d'insalubrité dans nos différents espaces publics. Il reviendra à ces dernières d'identifier les personnes à affecter, conscientiser, former et mener de campagnes et actions pour pouvoir atteindre le but grâce à l'appropriation de chacun sur fond d'une sensibilisation efficace. «Il faut distinguer trois phases de sensibilisation : concertation, information et communication.

³⁰ *Bolingo* signifie : amour, *mibeko* signifie : loi et *misala* signifie : travail. Mis en ensemble, ces mots désignent une philosophie, fondement ecclésiastique sur lequel repose l'église Kimbanguiste

La concertation : le maître d'ouvrage présente son projet tout en acceptant de le modifier ou de l'adapter par le dialogue. Cette phase fait l'objet des réunions ciblées (riverains, associations, commerçants, etc.) en général.

La communication : l'objectif est de faire la promotion d'un projet en le valorisant par la diffusion sur les dates, durées, phasage, déviations, etc. Au-delà des obligations réglementaires en matière de concertation, il est important quelle que soit la taille du projet, de sensibiliser le maximum d'acteurs et en particulier les riverains sur le projet en gestation. Tout cela doit être fait selon les règles de l'art ».

5) La population : Ici, après avoir terminé la responsabilisation au niveau les plus incluant de l'environnement kisantois, il est logique de considérer aussi la part de chaque individu dans cette situation désastreuse. Il faut reconnaître que les habitudes qui deviennent des pratiques collectives commencent assez souvent par un seul individu avant de s'étendre aux autres pour enfin affecter la communauté toute entière. C'est pourquoi il faut s'attarder sur la nécessité de conscientiser l'individu à changer ses habitudes personnelles et à renouer ses relations avec la mère nature. Une telle vision de fait part du fait qu'on reconnaît le niveau de vie d'un individu par la quantité des déchets qu'il dégage.

Fort malheureusement, la gestion de ces déchets pose un sérieux problème du fait qu'en sa qualité de principal bénéficiaire et usager de premier choix, la population semble être perdue dans ses ambitions. Voilà pourquoi elle contribue efficacement à la détérioration de l'environnement en général et des espaces publics en particulier. L'inconscience collective a atteint son paroxysme empêchant ainsi la prise de toute forme d'initiative qui pourrait contribuer tant soit peu à l'amélioration de la situation combien défavorable au maintien de l'équilibre vitale. Voilà entre autres pourquoi la saleté s'accroît du jour au lendemain jusqu'à vouloir devenir une situation normale. Alors qu'elle représente un risque imminent pour la santé de l'Homme. D'où la nécessité d'assurer un assainissement adéquat adapté au contexte environnemental de chaque milieu.

Conclusion

Pour tout dire, cet article scientifique s'est proposé de réfléchir sur la manière dont on peut retarder l'évolution de l'insalubrité dans quelques espaces publiques à travers la cité de Kisantu. Après la constatation de ce fait social, il a fallu faire la rupture, appliquer une méthodologie adéquate pour attester nos hypothèses de départ. Ces différentes étapes nous ont permis de brandir les résultats de notre recherche.

Nous sommes parvenus à comprendre que l'état de dégradation avancée que subit notre environnement, est malheureusement soutenu par nous-mêmes les congolais. Nous profitons tous des surprises de la mère nature mais nous la regardons mourir à petit feu ; chaque occupant d'un territoire dégage des déchets par rapport à son niveau de vie. Plus le nombre de personne augmente, plus aussi les déchets augmentent par exemple lorsqu'il s'agit d'une manifestation organisée par l'église ou un(e) évènement, activité menée par les "Asbl" (Association, ONG, ONGD,...). Les opérateurs économiques, les commerçants se retrouvent relativement bien dans leurs affaires car l'économie tourne ; les industries fabriquent les produits ainsi que les emballages dont nous avons besoin mais fort malheureusement les débris sont jetés çà et là. Conséquence, l'homme commence à trouver ça normal de cohabiter avec l'insalubrité. Attention il y a risque ! Les personnes tant morales que physiques de Kisantu jettent beaucoup de déchets mais semblent ne pas trop s'intéresser à comment nos espaces publics deviennent davantage sales. La vie quotidienne d'une entité politico-administrative est organisée en première instance par l'Etat. Cette responsabilité l'oblige à surveiller de près le comportement des acteurs politiques, opérateurs économiques (Industries, PME) d'un côté, et de l'autre, la population pour prévenir et sanctionner toute déviation contre les règles établies. Or, la cité de Kisantu dans le Territoire de Madimba est gérée, représentée par des autorités revêtues de la puissance publique ; ils détiennent le monopole de la coercition. Mais à quoi ça sert ?

Animé par le souci d'apporter une contribution à la réalisation de l'intérêt général, cet article qui s'inscrit dans le domaine de la gouvernance territoriale, s'interroge notamment sur la redynamisation de la gestion quotidienne de la cité de Kisantu et ses environs. Concernant notamment la question des espaces publics, leur assainissement et préservation requiert l'implication de tous. Marché, avenue, espace vert, rond-point et triangle, etc., La beauté d'une ville est palpable grâce à ses espaces publics. Si nous voulons que rayonne de nouveau la cité de Kisantu à travers les places communes, il faut que l'Etat puisse collaborer avec les privés ou voire avec les individus autour d'un programme d'assainissement élaboré selon le contexte du milieu. Ayant pour nature juridique la gestion mixte, ce projet devra s'appuyer sur l'affectation des moyens conséquents, la définition des objectifs aussi clairs que précis, le suivi et évaluation réguliers. L'on reparlera alors d'un Kisantu propre et d'un partenariat public-privé réussi.

Or, l'opérationnalisation d'un tel projet a besoin d'être assurée par des technocrates et autochtones imbibés par l'éthique de l'intérêt général. Ceci présente plusieurs avantages dont la réduction de l'insalubrité, la préservation de la santé et la création d'emplois pour les jeunes car le

recrutement de la main d'œuvre ne tiendra pas nécessairement compte d'un diplôme. Donc, les animateurs responsables du projet doivent être sélectionnés sur base d'un critère strictement rigoureux et devront faire preuve de la bonne gouvernance dans leur gestion de la chose publique.

En effet, la bonne gouvernance est un pilier central pour la réussite des PPP, en RDC tout comme ailleurs. Elle assure la transparence, l'efficacité, et la responsabilité dans la gestion des projets communs, et contribue à créer un environnement favorable à l'investissement privé. L'analyse des statistiques des PPP en Afrique montre que les pays ayant un cadre de gouvernance solide, sont ceux qui attirent les plus grands nombres d'investissements privés, soulignant ainsi la nécessité d'une gestion rigoureuse et transparente.

En RDC, malgré des projets encore limités en nombre et en envergure, la législation en place et la création de l'UCC-PPP offrent un cadre prometteur pour le développement de ces partenariats. Cependant, il est crucial que cette unité soit renforcée par une gestion dynamique et une adaptation constante aux besoins du pays. L'approche pragmatique, qui s'appuie sur la réalité du terrain, la formation des acteurs locaux et la coopération active des secteurs publics et privés, est une condition sine qua non pour garantir la réussite des PPP.

Les récentes nominations en 2023 des animateurs de l'UCC-PPP par la Ministre de Plan apportent un souffle nouveau à cette dynamique. Ces nominations devraient accélérer le processus de mise en œuvre de projets PPP, renforcer la capacité de UCC-PPP à jouer son rôle de coordination, et garantir une gestion plus efficace des projets en cours et à venir.

Pour que la RDC puisse pleinement tirer gain des PPP, il est impératif de maintenir un cap axé sur une gouvernance rigoureuse, une transparence accrue, une gestion pratique et réaliste des projets ainsi qu'une amélioration permanente du climat des affaires.

En grosso modo, pour y apporter une petite contribution, nous souhaitons ajouter ce qui suit : un constat sévère nous démontre qu'il s'observe une insalubrité grandissante dans la cité de Kisantu. Or, il est très dangereux de vivre dans un environnement insalubre du fait que cela peut toutefois virer à une crise sanitaire dans la mesure où les maladies infectieuses se multiplient facilement. IL faut aussi noter que notre Etat, la RDC, est conscient que l'insalubrité est un problème de santé publique et qu'il faut mettre en place des politiques sérieuses pour lutter contre cette insalubrité, source des maladies et des dégâts environnementaux.

Pour le cas particulier de Kisantu, de par la loi sur la libre administration des provinces, toute entité publique, province, territoire et en l'occurrence ici la cité peut identifier tout

« stakeholder », c'est-à-dire, tout détenteur d'intérêt à l'assainissement de Kisantu, tout influant à la production de ces déchets polluants l'environnement.

Ces détenteurs d'intérêt souvent acteurs privés peuvent mettre des fonds pour créer une structure de PPP afin de la gérer en toute transparence et efficacité et ce, pour un intérêt mutuel entre la cité et les privés. A l'exemple de la côte d'Ivoire qui crée de grands centres de tri des déchets qui sont considérés comme des carrières des matières pour certaines usines telles que les compostières et recyclages des déchets plastiques et métalliques.

Page | 488

A l'instar de Kinshasa qui a réussi avec le programme d'assainissement urbain de Kinshasa (PAUK) avec l'Union Européenne à l'installer et à créer des bacs-parcs poubelles et un centre d'enfouissement des déchets à Maluku ; la cité de Kisantu en particulier ou la province du Kongo Central en général, devrait recourir aux privés pour une meilleure gestion de cette insalubrité.

Suite au budget limité de la province et de la cité, il est impérieux de recourir à un PPP à Kisantu, autour de cet épineux problème d'assainissement, dès lors qu'on estime en moyenne 0,7 kilos de déchets jour/personne, déchets essentiellement organiques (biodégradables) et plastiques (sacs, bouteilles recyclables). Et cela permettra à améliorer la santé des habitants qui vivront dans un milieu plus sain.

Nos hypothèses de départ ont été confirmées dans la mesure où l'insalubrité de la cité de Kisantu est le fruit de la négligence des acteurs qui interagissent à l'intérieur de ladite cité. Et que, seule la mise en place d'un programme d'assainissement adapté pourra permettre d'atténuer les effets de la dégradation observée. La santé est un pilier fondamental du développement humain. Dans les cités modernes, elle ne se limite pas à l'absence de maladie, mais reflète également la qualité de la vie, l'accès équitable aux services, et la capacité des citoyens à vivre ensemble harmonieusement. Dès lors, peut-on considérer la santé comme un levier de cohésion sociale ? Cette réflexion s'inscrit dans le cadre d'une approche plus large de l'assainissement et de la préservation des espaces publics.

C'est ainsi que nous formulons des suggestions ci-après :

A l'Etat congolais (Autorités Provinciales et Territoriales) :

La mécanisation de la collecte des déchets, la création d'une brigade spéciale chargée d'assurer l'assainissement de la cité tout en réalisant régulièrement des sondages pour tester le

niveau de satisfaction. Par ailleurs, il faut aussi assurer l'aménagement d'une zone spéciale pour déverser les immondices et pourquoi ne pas doter Kisantu d'un plan local d'urbanisme.

Aux Opérateurs, commerçants et aux Asbl (Fondation) œuvrant à kisantu

D'adopter un comportement responsable vis-à-vis à la gestion des déchets, c'est-à-dire prendre part active dans le processus d'assainissement, de financer le projet d'assainissement de la cité en initiant et en accompagnant le projet d'assainissement des espaces publics de Kisantu (avenue, marché, rond-Point et triangle). Sans toutefois oublier l'aspect de sensibiliser la population sur la nécessité de préserver sain son milieu ambiant.

A la population et habitants de kisantu

De Prendre conscience du danger qu'il y a à évoluer dans un milieu insalubre, d'accompagner massivement toute initiative visant à améliorer la salubrité de l'environnement. D'apporter des initiatives louables et les soumettre aux autorités en vue de participer à la gestion quotidienne de la cité.

R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

